

WOLFRAM HÖFLING

Biomedizinische Auflösung der Grundrechte?

I.

Die bioethische „Schlacht am Rubikon“, die seit einigen Jahren in Deutschland tobt, ist – so scheint es – in einem moralischen Stellungskrieg erstarrt: Alle Argumente, Unterstellungen und Zynismen sind ausgetauscht; die Ethikfronten begradigt, Positionspapiere medial in Szene gesetzt, die Vorposten bezogen. Will man diese lokalisieren, so könnte man vereinfachend sagen:

- Dort die Mehrheitsauffassung der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, die – um ein polemisches Wort des scheidenden Präsidenten der Max-Planck-Gesellschaft aufzugreifen – von vatikanischen „Hochufern“ aus selbst den Import humaner embryonaler Stammzellen verbieten möchte.
- Hier die pünktlich zum Weihnachtsfest präsentierte Mehrheitsstellungnahme des Nationalen Ethikrates, die trotz einer gewissen Beschwichtigungsrhetorik der Forschung auch jenseits des Rubikon weitreichende Interventionsmöglichkeiten eröffnen will und die deshalb in der FAZ – nicht weniger polemisch – als „ethische Bankrotterklärung“ (dis-)qualifiziert worden ist.¹

Um was geht es, das seit vielen Monaten – nur durch die Ereignisse des 11. September zwischenzeitlich verdrängt – in dieser emotionalen Heftigkeit und im fundamentalen Dissens gestritten wird? Lässt man die Laborexzesse biobastelnder Zocker einmal ebenso beiseite wie die gelegentlichen „Pawlow-Reflexe biopolitischer Sofortentrüstung“ (*Markl*) andererseits, so lässt sich doch ohne Übertreibung feststellen, dass die rasanten Neuerungen der Biomedizin die Lebensweisen der Menschen in einer Weise verändern, der gegenüber das meiste, was offiziell als Politik verhandelt wird, geradezu harmlos ist.² Die ungeheure Gestaltungsmacht der Biowissenschaften entfaltet sich dabei in implementationsloser Direktheit, so dass *Ulrich Beck* schon vor Jahren zu Recht von einem System der Politik der vollendeten Tatsachen gesprochen hat.³

Begleitet wird diese Entwicklung durch eine Diskurs-Disziplin, deren Terminologie und deren analytische Kategorien im ganzen eher eine beschwichtigend-legitimatorische Funktion erfüllen: die Bioethik. Sie verhält sich, einem bösen Wort des Bio-

¹ So *A. Bahnen*, Selbstberatungsladen, FAZ Nr. 298 vom 22. 12. 2001, S. 37.

² Zutreffend: *Andreas Kuhlmann*, Politik des Lebens, Politik des Sterbens, 2001, S. 14.

³ *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 329 ff.

chemikers *Erwin Chargaff* zufolge, zur Ethik ebenso wie die Militärmusik zur Musik; gleichwohl bewirkt sie, wie zu zeigen sein wird, eine Verschiebung der Tonlage, die bis in die Verfassungsrechtsdogmatik nachklingt.

Insgesamt, das ist mein Eindruck, befindet sich die Rechtsordnung zur Zeit in einem „Zangengriff“, der gleich in doppelter Weise deren normative Direktionskraft herausfordert bzw. relativiert:

(1) Zum einen konfrontieren uns die biowissenschaftlichen Realien nahezu tagtäglich mit neuartigen Phänomenen und Entwicklungsprozessen, die sich in ihrer technischen Manipulierbarkeit dem ordnenden Zugriff des Rechts permanent zu entziehen scheinen. Mit elementarer Wucht trifft die anthropotechnische Revolution jene konzeptuellen Netzwerke, die wir „Menschenbilder“ nennen, mit diesen aber auch die Menschenrechte und die in ihnen gespeicherten Vorstellungen vom Menschen.⁴

(2) Diese Entwicklung geht einher zum zweiten mit einer Art „Deposidierung“ der Verfassungsrechtslehre aus dem Bereich der Verfassung durch die Philosophie, genauer: die Bioethik, im Vergleich zu der die Vorgänge vor drei Jahrzehnten, als *Ernst Forsthoff* den Begriff prägte, völlig unbedeutend sind.

In diesem Zangengriff vollzieht sich subkutan, aber wirksam ein Prozess, an dessen Ende das stehen könnte, was – in Frageform – Thema meines Vortrages ist: die reprogenetische Auflösung der Rechtsordnung. Der Begriff der Reprogenetik steht dabei für jenen wirkmächtigen Wissenschaftskomplex, der sich im Zusammenwirken von Reproduktionsmedizin, Humangenetik und Stammzellforschung herausgebildet hat und der den „entschlüsselten Menschen“ in durchaus ambivalenter Weise zum Gegenstand seines faustischen Forschungsdranges macht.

Die nachfolgenden Ausführungen wollen einige zentrale Problemaspekte der skizzierten Thematik aufgreifen und dabei erste Antwortversuche auf jene Herausforderungen⁵ formulieren, vor denen die Rechtsordnung, namentlich die Verfassungsrechtsordnung steht.

- Zunächst soll ganz grundsätzlich der Anspruch des Verfassungsrechts als Maßstabsrecht, als Steuerungsgröße auch für die Biowissenschaften bekräftigt und damit zugleich jene fundamentale Attacke pariert werden, die in Gestalt der bioethischen Persondoktrin schlechthin auf eine Verbannung des Verfassungsrechts aus dem Diskurs über die besonders umstrittenen Bereiche der Biomedizin, namentlich der Forschung mit und an humanen embryonalen Stammzellen, zielen.
- Diese Auseinandersetzung leitet über, zweitens, zu Überlegungen dazu, ob und ggf. welche Gründe für eine Geltungserstreckung des Lebensgrundrechts sowie der Menschenwürdegarantie auch auf das früheste Embryonalstadium sprechen.

⁴ Dazu siehe auch den Vortrag von *Stephan Rixen*, Die reprogenetische Diffusion des Körpers: Diffusion der Menschenrechte? Zur biowissenschaftlichen Herausforderung von Rechtsphilosophie und Verfassungsrecht, Symposium „Körper und Recht“, Frei Universität Berlin. 2. 11. 2001 (Tagungsband i. E.).

⁵ Zur „fundamentale(n) Herausforderung des Grundrechtsverständnisses“ durch die Gentechnik: *Isensee*, in: FS Hollerbach, 2001, S. 243 (245).

- Von der so gewonnenen Basis aus sind dann schließlich einige besonders heftig umkämpfte Einsatzfelder reprogenetischer Intervention in den Blick zu nehmen und insoweit nach der normativen Direktionskraft der Rechtsordnung zu fragen (ES-Forschung; reproduktives Klonen).

II.

