

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 799

# Forschungsfreiheit und Embryonenschutz

Eine verfassungs- und europarechtliche  
Untersuchung der Forschung an Embryonen

Von

Ekaterini Iliadou



Duncker & Humblot · Berlin

EKATERINI ILIADOU

Forschungsfreiheit und Embryonenschutz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 799

# Forschungsfreiheit und Embryonenschutz

Eine verfassungs- und europarechtliche  
Untersuchung der Forschung an Embryonen

Von

Ekaterini Iliadou



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Iliadou, Ekaterini:**

Forschungsfreiheit und Embryonenschutz : eine verfassungs- und europarechtliche Untersuchung der Forschung an Embryonen / von Ekaterini Iliadou. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 799)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09890-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09890-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinen Eltern, Eleni und Nikolaos*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/1999 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Oktober 1998 abgeschlossen; Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Udo Steiner, der trotz seines viel belasteten Arbeitsprogramms als Richter am Bundesverfassungsgericht immer die Zeit hatte, mir wichtige Hinweise und Anregung zu geben und bedeutende Hilfe zu leisten. An dieser Stelle möchte ich ferner dem zweiten Gutachter meiner Dissertation, Herrn Prof. Dr. Rainer Arnold, für die lehrreichen Diskussionen über die Rechtsfragen des Embryonenschutzes und für seine Anmerkungen danken.

Ein besonderer Dank gilt auch meinen Professoren des öffentlichen Rechts an der Aristoteles Universität Thessaloniki in Griechenland, vor allem Herrn Prof. Dr. Wassilios Skouris, Herrn Prof. Dr. Antonis Manitakis und Herrn Prof. Dr. Evangelos Venizelos, die meine Vorliebe für das öffentliche Recht geweckt haben.

Ferner möchte ich meiner Schwester Irini, die meine Arbeit mit ihrem fachlichen Wissen wesentlich erleichtert hat, meinen Freunden in Regensburg, die mir als Gesprächspartner beigestanden haben, und vor allem meinen Eltern für ihre psychische Unterstützung während meines Aufenthalts in Deutschland danken.

Danken möchte ich auch Herrn Dr. Martin Bauer, Herrn Dr. Thomas Strauss und Herrn Heinz Weidt für ihre Geduld, das Rohmanuskript zu lesen und zu korrigieren.

Diese Arbeit ist durch die unentbehrliche finanzielle Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes ermöglicht worden, dem ich hierfür herzlich danken möchte.

Thessaloniki, im Juli 1999

*Ekaterini Iliadou*



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

I. Rechtsfragen der humanmedizinischen Forschung .....	19
II. Embryonenforschung als Rechtsproblem .....	24
1. Entstehung des Problems .....	24
2. Sachverhaltsdarstellung und -eingrenzung .....	30
III. Gang der Untersuchung .....	34

## Erster Teil

### Embryonenforschung in der deutschen Rechtsordnung

<b>A. Rechtliche Bewältigung der Embryonenforschung .....</b>	<b>36</b>
I. Embryonenforschung bis zum Embryonenschutzgesetz .....	36
1. Embryonenschutz vor dem Embryonenschutzgesetz .....	36
2. Entwicklung der Diskussion .....	39
3. Regelungskonzepte .....	41
4. Regelungsvorschläge .....	46
a) Absolute Ablehnung .....	47
b) Ausnahmsklausel und Genehmigungsvorbehalt .....	48
5. Strafrechtliche Lösung .....	48
II. Regelung der Embryonenforschung durch das Embryonenschutzgesetz .....	51
1. Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes über Embryonenforschung .....	51
a) Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken .....	51
b) Forschung an vorhandenen menschlichen Embryonen .....	52

