

5. Regulierung der Gentechnologie: Wie, wann, wie viel?

5.1 Einleitung

Rechtliche Regulierung wird von den Normunterworfenen in Wissenschaft und Wirtschaft zumeist als Einschränkung von Freiheit empfunden. Das gilt auch für die rechtliche Regulierung der Gentechnologie. Man fordert Freiheit vom Recht – im gleichen Atemzug zumeist aber auch Schutz und Fürsorge im Recht. Flexibilität und Offenheit einerseits sowie Rechtsklarheit und Rechtssicherheit andererseits werden damit zu konfligierenden Anforderungen an gute Gesetzgebung.

Besondere Herausforderungen entstehen gerade im Bereich der Gentechnologie zudem durch die Fortentwicklungen von Wissenschaft und Technik; sie entstehen oft sprunghaft, manchmal sogar revolutionär – mit zum Teil „grundlegende[n] Auswirkungen auf das menschliche Selbstverständnis“.¹ Nicht selten wird dem Recht (wie auch der Ethik bzw. dem ethischen Diskurs) vorgeworfen, der sich in dieser Weise verändernden Realität hoffnungslos hinterherzuhinken – mit der Folge, dass nur noch nachvollzogen oder gar abgesegnet werde, was ohnehin schon geschehen sei. Die Chance für eine verantwortliche Gestaltung der Zukunft werde damit vertan. Zugleich lautet der Vorwurf nicht selten, das Recht sei völlig veraltet und werde den Anforderungen der Zeit nur unzureichend gerecht. „Das ist, als wollte man mit einem von Neandertalern geschriebenen Regelwerk den Straßenverkehr Berlins lenken – jedenfalls gemessen an den Quantensprüngen, die in dieser Zeit in der Zell- und Entwicklungsbiologie stattgefunden haben“ (Karberg, 2017) – so ein vernichtendes Urteil über das deutsche Embryonenschutzgesetz, das in der Tat mittlerweile fast dreißig Jahre alt ist und von verschiedenen Seiten seit Langem als reformbedürftig angesehen wird.²

1 Deutscher Ethikrat, 2017: 4 (zu Keimbahneingriffen durch neue gentechnologische Verfahren wie CRISPR/Cas9).

2 Siehe jüngst: Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, 2017.

Doch von welchen Faktoren hängt „gute“ Gesetzgebung eigentlich ab? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei „die“ Gentechnologie (genauer: der Komplex der ganz unterschiedlichen Gentechnologien mit ihren jeweils eigenen Techniken und Anwendungsgebieten bei Pflanzen, Tieren und Menschen) nur ein Beispiel für andere Biotechnologien und ihre Anwendung in der Praxis darstellt.

5.2 Kernthese: Es gibt nicht das (allein) richtige Maß an rechtlicher Regulierung der Gentechnologie

Es lässt sich eine ganze Reihe von Gründen dafür anführen, dass es nicht „das (allein) richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung der Gentechnologie gibt:

5.2.1 Vielfalt rechtlicher Instrumente

Rechtliche Regulierung kann über eine *Vielfalt rechtlicher Instrumente* mit zahlreichen Wechselwirkungen und Abhängigkeiten erfolgen.

- ▶ Das betrifft schon den Normautor; zu nennen sind insbesondere internationale Organisationen/Nationalstaaten – hoheitlich agierende Selbstverwaltungseinrichtungen (z. B. Ärztekammern) – privatrechtliche Einrichtungen (z. B. Vereine, Verbände) – die handelnden Akteure selbst.
- ▶ Der Verbindlichkeitsgrad kann unterschiedlich hoch sein. Neben zwingendem Recht existiert abdingbares Recht, gibt es Sollvorschriften oder bloße Empfehlungen.
- ▶ Von der Regelungsdichte her lassen sich Generalklauseln von Detailregelungen unterscheiden.
- ▶ Die Gesetzeskonzeption kann breite Themen erfassende Gesetze oder mehrere Spezialgesetze beinhalten.
- ▶ Die Reaktion auf Normverstöße kann unterschiedlich sein. Einerseits kann versucht werden, unerwünschtes Verhalten durch förmliche Sanktionen zu verhindern; dazu gehören zum Beispiel Pönalstrafe/Disziplinarmaßnahme/Schadensersatz/Vertragsstrafe. Daneben kann auf Anreize für erwünschtes Verhalten gesetzt werden (z. B. finanzielle Förderung bis hin zur Bezahlung). Auch die Schaffung förderlicher Rahmenbedingungen kann erhebliche Anreize setzen.
- ▶ Auch die Art und Weise der Ermittlung von Verstößen und der Einleitung eines Verfahrens kann unterschiedlich ausgestaltet sein; zum Beispiel kann die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen, auf Initiative von unmittelbar Betroffenen oder auf Initiative von Konkurrenten erfolgen, und die Ermittlung der Tatsachengrund-

lage kann von Amts wegen oder durch Beweisführung unmittelbar Betroffener erfolgen.