Zunächst also ein Plädoyer für die Autonomie rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung und gegen die Depossedierung des Verfassungsrechts durch die bioethische Persondoktrin.⁶ Diese philosophische Position, die auch in Deutschland zunehmend an Bedeutung gewinnt, kann man als Nicht-Äquivalenz-Theorie⁷ bezeichnen. Ihr elementarer Kerngehalt besteht in der begrifflichen und normativen Trennung von Menschen und Personen. Ihr zentrales Argumentationsmuster ist ein interessenethisches: Es behauptet einen fundamentalen Unterschied zwischen interessenunfähigen Lebewesen und interessenfähigen Personen. Nur letzteren – und dazu zählen jedenfalls nicht alle Menschen – könne und dürfe die Gesellschaft sowie die Rechtsordnung Rechte zuschreiben. Ein Wesen, das bestimmte Interessen nicht haben kann, kann danach auch kein subjektives moralisches Recht auf Berücksichtigung bzw. Nichtverletzung solcher Interessen haben. Zwar finden sich manchmal beruhigend-fürsorgliche Stellungnahmen derart, wie sie etwa *Norbert Hoerster* zum Besten gibt, wenn er fordert, die Rechtsordnung „sollte dem Fötus – entsprechend wie dem Tier ... – generell einen Schutz vor Zufügung von Schmerzen ohne vernünftigen Grund gewähren“.⁸ Doch wenn es um existentielle Rechtspositionen wie das Recht auf Leben und die Menschenwürde geht, lässt man keine Zweifel aufkommen: „Ein Wesen zu töten, das schlechthin kein subjektives Interesse an seiner eigenen Existenz haben kann, kann dieses Wesen nicht schädigen und daher ihm gegenüber kein Unrecht sein“ – so heißt es bei *Reinhard Merkel*, dem Hamburger Strafrechtler und Rechtsphilosophen. Die kantianische Gegenposition, jedem Menschen stehe „kraft seiner Menschheit“ ein angeborenes Grundrecht auf Freiheit zu, wird als logisch verfehlt verworfen. Von dem Umstand, dass der normale Mensch freiheitsfähig in diesem Sinne sei, führe keine logische Brücke zu der Behauptung, also sei es auch etwa der Embryo oder ein nach 18 Gestationswochen früh geborener und überlebensunfähiger Fötus.⁹ Über die Rechtsphilosophie gewinnen solche Argumentationsmuster, zum Teil unreflektiert, mehr und mehr auch Einfluss auf die Rechtsdogmatik. Dies zeigt sich etwa dort besonders

⁶ Die nachfolgenden Ausführungen greifen zurück auf *Wolfram Höfling*, Depossedierung des Verfassungsrechts durch die Philosophie?, in: Taupitz (Hrsg.), Die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft, 2001, S. 39 ff.; *dens.*, Von Menschen und Personen, in: Festschrift für Schiedermaier, 2001, S. 363 ff.; zustimmend *K.-A. Schwarz*, KritV 2001, 182 (195 f.).

⁷ *Dieter Birnbacher*, Das Dilemma des Personenbegriffs, in: ARSP-Beiheft 73, 1997, S. 9 ff.

⁸ *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, S. 95 mit FN 43.

⁹ In diesem Sinne etwa *Reinhard Merkel*, Extrem unreif Frühgeborene und der Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes, in: Medizin-Recht-Ethik, 1998, S. 103 ff.

deutlich und offensiv, wo die verbrauchende Embryonenforschung schlicht zum „Unthema“ des Lebensgrundrechts erklärt wird, weil Embryonen über keine „Persönlichkeit“ verfügen.¹⁰ Der rechtsphilosophische Marsch durch die Verfassungsbegriffe hinterlässt so am Ende ein exklusives Ensemble von „Zuschreibungssubjekten“, in dem aber besonders Schutzbedürftige keinen Platz mehr finden.

Indes: Eine Definition zentraler Begriffe verfassungsrechtlicher Maßstabsnormen – allen voran: Leben und Würde des Menschen – nach interessenethischen Kriterien ist mit weithin konsentierten grundrechtsdogmatischen Prinzipien nicht vereinbar. Dies sei im folgenden näher begründet:

(1) In entstehungsgeschichtlicher Perspektive wird deutlich, dass das Grundgesetz als wesentliches Konstitutionsmerkmal des neuen Deutschland elementare Basisgleichheit aller Menschen einfordert und im Blick auf die Angehörigen der menschlichen Gattung ein qualitatives Differenzierungsverbot einfordert. Die zielzitierte „nicht interpretierte These“, von der *Theodor Heuss* im Blick auf die Menschenwürdegarantie sprach, korrespondiert mit der Forderung *Carlo Schmitts*, „das Wesen des Menschen (nicht) ... zu definieren“. Art. 1 Abs. 1 GG greift dies mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung eines offenen Menschenbildes auf. Im Zentrum des grundgesetzlich verfassten Gemeinwesens steht schlechthin der Mensch, und zwar der Mensch in der vollen Vielfalt real existierender Unterschiede, ohne Rücksicht auf mehr oder weniger diffuse Kriterien der Geistigkeit, der Kommunikativität, der Interessenfähigkeit, der Personalität. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Menschenwürde ... ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht sinnhaft handeln kann ...“.

(2) Das Interpretament des offenen Menschenbildes findet nun in der Grundrechtsdogmatik seine Entsprechung in der weithin konsentierten und namentlich auch in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts anerkannten Figur einer weiten Tatbestandstheorie: Grundrechtsnormen schützen grundlegende Positionen des Menschen. Diese Positionen umschreibt der Tatbestand einer Grundrechtsnorm regelmäßig nur mit einem Wort: Kunst, Glaube, Wissenschaft, aber auch Würde und Leben. Erfasst dieses „Wort“ einen Lebenssachverhalt, dann tritt die grundrechtliche Rechtsfolge ein. Das je erfasste Verhalten oder die je thematisierte Eigenschaft genießt Integritätsschutz. Die Inanspruchnahme dieses *prima facie*-Schutzes bedarf keiner Rechtfertigung durch den Grundrechtsinhaber. Das Bundesverfassungsgericht geht nun mit einem großen Teil der Verfassungsrechtslehre – wie ich finde: zu Recht – von der Prämisse einer weiten Tatbestandstheorie aus. Die Festlegung des Schutzgegenstandes hat mit Hilfe von Kriterien zu erfolgen, die ausreichend offen und inhaltsarm sind, so

¹⁰ So *Michael Ronellenfitsch*, Zur Freiheit der biomedizinischen Forschung, UTR 2000, S. 91 (104).

dass sie alle Realisierungsmöglichkeiten einschließen können, denen der Grundrechtsschutz gilt.¹¹

(3) Nicht zuletzt im Blick auf das Lebensgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder eine extensive Deutung dieses Schutzgegenstandes gefordert. Hier wird besonders deutlich, dass Grundrechtsbestimmungen als normative Antworten auf aktuelle und potentielle Gefährdungen menschlicher Existenz hin konzipiert sind. Hierauf haben sie, soweit der Wortlaut der Norm dem nicht eindeutig entgegensteht, mittels der „Wachstumsfähigkeit“ ihres Schutzbereichs zu reagieren.¹² Um nun nicht bereits auf Tatbestandsebene zahlreiche Gefährdungen menschlichen Lebens als verfassungsrechtlich irrelevant und zugleich weite Teile des durch die Norm in Bezug genommenen Lebensbereichs als grundrechtlich völlig unbeachtlich zu qualifizieren, drängt sich bei der Konkretisierung des Tatbestandselements „Leben“ eine Bezugnahme auf die bloße biologische Existenz auf: Schutzgut der Norm ist nicht weniger und nicht mehr als das lebendige körperliche Dasein eines Mitglieds der menschlichen Gattung. Auf den Grad der Lebensfähigkeit kommt es ebenso wenig an wie auf kognitiv-psychische oder moralische Fähigkeiten und Interessen. Bewusstseinsdifferenzen begründen keine Statusdifferenzen.