c) Forschung mit genetischem Erbmaterial .....	55
d) Manipulative Versuche an menschlichen Embryonen .....	56
2. Zusammenfassende Würdigung und Bewertung der gesetzlichen Regelung .....	57
III. Embryonenschutzgesetz und Grundgesetz .....	60
<b>B. Forschungsfreiheit im Rahmen der Embryonenforschung .....</b>	<b>62</b>
I. Forschungsfreiheit als relevantes Grundrecht .....	62
1. Grundrechtsträger .....	64
2. Adressaten .....	66
3. Inhalt .....	67
II. Rechtsgut „Forschungsfreiheit“ .....	68
1. Vorgaben für die Bestimmung des Rechtsguts .....	68
a) Freiheitsgewährleistung .....	68
b) Tatbestand „Forschung“ .....	69
c) Synthese .....	70
2. Kompetenz für die Bestimmung des Rechtsguts .....	71
a) Unschlüssigkeit zwischen Definitionsverbot und -gebot für die öffentliche Gewalt .....	71
b) Erläuterungen zum gesetzgeberischen Definitionsgebot .....	74
3. Bestimmung des Rechtsguts .....	76
4. Forschungsfreiheit und Embryonenforschung .....	79
III. Abwehrrechtliche Funktionsweise der Forschungsfreiheit .....	79
IV. Grenzen des Abwehranspruchs auf freie Forschung .....	80
1. Notwendigkeit einer staatlichen Freiheits-„begrenzung“ .....	80
2. Lösungsvorschläge für das Schrankenproblem vorbehaltlos gewährleiteter Grundrechte .....	84
a) Versuche einer Begrenzung des Schutzbereichs .....	87
aa) Mißbrauchstheorie .....	88
bb) Normbereichsanalyse .....	88
cc) Die allgemeinen Gesetze als immanente Grundrechtsgrenze .....	90

b)	Kollisionsmodell .....	92
aa)	Kollisionslösung durch Abwägung .....	93
bb)	Kollisionslösung nach dem Modell der „situationsbeteiligten Entscheidungsnormen“ .....	95
c)	Begrenzung durch die allgemeine Rechtsordnung .....	96
3.	Würdigung und Stellungnahme .....	97
a)	Bewertung der engen Tatbestandstheorien .....	97
b)	Bewertung des Kollisionsmodells .....	99
aa)	Allgemeine Einwände .....	99
bb)	Einwände gegen das Abwägungsmodell .....	100
cc)	Einwände gegen das Modell der „situationsbeteiligten Entscheidungsnormen“ .....	101
c)	Würdigung der Begrenzung durch die allgemeine Rechtsordnung .....	102
aa)	Werteproblematik .....	103
bb)	Verfahrensüberlegungen .....	104
d)	Ergebnis .....	105
V.	Zusammenfassung .....	106
<b>C.</b>	<b>Embryonenschutz im Bereich der Embryonenforschung</b> .....	<b>106</b>
I.	Embryonenschutz als verfassungsrechtliches Problem .....	106
1.	Orientierung an den Grundrechten .....	106
2.	Neue Herausforderungen für das klassische Grundrechtsverständnis .....	107
a)	Eigenart der humangenetischen Rechtsprobleme .....	107
b)	Risikovorsorge als gesetzgeberische Aufgabe .....	110
3.	Die ontologische Voraussetzung des Embryonenschutzes .....	112
4.	Grundrechtliche Diskussionsgrundlagen des Embryonenschutzes .....	114
II.	Relevanz der Garantie der Menschenwürde für die Embryonenforschung .....	117
1.	Vorgehensweisen für die Bestimmung des Garantiegehalts der Menschenwürde ..	118
2.	Menschenwürde und Embryonenschutz .....	119
a)	Entkoppelung des Embryonenschutzes von der Garantie der Menschenwürde	119
b)	Verknüpfung des Embryonenschutzes mit der Garantie der Menschenwürde	121
aa)	Grundsatz .....	121
bb)	Anwendung auf das embryonale Leben .....	124
cc)	Kritik .....	125