Beispiele:

1. Eine *Selbstregulierung* der Handelnden *kann* sehr *effektiv*, unter Umständen sogar effektiver als eine staatliche Regelung sein. Denn die Betroffenen kennen die involvierten Sachfragen am besten (Sachnähe, Expertise) und können flexibel auf Veränderungen reagieren. Hinzu kommt, dass Partizipation die Eingriffstiefe für die Normunterworfenen verringert, sodass die Anforderungen an die sachliche Begründung für einen Grundrechtseingriff geringer sind. Dies sind zum Beispiel Kernaspekte berufsständischer Selbstverwaltung (Taupitz, 1991: 816 ff). Aus demokratisch-rechtsstaatlicher Sicht müssen allerdings die wesentlichen Aspekte vom (allein parlamentarisch legitimierten) Gesetzgeber getroffen werden;³ dabei ist zu unterscheiden, wem eine Regelung Schutz gewährt und wessen Freiheit sie beschneidet:

a) Die Deklaration von Helsinki des Weltärztebundes von 1964 (danach mehrfach revidiert, heute in der Fassung von 2013)⁴ hat lange Zeit weltweit *die* maßgeblichen Standards zum Schutz von Patienten und Probanden in der medizinischen Forschung gesetzt, obwohl sie nicht rechtsverbindlich war und ist. Sie hat sehr effektiv den Schutz der Patienten zu Lasten der eigenen Gruppenmitglieder (Ärzte) ausgeweitet. So hat sie zum Beispiel zur verbreiteten Einführung von Ethikkommissionen als *Selbstkontrolleinrichtungen* der Wissenschaft beigetragen.

b) Vorschriften der Ärzteschaft, die (wie bis vor Kurzem die (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion; Deutsches Ärzteblatt, 2006: A1392 ff. Sie wurde vom Vorstand der Bundesärztekammer inzwischen für „gegenstandslos“ erklärt; Deutsches Ärzteblatt, 2018: A1096) die Durchführung fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen von bestimmten Voraussetzungen der Wunscheltern abhängig machen (Ehe, festgefügte verschiedengeschlechtliche Partnerschaft), bestimmte Patienten also von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen ausschließen, sind dagegen wegen des Eingriffs in die Rechte der Außenstehenden (der Patienten) einer Regelung der ärztlichen Selbstverwaltung nicht zu überantworten; hier müsste

³ Zur „Wesentlichkeitslehre“ des Bundesverfassungsgerichts siehe BVerfGE 49, 89, 126 f.; 61, 260, 275; 88, 103, 116; 108, 282, 312.

⁴ Siehe unter: http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/Deklaration_von_Helsinki_2013_DE.pdf [20.12.2017].

(entgegen der derzeitigen Situation) der Gesetzgeber tätig werden (Müller-Götzmann, 2009: § 10).

2. Wenn man ein Gesetz zur Regelung „der Lebenswissenschaften“ oder auch nur (wie in der Schweiz) ein „Humanforschungsgesetz“⁵ als ein sehr *weit greifendes* Regelwerk konzipiert, ist man konsequenterweise gezwungen, bei den *einzelnen Bestimmungen* jeweils genau abzuwägen, ob das entsprechende Schutzkriterium wirklich in der Breite und vor dem Hintergrund ganz unterschiedlicher Risikolagen gerechtfertigt ist. Der Vorteil besteht darin, dass die einschlägigen Bestimmungen in einem einzigen Regelwerk zu finden sind. Anders sieht dagegen das Konzept des deutschen Rechts aus, wonach jeweils spezielle Regelwerke auf jeweils relativ gut abgrenzbare Risikolagen lebenswissenschaftlicher Forschung ausgerichtet sind.