(4) Die weite Deutung des Lebensgrundrechts knüpft wiederum an das offene Menschenbild an, wie es der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Als Kommunikationsbegriff bezieht sich die Menschenwürde auch auf den Akt der Staatsfundamentierung. Die Subjekte der verfassungsgebenden Gewalt gründen den Staat des Grundgesetzes um der Würde des Menschen willen auf die gegenseitige Anerkennung aller als prinzipiell in gleicher Weise würdige Mitglieder des Gemeinwesens. Menschenwürde meint in dieser durch wechselseitiges Versprechen gegründeten Solidargemeinschaft gegenseitige Achtung des Lebens, der Unverletzlichkeit und der Freiheit.¹³ Dies schließt es aber aus, dass jemand über die Anerkennung dieses Status zu befinden befugt ist. Erst recht aber, so ist hinzuzufügen, ist die bioethische Rede-weise von der Zuschreibung bzw. der Zuerkennung von Lebensrecht und Menschenwürde verfassungsrechtlich inadäquat.

III.

Ist somit also von der grundsätzlichen Maßstabsfunktion des Verfassungsrechts für die Biopolitik und im besonderen davon auszugehen, dass auch ein „interessenloser“ Embryo einen verfassungskräftigen Schutz- und Achtungsanspruch genießt, bleibt zu klären, ab wann die normative Wirkkraft der Grundrechte sich zugunsten des Embryo zu entfalten beginnt und was dies für die reprogenetische Forschung bedeutet. Auch

¹¹ Hierzu *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 56.

¹² Dazu – unter Bezugnahme auf *Isensee – Höfling*, JZ 1995, 26 (31) mit weiteren Nachweisen.

¹³ Dazu *Hasso Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 (369 f.).

hier sind – durchaus absichtsvolle – terminologische Akzentverschiebungen zu konstatieren, etwa wenn vom „Pro-Embryo“ oder „Prä-Embryo“ die Rede ist oder vom mikroskopisch kleinen Zellhaufen (eine Formulierung, die im Übrigen bereits bei den Bitburger Gesprächen des Jahres 1986 für Diskussionsstoff gesorgt hat). Was und wen schützt nun Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, wenn er vom Recht auf Leben spricht, das jeder haben soll?

Die juristischen Schöpfungsgeschichten bzw. die rechtswissenschaftlichen Evolutionstheorien, die derzeit im Angebot sind, kennen zahlreiche Varianten und Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der normativen Zäsur, die den Eintritt der Schutzwirkung des Lebensgrundrechts bewirken soll: vom völligen Ausschluss aller pränatalen Lebensformen¹⁴ bis hin zur Einbeziehung der noch nicht befruchteten Eizelle.¹⁵

Die deutliche Mehrheit der Autoren setzt den Schutz bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle an.¹⁶ Begründet wird dieser frühe Zeitpunkt insbesondere mit der kontinuierlichen Entwicklung menschlichen Lebens, die jede Zäsur zwischen der Verschmelzung und der Geburt willkürlich erscheinen lasse.¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nicht explizit zum Lebensschutz für das Vor-Nidations-Stadium, also gerade für den hier interessierenden Embryo in vitro, geäußert, allerdings im Begründungsduktus eine weite und ausgreifende Schutzkonzeption formuliert: „Jeder‘ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist ‚jeder Lebende‘, anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende menschliche Individuum; ‚jeder‘ ist daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen“.¹⁸ Und später hat es hervorgehoben, die Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie legten es nahe, dass menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entstehe.¹⁹

Die Erkenntnisse der molekular- und zellbiologischen Forschung weisen in der Tat die Fertilisation als den entscheidenden qualitativen Sprung aus, ab dem die weitere Entwicklung kontinuierlich verläuft. „Es entsteht ein neues, humanspezifisches und zugleich individuelles Genom, und zwar in einer nicht voraussagbaren Weise. ... Von

¹⁴ In diesem Sinne bereits *Horst Ehmke*, Stellungnahme, in: *Arndt/Erhardt/Funke* (Hrsg.), *Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, 1979, S. 180 f.; pointiert auch *Norbert Hoerster*, *Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?*, *JuS* 1989, 172 ff.

¹⁵ Siehe *Christian Starck*, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*. 1. Teilgutachten. *Verfassungsrechtliche Probleme*, in: 56. DJT 1986, A 17.

¹⁶ Siehe beispielhaft *H. Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG I, 1. Aufl. 1996, Art. 2 II Rz. 16; *P. Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 49; *Stern*, *Staatsrecht III/1*, 1057 f.; *W. Graf Vitzthum*, *MedR* 85, 249 (252); *D. Lorenz*, in: *Isensee/Kirchhof HdbStR VI*, 1989, § 128 Rz. 10; *J. Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, S. 124 f.; *R. Beckmann*, *ZRP* 1987, 80 (82 ff.); *H. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 55. *Wolfram Höfling*, *Die Abtreibungsproblematik und das Grundrecht auf Leben*, in: *Thomas/Kluth* (Hrsg.), *Das zumutbare Kind*, 1993, S. 119 (124); *Udo Steiner*, *Schutz des Lebens nach dem Grundgesetz*, 1992, S. 11; *D. Murswiek*, in: *Sachs*, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rz. 146, erstreckt den Schutzbereich jedenfalls auch auf den Embryo ohne eine Spezifizierung oder Einschränkung hinsichtlich eines bestimmten Zeitraums vor der Geburt vorzunehmen.

¹⁷ *H. Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG I, Art. 2 II Rz. 16; *P. Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 49; *D. Lorenz*, in: *Isensee/Kirchhof HdbStR VI*, 1989, § 128 Rz. 8 f. und 12.

¹⁸ BVerfGE 39, 1, 37.

¹⁹ BVerfGE 88, 203, 251

der Entstehung der Zygote an ist der Embryo eine funktionelle, sich selbst organisierende und differenzierende Einheit, ein dynamisches und autonomes System. Als ein sich selbst organisierendes dynamisches System erfüllt er alle Bedingungen, die man an ein Individuum im biologischen Sinne ... stellen kann“.²⁰

Vor diesem Hintergrund ist – spätestens – ab der Kernverschmelzung in seiner genetischen Identität feststehendes menschliches Leben gegeben,²¹ auf das sich der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erstreckt.²²

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die embryonalen Zellen in diesem frühen Stadium vor der Einnistung noch totipotent sind, also sich aus jeder dieser Zellen bei Abspaltung ein eigener vollständiger Embryo entwickeln kann – ein Vorgang, der sich bei der Heranbildung eineiiger Zwillinge auf natürliche Weise vollzieht. Zwar kann vor der Nidation tatsächlich noch nicht ausgeschlossen werden, dass im Ergebnis mehrere Embryonen entstehen; wer dieses aber zum Anlass nimmt, die Individualität des durch die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle entstandenen Embryos zu leugnen, differenziert nicht ausreichend zwischen Individualität und Singularität.²³

Der Embryo in vitro ist also – so das Zwischenfazit – „Schutzobjekt“ des Lebensgrundrechts²⁴ und zugleich, so ist hinzuzufügen, dessen Träger.