c) Stellungnahme .....	127
aa) Ausgangspunkt .....	127
bb) Grenzfälle .....	127
cc) Gefahr einer „Biologisierung“ der Garantie .....	131
dd) Gefahr einer Entpersonalisierung der Garantie .....	132
3. Anwendung auf die Embryonenforschung .....	133
III. Embryonenschutz durch den verfassungsrechtlichen Schutz des Lebens .....	135
1. Embryonales Leben als Schutzgut des Grundrechts auf Leben .....	135
2. Embryonenschutz durch die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts auf Leben .....	137
a) Grundrechtsberechtigung menschlicher Embryonen .....	137
aa) Notwendigkeit der Erörterung .....	137
bb) Problematik der Erörterung .....	139
cc) Meinungsstand und Stellungnahme .....	139
dd) Besonderheiten bei den in-vitro befindlichen Embryonen .....	143
b) Umwandlung der Unterlassungspflicht zum Schutzgebot .....	145
aa) Darstellung .....	145
bb) Kritik .....	146
3. Embryonenschutz aus der Schutzpflicht für das Leben .....	149
a) Die Schutzpflicht für das Leben .....	149
b) Ableitung der Schutzpflicht für das Leben .....	151
aa) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	151
bb) Kritik und Alternativen .....	153
c) Funktionsweise der Schutzpflicht für das Leben .....	155
IV. Bisherige Ergebnisse .....	156
<b>D. Spannungsverhältnis zwischen Forschungsfreiheit und Embryonenschutz .....</b>	<b>156</b>
I. Kollisionsfrage .....	156
II. Rolle des Gesetzgebers zwischen Forschungsfreiheit und Embryonenschutz .....	158
1. Grundrechtsbindung .....	158
2. Einschätzungsprärogative .....	161
a) Begründung .....	161

b) Einschätzungsprärogative und Embryonenforschung .....	162
aa) Umsetzung von Schutzpflichten .....	162
bb) Regelung der wissenschaftlich-technologischen Entwicklung .....	163
3. Methode der Ausfüllung des gesetzgeberischen Spielraums .....	164
III. Kollisionslösung .....	167
1. Abwägungsrichtlinien aus der Verfassungsentscheidung für den Lebensschutz ..	167
a) Absoluter Lebensschutz .....	168
aa) „Heiligkeitsargument“ .....	168
bb) Faktische Argumente und Wesensgehaltsgarantie .....	168
cc) „Vitale Basis“ der Menschenwürde .....	169
dd) Biologische Gesellschaftsvoraussetzung .....	169
b) Relativer Lebensschutz .....	170
aa) Argumente für einen relativen Schutz des Lebens .....	170
bb) Berücksichtigung der Gegenargumente .....	172
cc) Ergebnis für den Gesetzgeber .....	174
2. Abwägungsrichtlinien aus der Verfassungsentscheidung für die Forschungsfrei- heit .....	174
a) Embryonenforschung und Schwangerschaftsunterbrechung .....	175
b) Forschung als Legitimationsgrund für Ausnahmen vom Lebensschutz .....	176
3. Bisheriges Ergebnis .....	178
IV. Grenzen und Kontrollierbarkeit der Grundrechtsgesetzgebung .....	179
1. Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	179
2. Anwendbarkeit des Übermaßverbots .....	180
3. Klassische Funktionsweise des Übermaßverbots .....	182
a) Legitimer Zweck .....	182
b) Teilaspekte .....	183
c) Relativität .....	187
4. Übermaßverbot und Schutzpflichtendogmatik .....	188
a) Verfassungsrechtlich gebotener Maß an Schutz .....	188
b) Kontroverse um das Untermaßverbot .....	189
aa) Kongruenzthese .....	189
bb) Gegenargumente .....	191

c) Stellungnahme .....	192
aa) Ausgangspunkt .....	192
bb) Schutzpflicht und Untermaßverbot .....	193
cc) Kontrollweite .....	194
dd) Kontrolldichte .....	195
5. Anwendung auf das Forschungsverbot des Embryonenschutzgesetzes .....	196
V. Bisherige Ergebnisse .....	197