Zum Schutz dieses Lebens darf der Gesetzgeber grundsätzlich auch die Grundrechtspositionen jener beschränken, die sich „biowissenschaftlich entfalten“ wollen, sei es in Ausübung ihrer Berufs- oder Wissenschaftsfreiheit, sei es unter Berufung auf ihre Fortpflanzungsfreiheit („reproduktive Autonomie“). Die Notwendigkeit eines legislatorischen Ausgleichs widerstreitender, jeweils grundrechtlich fundierter Interessen eröffnet allerdings dem Gesetzgeber auch einen gewissen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum. Dieser wäre aber auf Null reduziert, wenn sich eine bestimmte reprogenetische Intervention als Verstoß gegen die Würde des Menschen erwiese. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet diese nämlich als „unantastbar“ und entzieht sie damit der ansonsten gültigen grundrechtlichen Abwägungsargumentation. Dort, wo sie greift, wirkt sie „absolut ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs“.²⁵

²⁰ So zusammenfassend die Studie von *Ruth Boddien-Heidrich/Thomas Cremer/Karl Decker/Hermann Hepp/Willi Jäger/Günter Rager/Wolfgang Wickler*, Beginn und Entwicklung des Menschen: Biologisch-medizinische Grundlagen und ärztlich-klinische Aspekte, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen*, hrsg. von G. Rager, 2. Aufl. 1998, S. 15 (77); ferner a. a. O., S. 67. – A. a. O., S. 78 f., wird weiter hervorgehoben: „Die Selbststeuerung des Embryos beginnt nicht erst im Achtzellstadium, in welchem die Aktivierung der embryonalen DNA zur Transkription beobachtet wird.“

²¹ In diesem Sinne formuliert auch § 8 Abs. 1 I. HS Embryonenschutzgesetz: „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an ...“.

²² Mit der Formulierung „spätestens“ wird auf den soeben skizzierten Umstand verwiesen, dass die genetische Identität und Einzigartigkeit bereits im Vorkernstadium determiniert ist; in diesem Sinne den Begriff des menschlichen Lebens jetzt auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive schon vor der Kernverschmelzung bestimmend: *Ralf Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme, a. a. O., Habilitationsschrift, S. 122 ff.; vgl. auch *Roland Graf*, Ethik in der medizinischen Forschung rund um den Beginn des menschlichen Lebens, 1999, S. 79 f.

²³ *Röger*, a. a. O., S. 105.

²⁴ So auch jüngst *Josef Isensee*, Die alten Grundrechte und die bioethische Revolution, in: *Festschrift für Hollerbach*, 2001, S. 243 (252 f.).

²⁵ So BVerfGE 75, 369, 380.

Die besondere Normstruktur des Art. 1 Abs. 1 GG – nämlich insbesondere ihre unbestimmte Weite, verknüpft mit der Unantastbarkeitsklausel²⁶ – gebieten aber eine zurückhaltende Deutung. Ihre „Eigengeartetheit“ gegenüber den anderen Grundrechten spricht hier für ein enges Tatbestandsverständnis. Andererseits aber knüpft der Normtext des Art. 1 Abs. 1 GG allein an das *Menschsein* als Bedingung des Würdeschutzes an. Und deshalb trifft die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts durchaus zu: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Würde zu“.²⁷

Allerdings sind die Art. 1 Abs. 1 GG und 2 Abs. 2 GG nicht als Tandem wechselseitig sich ergänzender und verstärkender Grundrechtspositionen konzipiert.²⁸ Einer solchen Deutung steht schon Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG entgegen, der auf gesetzlicher Grundlage Eingriffe in das Leben zulässt. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch betont, der Schutz des Lebens sei „nicht in dem Sinn absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genieße“.²⁹

Das Leben eines Menschen darf deshalb nur nicht „menschenunwürdig“ angetastet werden.³⁰ Wegen dieser verfassungssystematischen (und interpretationsmethodischen) Zusammenhänge gilt grundsätzlich ein *Maßstabsvorrang* des Lebensgrundrechts. Die Menschenwürdegarantie entfaltet ihre Schutzwirkung daneben nur in solchen Konstellationen, in denen die Verletzungshandlung sich durch ein ganz besonderes Maß an Erniedrigung, Diskriminierung u. ä. auszeichnet oder sich als prinzipielle Leugnung des Eigenwertes erweist, der jedem Mitglied der menschlichen Gattung von Verfassung wegen zukommt. Damit wirkt Art. 1 Abs. 1 GG als eine Art letzte Verteidigungslinie gegen Tabuverletzungen.³¹

IV.

Was bedeutet nun dieses Zwischenergebnis für das z.Z. wohl am heftigsten umkämpfte Referenzgebiet der Biomedizin – die Forschung an und mit humanen embryonalen Stammzellen?

Hier wird paradigmatisch über die „Legitimität der Selbstinstrumentalisierung und Selbstoptimierung der menschlichen Gattung“³² gestritten.

²⁶ Näher hierzu Wolfram Höfling, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, 858 ff.

²⁷ BVerfGE 88, 203, 252; 39, 1, 41.

²⁸ Höfling, Die Abtreibungsproblematik und das Grundrecht auf Leben, in: Das zumutbare Kind, a. a. O., S. 119 (125 f.); der Konzeption zustimmend etwa BSGE 86, 174 (180); siehe auch die Formulierung bei Klaus Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Festschrift für Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 627 (633): „Das Leben darf nur nicht menschenunwürdig angetastet werden“.

²⁹ BVerfGE 88, 203, 253 f.

³⁰ Klaus Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Festschrift für Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 627 (633): „Das Leben darf nur nicht menschenunwürdig angetastet werden“.

³¹ Siehe auch Höfling, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., Art. 1 Rdnr. 17.

³² Siehe Andreas Kuhlmann, Politik des Lebens, Politik des Sterbens, 2001, S. 62.

Je nach Herkunft der Stammzellen lassen sich unterscheiden:

- (1) Embryonale Stammzellen (ES-Zellen),
- (2) embryonale Keimzellen (EG-Zellen) und
- (3) gewebespezifische (adulte) Stammzellen.

Namentlich die ES-Zellen, auf die sich meine Überlegungen konzentrieren, stehen z. Z. im Brennpunkt des Interesses. Ihr biologisches Potential, vor allem die als Pluripotenz umschriebene Fähigkeit zur Differenzierung in alle Zell-Typen der drei Keimblätter (Endoderm, Mesoderm, Ektoderm), aus denen der gesamte Organismus des ausgewachsenen Menschen gebildet wird, wird als besonders groß eingeschätzt.³³

ES-Zellen werden aus unausgereiften (undifferenzierten) Zellen früher Embryonalstadien nach künstlicher Befruchtung gewonnen.³⁴ Sie werden aus einem bestimmten Zelltyp im Inneren der ca. vier Tage nach der Befruchtung entstandenen Blastozyste entnommen. Allerdings hat dies mit den bisher angewandten Methoden die Zerstörung des Embryos zur Folge.³⁵

Der mögliche therapeutische Einsatz von ES-Zellen betrifft ihre Zellersatzfunktion. Insofern erscheint der Einsatz aussichtsreich vor allem bei solchen Geweben, die bei erwachsenen Menschen sich nur sehr eingeschränkt oder gar nicht regenerieren, wie es beispielsweise für das Nervensystem zutrifft. Auch über erste Tierversuche zum Ersatz von Herzgewebe wird berichtet; weitere therapeutische Einsatzmöglichkeiten beziehen sich auf die In-vitro-Differenzierung insulinbildender Zellen zur Behandlung des Diabetes mellitus.³⁶

Eine weitere Möglichkeit der Gewinnung von ES-Stammzellen ergibt sich aus der Reprogrammierung somatischer Zellen durch Zellkerntransplantation. Die zugrundeliegende Technik, der Weltöffentlichkeit in Gestalt des berühmt gewordenen Schafes „Dolly“ vor Augen geführt, besteht darin, einen aus einer menschlichen Zelle herauspräparierten Zellkern in eine enukleierte, d. h. entkernte Eizelle einzubringen und damit einen Zellteilungsprozess auszulösen. Das Erstaunliche und bislang nicht Geklärte dieses Vorgangs ist die sog. *Reprogrammierung* bereits spezialisierter Zellen. Galt es bis vor kurzem als gesicherte Erkenntnis, dass die Entwicklung des Organismus nur in eine Richtung zu verlaufen mag: von der totipotenten Eizelle über pluripotente Zellen bis hin zu spezialisierten Zelltypen, aus denen sich dann die Organe und Gewebe des Gesamtorganismus bilden und regenerieren, so scheint dieses Entwicklungsprogramm auch umkehrbar: Der Zellkerntransfer einer bereits spezialisierten Zelle bewirkt, dass

³³ Kritische Analyse der offiziellen forschungspolitischen Beurteilungen bei *Regine Kollek/Ingrid Schneider*, Verschwiegene Interessen, in: SZ Nr. 152 v. 5. Juli 2001, S. 19.

³⁴ Vgl. die Beschreibung bei *James A. Thomson u. a.*, Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human Blastocysts, *Science* 282 (1998), 1145 ff.

³⁵ So ausdrücklich jüngst noch DFG, Empfehlungen vom 3. Mai 2001, a. a. O., S. 3. – Vor diesem Hintergrund mutet es etwas befremdlich an, wenn *Rüdiger Wolfrum*, Welche Möglichkeiten und Grenzen bestehen für die Gewinnung und Verwendung humaner embryonaler Stammzellen aus juristischer Sicht?, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 235 ff. (235), „im Folgenden – hypothetisch – davon (ausgeht), dass dies der Entwicklung der Blastozyste nicht schadet. Dies ist allerdings nicht unstrittig“.

³⁶ Siehe mit Nachweisen DFG, a. a. O., S. 6 f.

Embryonen entstehen, die wie natürlich befruchtete Eizellen in Kulturen zu Blastocysten herangezogen werden können. Die hieraus gewonnenen ES-Zellen wären nicht nur in Bezug auf das Kerngenom mit dem Erbgut des Patienten identisch; durch entsprechende Behandlung könnte vermutlich auch bei Übertragung auf den Patienten eine immunologische Abstoßungsreaktion vermieden werden.³⁷ Diese Technik wird – durchaus irreführend – als therapeutisches Klonen bezeichnet. Wegen zahlreicher Unklarheiten und schweren Entwicklungsstörungen, die in tierischen Systemen beobachtet worden sind, befürwortet die DFG die Umsetzung des Verfahrens auf Menschen (zur Zeit) nicht.³⁸

1. Das Embryonenschutzgesetz und der biomedizinische Fortschritt

Betrachtet man die Varianten der Stammzellforschung zunächst aus der Perspektive der einfachgesetzlichen Rechtsordnung, so ist zentral das Embryonenschutzgesetz in den Blick zu nehmen, das, wie zu zeigen sein wird, unter zunehmendem Auflösungsdruck steht. Entstehungsgeschichtlich deutlich dokumentiert und in etlichen Vorschriften ebenso deutlich zum Ausdruck gebracht, zielt das Embryonenschutzgesetz vor allem auf einen früh ansetzenden, möglichst umfassenden Schutz des Lebens und der Würde. Deshalb ist auch nach weit verbreiteter Auffassung in Deutschland die Forschung an und mit humanen ES-Zellen *de lege lata* verboten. Eine solche Auffassung ist indessen nur bedingt zutreffend:

- Zunächst: Vom Embryonenschutzgesetz nicht erfasst ist die Entnahme von embryonalen Keimzellen (EG-Zellen), die im wesentlichen aus abgetriebenen Föten gewonnen werden. Das Embryonenschutzgesetz regelt nämlich nur den Zeitraum bis zur Einnistung des Embryos in den Uterus. Auch das Transplantationsgesetz entfaltet insofern keine normativen Wirkungen (siehe § 1 Abs. 2 TPG). Allerdings ist die Erzeugung von Keimzellen aus pluripotenten Stammzellen verboten, sofern die Erbinformationen der Keimzelle zuvor künstlich verändert wurde (siehe § 5 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 b ESchG).
- Im übrigen ist im Blick auf die Gewinnung von ES-Zellen des Menschen zwischen den verschiedenen Methoden zu differenzieren. Verboten ist durch das Embryonenschutzgesetz die fremdnützige Verwendung menschlicher Embryonen, d.h. jede Nutzung, die nicht der Erhaltung des Embryos dient (§§ 1 und 2 ESchG). Verboten ist nach § 6 Abs. 1 auch das Klonen menschlicher Embryonen, wobei als Embryo gemäß § 8 Abs. 1 ESchG auch jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle gilt. Da die Entnahme von embryonalen Stammzellen aus Blastozysten wegen der damit einhergehenden Zerstörung zu einem nicht der Erhaltung des Embryos dienenden Zweck erfolgt, ist sie mit dem Embryonenschutzgesetz nicht vereinbar.
- Keineswegs eindeutig stellt sich hingegen die normative Situation im Blick auf das sog. therapeutische Klonen dar. Hier entsteht durch den Transfer des Zellkerns ei-

³⁷ Siehe hierzu DFG, a. a. O., S. 11–13.

³⁸ A. a. O., S. 14.