### *Zweiter Teil*

#### **Europarechtliche Aspekte der Embryonenforschung**

<b>A. Embryonenforschung als internationales und europäisches Rechtsproblem .....</b>	<b>199</b>
<b>B. Embryonenforschung und Recht des Europarats .....</b>	<b>201</b>
I. Notwendigkeit einer speziellen Regelung der Embryonenforschung .....	201
1. Biomedizinische Problematik vor dem Europarat .....	201
2. Vorhandene Menschenrechtsverbürgungen .....	203
a) Forschungsfreiheit .....	203
b) Embryonenschutz .....	204
II. Europäisches Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin .....	207
1. Entstehungsgeschichte .....	207
2. Normative Bedeutung .....	209
3. Kritische Bemerkungen .....	212
a) Spezialisierungs- und Regionalisierungstendenz .....	212
b) Kompromißcharakter .....	213
c) Lückenhaftigkeit .....	214
d) Inhaltliche Ambivalenz .....	214
III. Embryonenforschung im Europäischen Menschenrechtsübereinkommen zur Bio- medizin .....	215
IV. Bewertung der Regelungen im Lichte des Grundgesetzes .....	218
1. Embryonenschutz .....	219
a) Materiell-rechtliche Überlegungen .....	220

b) Systematische Argumente .....	221
c) Ergebnis .....	223
2. Forschungsfreiheit .....	224
V. Zusammenfassendes Ergebnis .....	225
<b>C. Embryonenforschung und europäisches Gemeinschaftsrecht .....</b>	<b>225</b>
I. Biomedizinische Problematik innerhalb der Europäischen Gemeinschaft .....	226
1. Biomedizinische Forschung .....	226
a) Kompetenzgrundlagen .....	226
b) Anwendung .....	227
2. Biomedizinische Rechtsfragen .....	228
3. Grundrechtsfragen der Embryonenforschung im geltenden Gemeinschaftsrecht	230
a) Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten .....	233
aa) Wertende Rechtsvergleichung .....	233
bb) Wissenschaftsfreiheit .....	234
cc) Embryonenschutz .....	235
dd) Stellungnahme .....	237
b) Europäisches Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin als Erkenntnisquelle von allgemeinen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts .....	237
II. Teilnahme der Europäischen Gemeinschaft am Europäischen Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin .....	239
1. Europarat und Europäische Gemeinschaft .....	239
2. Voraussetzungen einer Teilnahme .....	240
a) Handlungskompetenz .....	240
aa) Vertragsschließungskompetenz .....	240
bb) Kompetenz zum Abschluß von Menschenrechtskonventionen .....	241
cc) Ergebnis .....	242
b) Organkompetenz .....	244
3. Rechtliche Bedeutung .....	245
III. Zusammenfassendes Ergebnis .....	247
<b>Thesen .....</b>	<b>248</b>
<b>Literatur- und Materialienverzeichnis .....</b>	<b>252</b>
<b>Sachwortregister .....</b>	<b>293</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
abw. M.	abweichende Meinung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
Aff.	Affaire
AfP	Archiv für Presserecht
AI	Artifizielle Insemination
AJDA	L'Actualité Juridique – Droit Administratif
AK-GG	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Reihe Alternativkommentare
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
Ann.fr.Dr.int.	Annuaire français du Droit international
Antr.	Antrag
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT-	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs)
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
Beschw.	Beschwerde
betr.	betreffend
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BioethikL	Lexikon zur Bioethik
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMFT	Bundesminister für Forschung und Technologie
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgesetz
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Bundestag
BT-	Besonderer Teil
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CAHBI	Comité ad hoc d'experts sur la Bioéthique
CAHGE	Comité ad hoc d'experts sur les problèmes éthiques et juridiques de la génétique humaine
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
CDBI	Comité directeur pour la Bioéthique
CDDH	Comité directeur des Droits de l'Homme
CESP	Comité européen de la santé
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNS	Desoxyribonukleinsäure
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRB	Deutscher Richterbund
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
Ed.	Editor / Éditeur
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte/Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte
Einf.	Einführung
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EMRÜ-Biomedizin	Europäisches Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin
EP	Europäisches Parlament
Erl.	Erläuterung
ESchG	Embryonenschutzgesetz
ESLA	Ethische, soziale und gesetzliche Aspekte menschlicher Genomanalyse
ET	Embryotransfer
ETS/STE	European Treaty Series / Série des Traités Européens
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte – Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuRatS	Satzung des Europarats
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgend / folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht – Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FORUM	Forum du Conseil de l'Europe
FS	Festschrift
FTE	Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration
G	Gericht, Gesetz
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GAEIB	Group of Advisers on Ethical Implications of Biotechnology
GenTG	Gentechnikgesetz
GenTR/BioMedR	Recht der Gentechnik und der Biomedizin – Kommentar und Materialien
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIFT	Gamete intrafallopian tube transfer – intratubarer Gameten-transfer