ner somatischen Zelle (Körperzelle) in eine entkernte Eizelle eine wiederum totipotente Zelle. Sie kann, wie eine natürlich befruchtete Eizelle, in Kultur zu einer Blastozyste entwickelt werden, aus der dann Stammzellen gewonnen werden, die mit weitestgehend identischen Erbinformationen ausgestattet sind, wie die Person, von der die Körperzelle stammt. Ob dieser Vorgang vom ESchG erfasst wird, ist nicht ganz eindeutig. Die Begriffsbestimmung des § 8 ESchG stellt nämlich auf die Entstehung eines Embryos im Wege der Verschmelzung der Zellkerne von Ei- und Samenzelle mit ihren jeweiligen haploiden Chromosomensätzen ab. Bei der Übertragung eines Zellkerns in eine entkernte Eizelle findet allerdings eine solche Befruchtung gerade nicht statt, da der übertragene Zellkern über einen vollständigen (diploiden) Chromosomensatz verfügt. Darüber hinaus kann die Methode der Zellkernübertragung wegen des im Zytoplasma der entkernten Eizelle enthaltenen genetischen Materials grundsätzlich nicht zur Entstehung eines Lebewesens führen, das hinsichtlich seiner Erbinformation mit dem Individuum, von dem der übertragene Zellkern stammt, zu 100% übereinstimmt – es sei denn, Körperzelle und entkernte Eizelle stammen von derselben weiblichen Person. Beim Menschen enthält das Zellplasma der Eizelle 13 proteinkodierende Gene der mitochondrialen DNA, die aber mit etwa 0,01 bis 0,02% nur einen winzigen Teil des Gesamtgenoms des Menschen darstellen. Nun mag man dies aus der Schutzperspektive des § 6 als vernachlässigenswert erachten und die Ratio des § 8 Abs. 1 ESchG dahingehend deuten, dass die Vorschrift auch die Herstellung eines Embryos mit der Technik der Zellkernübertragung umfasst.³⁹ Doch ist zu bedenken, dass das Embryonenschutzgesetz als Strafgesetz dem spezifischen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unterliegt. Insofern ist in der Tat, wie die Bundesregierung bereits in ihrem sog. Klonbericht vom 26. August 1998 vorgeschlagen hat, eine Klarstellung des Embryonenschutzgesetzes sinnvoll. Notwendig ist eine Ergänzung der Gesetzeslage jedenfalls im Blick auf folgende denkbare Entwicklungen: Ein Forscher beschränkt sich nicht auf den Transfer einer Körperzelle in eine entkernte Eizelle, sondern verändert die Erbinformation des somatischen Zellkerns durch genetische Manipulationen vor Übertragung in die entkernte Eizelle. Es scheidet nun sowohl der Straftatbestand des § 6 Abs. 1 ESchG als auch derjenige des Verbots der künstlichen Veränderung der Keimbahn nach § 5 Abs. 1 ESchG aus, da Körperzellen keine Keimbahnzellen i. S. d. § 8 Abs. 3 ESchG sind. Selbst wenn man unterstellte, dass in der vorstehenden Konstellation die Erbinformation des Zellkerns einer Keimbahnzelle i. S. d. § 8 Abs. 3 manipuliert würde, scheiterte ein Verstoß gegen das Klonverbot daran, dass weder der veränderte Zellkern noch die entkernte Eizelle zur Befruchtung verwendet werden (§ 5 Abs. 4 Nr. 2, § 5 Abs. 2 ESchG). Mit dieser Kombinationsmethode könnten straflos beliebig viele menschliche Embryonen erzeugt werden, selbst unter Nutzung somatischer Zellkerne etwa von Toten. Hier ist in der Tat eine gravierende Gesetzeslücke zu schließen. Auch die Anwendung des

³⁹ In diesem Sinne wohl auch der sog. Klonbericht der Bundesregierung vom 26. August 1998, BT-Drucksache 13/11263, Abschn. C 1.2.2; ferner Zweiter Zwischenbericht der Enquete-Kommission, BT-Drucksache 14/, Teilbericht Stammzellforschung, S. 33.

sog. therapeutischen Klonens unter Rückgriff auf eine entkernte tierische Eizelle – hiervon ist bereits in der Presse berichtet worden – begründet keinen Verstoß gegen § 6 Abs. 1 ESchG; denn ein menschlicher Embryo entsteht hier nicht. Zwar hat der Gesetzgeber die Verwendung von tierischem Zellmaterial in § 7 ESchG (Schimären- und Hybridbildung) geregelt, dessen Anwendung aber ist ebenfalls höchst zweifelhaft, da nicht mindestens ein menschlicher Embryo verwendet wird und keine Befruchtung unter Verwendung einer Ei- und Samenzelle stattfindet.⁴⁰

Angesichts dieser Möglichkeiten stellt sich leicht das Bild des Wettlaufs zwischen Hase und Igel ein, und man wird bezweifeln dürfen, dass die Konzeption tatbestandsbezogener Strafbestimmungen in einem solchen „Wettbewerb“ bestehen wird.

Vor diesem Hintergrund einer sich hier offenbarenden reprogenetischen Auflösung der Rechtsordnung stellt sich nun in aller Dringlichkeit die Frage nach den verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers. Nach meiner Überzeugung bestehen Schutzverpflichtungen zugunsten von Menschenwürde und Leben, die jedenfalls derzeit ein Verbot der ES-Forschung gebieten.

Dies gilt zunächst für die Erzeugung von Embryonen zwecks embryonenverbrauchender Gewinnung von ES-Zellen.

Zwar bedeutet die Beendigung menschlichen Lebens als solche, wie bereits dargelegt,⁴¹ noch nicht automatisch die Verletzung menschlicher Würde. Und auch der Umstand, dass menschliches Leben zum „Objekt“ gemacht wird, vermag nur eine gewisse Indizfunktion zu übernehmen. Allerdings weist die hier zu beurteilende Konstellation ein solches Maß an „Verdinglichung“ und Instrumentalisierung auf, dass die Annahme einer Tabuverletzung naheliegt. Es sind keine Risiken abzuwägen oder konkrete Rechtsgüterkonflikte auszutarieren: Das „Monströse“⁴² liegt schlicht in der funktionalistisch reduzierten Erzeugung von menschlichen Embryonen – und das heißt: von Trägern des Grundrechts gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG! –, um sie sogleich als Forschungsmaterial zu „verbrauchen“ und zu töten.

Ein striktes Verbot, wie es auch § 2 Embryonenschutzgesetz formuliert, ist insoweit die einzige Möglichkeit der Erfüllung der legislatorischen Schutzpflicht.⁴³

Auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat in ihren jüngsten Empfehlungen zur Forschung mit menschlichen Stammzellen tendenziell die Auffassung erkennen lassen, die gezielte Herstellung von Embryonen zum Zwecke der Gewinnung von ES-Zellen sei forschungsethisch nicht zu rechtfertigen.⁴⁴

⁴⁰ Zum ganzen Zweiter Zwischenbericht der Enquete-Kommission, S. 34f.; ferner *Trute*, in: Gedächtnisschrift für Krüger, S. 385 (391); *Taupitz*, NJW 2001, 3433 (3434f.); *Oduncu*, Ethik Med 2001, 111 (120f.).

⁴¹ Vgl. oben.

⁴² Siehe *Jan Ross*, Das Monströse, in: Die Zeit Nr. 35 vom 24. 8. 2000, S. 1.

⁴³ Damit ist nicht entschieden, dass ein solches Verbot, je nach geltendem Recht, strafbewehrt sein muss.

⁴⁴ Siehe DFG, a. a. O., S. 42f.; allerdings sind die Ausführungen zum ethischen Hintergrund der Stammzellforschung (S. 31 ff.) dadurch relativiert, dass die Stellungnahme zwischen zwei ethischen Grundpositionen unterscheidet und an etlichen Stellen auf eine klare Aussage verzichtet. Nicht aus kategorialen Gründen, sondern eher im Sinne eines Dammbuch-Arguments hat im übrigen bereits der sog. Warnock-Report sich gegen eine Erzeugung von Embryonen primär zu Forschungszwecken ausgesprochen; siehe Report of the Comitee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London, July 1984, Ch. 11 § 27.

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für das *sog. therapeutische Klonen*.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht betrifft das entscheidende Problem die Frage, ob das „Produkt“ des therapeutischen Klonens als menschliches Leben qualifiziert werden muss. Vor dem Hintergrund der an anderer Stelle näher dargelegten Erwägungen zur Konkretisierung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist von einer *normativen Äquivalenz* von totipotenten menschlichen Zellen, die einmal auf dem Befruchtungswege, das andere Mal als Resultat eines Zellkerntransfers entstanden sind, auszugehen. Dass der sich anschließende zellbiologische Differenzierungsprozess sich je einer anderen „Initialzündung“ verdankt, fällt nicht entscheidend ins Gewicht. In beiden Fällen ist die Entwicklungspotenz zu einem „vollständigen“ Menschen grundsätzlich gleichermaßen vorhanden.⁴⁵

Nun wird gelegentlich eingewandt, beim *sog. therapeutischen Klonen* gehe es keineswegs um die Instrumentalisierung menschlichen Lebens, im Kern vielmehr um einen „Akt der Selbsthilfe“. Der Zellkernspender sei ja mit dem „Produkt“ der Zellkerntransplantation (weitestgehend) genetisch identisch.⁴⁶ Wäre dieser Gedanke tragfähig, so wäre kein prinzipieller Einwand dagegen ersichtlich, jene Art der „Selbsthilfe“ zeitlich zu strecken und auf das reproduktive Klonen zu erweitern. Warum sollten dann nicht schwerst herzgeschädigte Neugeborene einen Zellkern spenden, um auf diese Weise nach neun Monaten einen (Zwillings-)Bruder als Organspender zur Verfügung zu haben? Doch es gibt keine Verfügungsbefugnis eines Zellspenders, wenn und soweit das „Verfügungsobjekt“ als solches eigenständigen Grundrechtsschutz genießt, als Resultat einer Verfügung aber aufhört zu existieren.

Allerdings sollen die vorstehenden Überlegungen nach z.T. vertretener Auffassung nicht ohne weiteres auf die Gewinnung von ES-Zellen von *sog. überzähligen Embryonen* übertragen werden können, die ja nicht eigens als humanbiologisches „Material“ geschaffen wurden.⁴⁷ So hat bspw. *Christian Starck*, der dezidiert für die Erstreckung des Lebens- und Würdeschutzes auf den Embryo *in vitro* plädiert, vor einiger Zeit im Blick auf die *sog. überzähligen Embryonen* die These vertreten, insofern könne embryonale Stammzellforschung erlaubt werden.

Die aus seiner Sicht verfassungsrechtlich geforderte Konnexität zwischen *In-vitro-Fertilisation* und (geplanter) Einpflanzung der Embryonen in die Gebärmutter der Frau sei hier gewahrt. Wenn sich nun nachträglich erweise, dass ein Transfer unmöglich sei, dann seien diese *sog. überzähligen Embryonen* „ohne jede Entwicklungschance und mit abgegangenen, nicht überlebensfähigen Föten oder menschlichen Leichnamen (!) vergleichbar“.⁴⁸

Diese Auffassung begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken. Unzutreffend und grundrechtsdogmatisch inkonsistent ist es bereits, „überzählige“ Embryonen, die ja –

⁴⁵ Im Ergebnis übereinstimmend *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, a. a. O., S. 214; näher hierzu auch *Wolfram Höfling*, Verfassungsfragen des *sog. therapeutischen Klonens*, (demnächst in) ZME, 2001.

⁴⁶ So *Schwarz*, KritV 2001, 182 (208).

⁴⁷ S. dazu auch DFG Stellungnahme vom 3. Mai 2001, S. 40 ff.

⁴⁸ So *Christian Starck*, Hörst auf, unser Grundgesetz zerrreden zu wollen, in: FAZ Nr. 124 vom 30. Mai 2001, S. 55 – Hervorhebung hinzugefügt.

so *Starck* – von den Grundrechtsgarantien des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sind, als „Leichname“ zu qualifizieren mit dem Argument, sie stürben ja ohnehin. Todesnähe macht aus den Betroffenen keine Leichname, und Chancenlosigkeit für ein Weiterleben eröffnet nicht die Möglichkeit des lebenszerstörenden Zugriffs. Abgesehen davon erheben sich aber auch erhebliche Zweifel an der Annahme, sog. überzählige Embryonen, deren ursprünglich geplanter Transfer gescheitert ist, seien ohne jede Entwicklungschance. Die Spekulationen des vergangenen Jahres über die Anzahl solcher Embryonen in Deutschland offenbaren, dass das staatliche „Wächteramt“ im Blick auf die „Präimplantations-Embryonen“ überaus defizitär ausgestaltet ist. Es ist inakzeptabel, dass keine verantwortliche Stelle verlässliche Informationen über Anzahl, Ort und weitere Verwendung der in Deutschland in vitro erzeugten Embryonen hat. Der Gesetzgeber sollte deshalb – unter Wahrung datenschutzrechtlicher Belange der Betroffenen – eine entsprechende Meldepflicht für die reproduktionsmedizinischen Praxen und Kliniken einführen. Darüber hinaus ist als ultima ratio auch über das Institut einer „Präimplantations-Adoption“ nachzudenken, die gegebenenfalls auch gegen den Willen der Keimzellspender erfolgen kann, wenn diese die eigene Elternschaft, aus welchen Gründen auch immer, ablehnen. Auch für sog. überzählige Embryonen gibt es keine „Stammzellforschungspflichtigkeit“ nach Maßgabe eines Bestimmungsrechts der Keimzellspender.

2. Exkurs: Wertungswiderspruch zum Abtreibungsrecht?

Nun muss, wer eine solche Position vertritt, spätestens an dieser Stelle mit dem – mal ehrlich irritiert, mal triumphierend vorgetragenen – Einwand rechnen, Recht und Praxis der Abtreibung in Deutschland belegten drastisch, dass der Embryonenschutz hierzulande mitnichten ernst genommen werde, jedenfalls ein eklatanter Wertungswiderspruch zwischen striktem Schutz des extrauterinen Präimplantationsembryo einerseits und der Verfügungsunterworfenheit der Leibesfrucht (bis unmittelbar vor der Geburt) andererseits unübersehbar sei. Für nicht wenige liegt die Schlussfolgerung auf der Hand: Was der werdenden Mutter recht ist, muss dem Heilung versprechenden Forscher billig sein. Oder anders formuliert: „Was im Uterus längst Usus ist, soll auch in der Petrischale Praxis werden“.⁴⁹

– Aus (verfassungs)rechtlicher Perspektive erschließt sich zunächst schon nicht, was denn die „Rechtsfolge“ der behaupteten Ungleichbehandlung sein soll. Der Gedanke der Folgerichtigkeit oder Systemgerechtigkeit⁵⁰ verweist zum einen schon nicht auf ein eigenständiges Verfassungsprinzip,⁵¹ und gibt zum anderen auch in Gestalt des bloßen Willkürverbotes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nicht die Richtung einer möglichen Angleichung vor. Zumal die ethisch wie rechtlich hochproblematische Praxis

⁴⁹ A. Bahnen, FAZ Nr. 298 v. 22. 12. 2001, S. 37.

⁵⁰ Dazu etwa Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungsproblem, 1976; Franz-Josef Peine, Systemgerechtigkeit, 1984; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 36, 383 (393 f.); 81, 156 (207); auch 84, 239 (274, 283)

⁵¹ Siehe nur Peine, a. a. O., S. 180 ff.

der Pränataldiagnostik und (Spät-)Abtreibung aus embyopathischen Gründen im Gewande der medizinischen Indikation sicherlich nicht als allgemeingültiges Modell dienen kann.⁵²

- Im übrigen muss doch die Exzeptionalität der Konfliktkonstellation einer (unge wollten) Schwangerschaft gesehen werden, die eine leichtfertige Parallelisierung mit anderen Situationen verbietet. Darauf hat zu Recht auch das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung hingewiesen: Das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs erschöpfe sich nämlich „angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau ... , den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern (enthalte) zugleich eine intensive, die Frau existenziell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes ...“.⁵³

Nicht Vergleichbares wird beim Verzicht auf die Forschung mit humanen ES-Zellen verlangt.