GS	Gedächtnisschrift
GT	Gametentransfer
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HandkommEUV/EGV	Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union
HbArztR	Handbuch des Arztrechts
HbStR	Handbuch des Staatsrechts
HbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
HbWissR	Handbuch des Wissenschaftsrechts
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HEF	Human Embryo and Foetus
HEFA	Human Fertilisation and Embryology Act
HER	Human Embryo Research
HerrChE	Herrenchiemseer Entwurf
HessLT	Hessischer Landtag
HRG	Hochschulrahmengesetz
H.R.L.J.	Human Rights Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
HUG	Hessen – Universitätsgesetz
IBC	International Bioethics Comitee
ICSI	Intracytoplasmatische Spermieninjektion
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
IVF	In-vitro-Fertilisation
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbWissEthik	Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Komm	Kommentar
KOV-AnpG	Kriegsopferversorgung – Anpassungsgesetz
LG	Landgericht
Lief.	Lieferung

lit.	littera
LK-StGB	Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MJECL	Maastricht Journal of european community law
MLR	Modern Law Review
MMW	Münchner Medizinische Wochenschrift
MPG	Max-Planck-Gesellschaft / Gesetz über Medizinprodukte
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen
ÖR	Öffentliches Recht
ÖsterVfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
PROST	Pronuclear Stage Tubal Transfer
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger
RDT	Recherche et développement technologique
Req.	Requête
RFDAdm	Revue française de Droit Administratif
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
R.I.D.C.	Revue international de Droit comparé
RMC	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzahl
S.	Seite, Satz
s.	siehe
SFHÄndG	Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
SK-StGB	Systematischer Kommentar

Slg.	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st.	ständig
StGB	Strafgesetzbuch
StL	Staatslexikon
STOA	Science and Technology Options Assessment Group
StrR	Strafrecht
StrSchV	Strahlenschutzverordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tb.	Teilband
u. a.	und andere
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
UPR	Umwelt und Planungsrecht
Urt.	Urteil
v.	von, vom
VerfBremen	Verfassung der Freien Hansestadt Bremen
VersR	Versicherungsrecht – Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WHO	World Health Organisation
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WVÜ	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
YbECHR	Yearbook of the European Convention on Human Rights
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIFT	intratubarer Zygotentransfer
zit.	zitiert

ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht – Austrian Journal of Public and International Law
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

# Einleitung

## I. Rechtsfragen der humanmedizinischen Forschung

Die *humanmedizinische Forschung* hat immer schwierige ethische und rechtliche Fragen aufgeworfen, denn „Objekt“ dieser Forschung ist der Mensch selbst, der aber zugleich Subjekt einer anthropozentrisch orientierten Rechtsordnung ist. Daher sind solche Vorgänge anders als die Forschung in anderen wissenschaftlichen Gebieten rechtlich zu bewerten und zu regeln.

Als traditionelles Problem dieses Bereichs ist die Forschung am lebenden Menschen zu erwähnen. Wenn bereits die medizinische Heilbehandlung ein umstrittenes Problem für die Rechtswissenschaft darstellt<sup>1</sup>, ist die rechtliche Beurteilung des medizinischen Experimentierens an Menschen noch schwieriger. Die medizinischen Versuche an Menschen können nicht nur als *Heilversuche* stattfinden, als Eingriffe also, die der Heilung eines bestimmten, an einer Krankheit leidenden Menschen dienen, sondern auch als *klinische Experimente*, bei denen das wissenschaftliche oder allgemein medizinische Interesse im Vordergrund steht.<sup>2</sup> Als Unterscheidungsmerkmal wird das Vorliegen einer medizinischen Indikation betrachtet.

---

<sup>1</sup> Nach der Rechtsprechung ist die ärztliche Heilbehandlung, soweit sie die Integrität des Körpers berührt, ungeachtet ihres Ergebnisses als Körperverletzung (§ 223 StGB) anzusehen; die Rechtfertigung der Tat erfolgt lediglich durch die Einwilligung des Patienten; s. RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; zuletzt s. BGH, Urt. v. 19.11.00.1997-3 Str 271/97, NJW 1998, S. 1802 ff. (1803); s. auch BVerfGE 52, 131 (168 ff.); die Einwilligung kann auch eine mutmaßliche sein; RGSt 25, 375 (381 f.); 61, 242 (256); ferner s. *Hirsch*, in: LK-StGB, Vor § 223, Rn. 3; *Lackner*, StGB-Komm., § 226 a, Rn. 14; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., § 223, Rn. 29. Der Rechtsprechung zustimmend *Jescheck/Weigend*, AT-StrR, S. 379; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 226 a, Rn. 34; *Arzt/Weber*, BT-StrR 1, Rn. 320 f.; dagegen qualifiziert ein großer Teil der Literatur den ärztlichen Eingriff schon von Anfang an nicht als Körperverletzung, da die gelungene Heilbehandlung den Körperzustand bessert oder bewahrt; *Lackner*, StGB-Komm., § 223, Rn. 8; *Hirsch*, in: LK-StGB, Vor § 223, Rn. 3 ff. und § 226 a, Rn. 14; *Tröndle*, StGB-Komm., § 223, Rn. 9 b; s. auch die Ansätze v. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., § 223, Rn. 30 ff.; *Horn*, in: SK-StGB, § 223, Rn. 33 f. und § 228, Rn. 11 ff.

<sup>2</sup> Eine solche Unterscheidung wurde schon in den vom Reichsministerium des Innern erlassenen Richtlinien für neuartige Heilbehandlung und für die Vornahme wissenschaftlicher Versuche an Menschen aus dem Jahr 1931 vorgenommen; s. die Richtlinien in: DMW 1931, S. 509; aus der Rechtsprechung s. BGHZ 20, 61 (66); ferner *Laufs*, in: HbArztR, § 130, Rn. 5 ff.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 675 ff.; *Eser*, Art. „Humanexperiment / Heilversuch“, in: Lexikon Medizin – Ethik – Recht, Sp. 503 ff. (503 f.); *Jürgens*, KritV 1998, S. 34 ff. (34 f.).

Obwohl die beiden Kategorien nicht von einander völlig abgetrennt werden können und Grenzfälle nicht selten sind<sup>3</sup>, orientiert sich die rechtliche Beurteilung eines Heilversuchs normalerweise am Vorliegen einer Einwilligung des Patienten.<sup>4</sup> Auch das klinische Experiment aber, das aus ethischer und rechtlicher Hinsicht besonders bedenklich erscheint, weil dabei der Eingriff nicht an einen unmittelbaren Heilzweck gebunden ist, kann legitimierbar und unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sein. Meist beruft man sich hinsichtlich der objektiven Zulässigkeit eines solchen Forschungsvorhabens auf die ärztliche Vertretbarkeit der aus dem Versuch für den Teilnehmer ausgehenden Risiken.<sup>5</sup> Darüber hinaus ist auch in diesem Fall die freie Einwilligung des Probanden notwendig, der eine Aufklärung über die Risiken des Eingriffs vorausgehen muß.<sup>6</sup>

Solche Rechtsfragen sind besonders schwierig für die Rechtswissenschaft, weil trotz der großen Bedeutung der medizinischen Experimente an Menschen keine umfassende Regelung dieses Bereichs in Deutschland existiert. Nur Teilbereiche sind durch besondere Rechtsvorschriften geregelt<sup>7</sup>, nämlich die Versuche mit Arzneimitteln, für die §§ 40 ff. des AMG gelten<sup>8</sup>, die experimentielle Anwendung von

---

<sup>3</sup> Das ist der Fall, wenn medizinische Maßnahmen angewandt werden, die einerseits die Behandlung eines Kranken bezwecken, andererseits aber auch einen experimentellen Charakter aufweisen, weil sie unsichere Verfahren anwenden; dazu s. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., § 223, Rn. 50 a.