3. Das sog. reproduktive Klonen

Der irreführende Begriff des therapeutischen Klonens liefert das Stichwort für einen weiteren Problembereich biomedizinischer Forschung, mit dem sich – nicht nur durch Medien, sondern auch einige offenkundig großwahn sinnige Mediziner gefördert – zum Teil völlig abstruse Horrorszenarien verbinden: das Klonen von Menschen. So sehr, zur Zeit jedenfalls, weltweit das reproduktive Klonen geächtet wird, so wenig versteht sich jedoch ein strafrechtliches Verbot des Klonens und der damit verbundene Eingriff in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit von selbst. Hier geht es ja nicht um die Beendigung menschlichen Lebens, sondern – im Gegenteil! – um dessen „Erschaffung“. Das Verbot bedarf vielmehr der Legitimation durch kollidierendes Verfassungsrecht.⁵⁴

- Das Grundrecht auf Leben scheidet insoweit ersichtlich aus; dieses kann keine Schutzpflicht des Staates auf Verhinderung des Entstehens neuen Lebens auslösen.
- Ebenso wenig erscheint mir vertretbar, das Dasein einer „Kopie“ als Verletzung der Menschenwürde des „Originals“⁵⁵ zu qualifizieren, gleichsam homo sapiens gegen „homo xerox“ auszuspielen.^{56, 57} Deshalb halte ich auch die in der bisherigen Diskussion erstaunlicherweise weitgehend unbeachtete Vorschrift des § 6 Abs. 2 ESchG für verfassungswidrig. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder

⁵² Zu Recht hat aus ethischer Perspektive *Dietmar Mieth* darauf hingewiesen, dass das Argument, „weil etwas gesellschaftlich akzeptiert wird, das weiterhin ethisch problematisch bleibt, ... etwas Strukturanaloges auch akzeptiert werden (muss), das ebenfalls problematisch ist, ... kein ethisches Argument (ist). Die Logik, dass, wer A sagt, auch B sagen muss, ethisch gesehen nur stimmig ist, wenn A vorbehaltlos akzeptabel ist. Sonst verliert man die Vorbehalte gegenüber A aus dem Blick“; so *Dietmar Mieth*, Präimplantationsdiagnostik im gesellschaftlichen Kontext – eine sozialetische Perspektive, *EthikMed* 1999, Suppl. 1, S. 77 (83).

⁵³ BVerfGE 88, 203 (256) unter Bezugnahme auf *Margot von Renesse*, §§ 218 f. StGB – eine unvollkommene Antwort auf ein unlösbares Problem, *ZRP* 1991, 321 (322 f.).

⁵⁴ Zum Begründungsproblem vgl. auch *J. C. Joerden*, *Jb. Für Recht und Ethik* 7 (1999), 79 ff.

⁵⁵ Erst recht nicht, wenn dieses einverstanden war mit der Klonierung.

⁵⁶ Siehe dazu *E. Hilgendorf*, in: *FS Maurer*, 2001, S. 1147 ff.

⁵⁷ So aber *Keller* u. a., *Embryonenschutzgesetz. Kommentar*, § 6 Rdnr. 11 im Blick auf § 6 Abs. 2 ESchG.

mit Geldstrafe bedroht, wer einen geklonten Embryo auf eine Frau überträgt. § 6 Abs. 2 ESchG unterbindet damit, dass ein solcher Embryo die Chance erhält, geboren zu werden. Mit anderen Worten: Die Vorschrift statuiert „eine strafbewehrte Tötungspflicht“.⁵⁸ Wo der Gesetzgeber die Tötung eines Menschen als einziges Mittel zum Schutze der Menschenwürde unter Strafe gebietet, dort – so glaube ich – erliegt er irrationalen Missbrauchsängsten und verfehlt in tragischer Weise seine eigenen Schutzziele.

Doch zurück zum Klonierungsverbot des § 6 Abs. 1 ESchG: Es lässt sich als prinzipielles Verdikt verfassungsrechtlich wohl nur halten unter Rückgriff auf die Menschenwürdegarantie in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension. Der Begriff der Menschenwürde garantiert auch die Bedingungen der Möglichkeit, als körperlich kontingente Individuen der biologischen Gattung Mensch selbstverantwortlich Persönlichkeit zu entwickeln. Auch ohne einem genetischen Determinismus das Wort zu reden: Es darf nichts getan werden, was es den entstehenden Individuen unmöglich macht, sich als solche Angehörigen der Gattung Mensch zu verstehen, und nichts, was sie hindert, die Kontingenz ihrer Körperlichkeit als Moment ihrer Individualität zu kultivieren.⁵⁹ Die – durchaus zugestandene – Vagheit dieser Begründung macht erneut das enorme Herausforderungspotential der Biowissenschaften deutlich, das sich diesmal allerdings nicht in der einfachrechtlichen Rechtsordnung auswirkt, sondern in deren verfassungsrechtlicher Rechtfertigung. Das auf den Schutz individualisierter Rechtsgüter vor konkreten Übergriffen fokussierte Instrumentarium klassischer Menschenrechtsdogmatik stößt hier ebenso an seine Grenzen wie bei intergenerationellen Interventionen, wie sie etwa mit – durch das ESchG (§ 5) ebenfalls untersagten – Keimbahneingriffen verknüpft sind. Es dürfte kein Zufall sein, dass der neue Art. 119 der Schweizer Bundesverfassung „alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen“ ausdrücklich verbietet.

V.

Ich komme zum Schluss:

Man mag einwenden, die Verfassung sei kein „juristisches Weltenei“ (*Forsthoff*), aus dem fertige gesetzliche Detailregelungen für alle Lebensprobleme schlüpfen, wenn nur der richtige Interpret es „bebrütet“. Längst nicht jeder rechtspolitische Wunsch ist das Resultat authentischer Verfassungsinterpretation. Andererseits: Eine Grundrechtslehre, die vor den „Daten“ der Wirklichkeit und namentlich vor den biowissenschaftlichen Realien nicht kapitulieren will, muss sich zwangsläufig auf der Grenze von Recht und Politik bewegen.

⁵⁸ So *Keller u. a.*, a. a. O., § 6 Rdnr. 11.

⁵⁹ Dazu *Hasso Hofmann*, JZ 1986, 253 (260); *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Komm., 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rdnr. 42; zustimmend *Trute*, a. a. O.

Den reprogenetischen und bioethischen Herausforderungen aber – das ist meine Überzeugung – kann nur eine Verfassungsrechtslehre gerecht werden, die sich dem offenen Menschenbild des Grundgesetzes verpflichtet weiß und die die Verfassung nicht einsetzt als definitives Selektionsinstrument zur Unterscheidung von interessenfähigen Personen mit Lebens- und Würderecht einerseits sowie defizitären Unpersonen andererseits. Positives Verfassungsrecht, das – wie das Grundgesetz – aus historischer Erfahrung genau in diesem Punkt dem Gemeinwesen auch identitätsstiftende Orientierung vermitteln will (und sich insoweit von anderen Rechtsordnungen unterscheiden mag), hat deshalb durchaus auch eine „katechontische“ (*Schlink*) Funktion.

Die grundgesetzlichen Garantien der Menschenwürde und des Menschenlebens sollten jedenfalls nicht als „Wanderdünen“ missverstanden werden, die vor jedem neuen Tabubruch zurückweichen.