<sup>4</sup> Für die Einwilligung des Patienten als Voraussetzung eines Heilversuchs s. BVerfGE 89, 120 (130); *Hirsch*, in: LK-StGB, § 226 a, Rn. 47; *Deutsch*, Forschung, S. 46 ff.; ferner auch *Jürgens*, KritV 1998, S. 34 ff. (36).

<sup>5</sup> Daß hier eine Risiko-Nutzen-Analyse notwendig ist: *Lackner*, StGB-Komm., § 226 a, Rn. 22; *Deutsch*, Forschung, S. 43 ff.; *Eser*, Art. „Humanexperiment / Heilversuch“, in: Lexikon Medizin – Ethik – Recht, Sp. 503 ff. (508).

<sup>6</sup> Die Aufklärung muß bei Eingriffen experimentellen Charakters besonders intensiv sein; dazu s. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., § 223, Rn. 50 a; *Lackner*, StGB-Komm., § 226 a, Rn. 22; *Deutsch*, Forschung, S. 48 f.; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 226 a, Rn. 63; zur Aufklärungspflicht des Arztes s. ferner *Horn*, in: SK-StGB, § 228, Rn. 12 ff.; *Hirsch*, in: LK-StGB, § 226 a, Rn. 19 ff.

<sup>7</sup> Die medizinische Forschung betreffen ferner der Nürnberger Codex von 1947 (abgedruckt in NJW 1949, S. 377), der Art. 7 S. 2 des IPbPr von 1966 und vor allem die Deklaration des Weltärztebundes v. 1964 (Helsinki) in der revidierten Fassung v. 1975 (Tokio), 1983 (Venedig), 1989 (Hongkong) und 1996 (Somerset West), die trotz ihres deklaratorischen oder empfehlenden Charakters beinahe in der ganzen Welt anerkannt und befolgt wird; s. dazu *Deutsch*, NJW 1995, 3019 ff. (3024); s. auch die Empfehlung Nr. R(90) 3 des Ministerkomitees des Europarates, abgedruckt in: *Conseil de l'Europe*, CDBI/INF (93) 2 Rév., S. 49 ff.; s. ferner auch die Regelung des § 15 Abs. 1 der MBO-Ä 1997, die eine Pflicht des Arztes vorschreibt, sich vor der Durchführung biomedizinischer Forschung am Menschen durch eine bei der Ärztekammer oder bei einer Medizinischen Fakultät gebildeten Ethik-Kommission über die mit seinem Vorhaben gebundenen berufsethischen und berufsrechtlichen Fragen beraten zu lassen (MBO-Ä 1997, B III § 15, abgedruckt in: NJW 1997, S. 3076 ff.); kritisch der neuen Regelung gegenüber *Laufs*, NJW 1997, S. 3071 ff. (3072); vgl. die ähnliche frühere Regelung des § 1 Abs. 4 der MBO von 1988 (abgedruckt in: HbArztR, Anhang zu Kapitel 1, S. 27 ff.); dazu *Laufs*, in: HbArztR, § 130, Rn. 16 f.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 685 ff.

<sup>8</sup> Dazu s. BGHZ 130, 259 (275).

radioaktiven Substanzen an Menschen, die durch § 41 der Verordnung über den Schutz von Schäden durch ionisierende Strahlen vom 13. Oktober 1976 geregelt wird<sup>9</sup>, und die klinische Prüfung von Medizinprodukten gemäß §§ 17 und 18 des Gesetzes über Medizinprodukte<sup>10</sup>.

Aus der Sicht des Patienten bzw. Probanden ist immer erheblich, wie weit er durch Einwilligung über gewichtige eigene Rechtsgüter verfügen kann. Soweit grundrechtlich geschützte Rechtsgüter in Frage gestellt werden, ist die Problematik hauptsächlich verfassungsrechtlicher Art. Ohne in die Diskussion eintreten zu wollen, ist es hier zu bemerken, daß eine allgemeine Bestimmung der Verfügungsmacht über grundrechtliche Schutzgüter problematisch ist. Es ist daher notwendig, eine fallbezogene Bestimmung der Verfügbarkeitsgrenzen zu unternehmen.<sup>11</sup> Auf jeden Fall soll eine Verfügungsmacht nicht dazu führen, den Garantiegehalt grundrechtlicher Wertentscheidungen zu entleeren bzw. in ihren Gegenteil umzukehren.<sup>12</sup>

Der Fortschritt im medizinischen Gebiet während der letzten Jahrzehnte und insbesondere die Entwicklung neuer technologischen Möglichkeiten haben neuartige Handlungsalternativen für die Ärzte eröffnet und ihnen neue Macht erteilt, Einfluß auf Leben und Tod zu nehmen. Es ist deshalb oft die Rede von einem „Paradigmwechsel“<sup>13</sup> im Arztberuf, soweit der Mediziner nicht nur Helfer und fördernder Begleiter des menschlichen Schicksals, sondern zugleich „Schöpfer“, Herr über Leben und Tod, zu werden scheint<sup>14</sup>. Eine solche qualitative Änderung ist alles andere als selbstverständlich. Die Frage, ob die Medizin alles tun darf, was sie kann, wurde in der Öffentlichkeit wiederholt und kontrovers diskutiert. Sie stellte sich zunächst als ein Problem der angewandten Ethik<sup>15</sup> und konkreter als ein Problem

---

<sup>9</sup> Strahlenschutzverordnung – StrSchV, neu bekannt gemacht i.d.F. v. 30. Juni 1989 (BGBl. I, S. 1321 ff.); § 41 der StrSchV wurde durch die Verordnung zur Einrichtung eines Strahlenschutzregisters v. 3. April 1990, BGBl. I, S. 607 ff., und durch den Art. 8 § 11 des Gesundheitseinrichtungen-Neuordnungsgesetzes – NGG v. 24. Juni 1994, BGBl. I, S. 1416 ff. (1422), geändert.

<sup>10</sup> Gesetz über Medizinprodukte- MPG v. 2. August 1994, BGBl. I, S. 1963 ff. (1970 f.).

<sup>11</sup> *Lerche*, in: HbStR, Bd. V, § 122, Rn. 45; *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), S. 527 ff. (536 ff.); *Sachs*, VerwArch 1985, S. 398 ff. (419 ff.); *Pieroth/Schlink*, Rn. 135 ff.; *Bleckmann*, JZ 1988, S. 57 ff. (59).

<sup>12</sup> Deshalb ist der Meinung von *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm, Art. 2 II, Rn. 12 zuzustimmen, wenn er annimmt, daß das Grundrecht auf Leben kein Verfügungsrecht über das eigene Leben miteinschließt; ähnlich *Lorenz*, in: HbStR, Bd. VI, § 128, Rn. 62.

<sup>13</sup> Zur Bedeutung und Rolle der „Paradigmata“ für die Wissenschaft und zum Übergang zu einem anderen Paradigma (Paradigmwechsel), s. *Kuhn*, S. 28 ff., 68 ff., 128 ff.

<sup>14</sup> So *Laufs*, in: Essener Gespräche (22) 1988, S. 114 ff. (114 f.); zur Rolle des Arztes als Helfer s. *Laufs*, Art. „Arztrecht“, in: BioethikL, Bd. I, S. 261 ff. (261); vgl. auch § 1 der MBO-Ä 1997 (MBO-Ä 1997, B I § 1, abgedruckt in: NJW 1997, S. 3076 ff.), nach dem der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung *dient* und zur Aufgabe hat, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken.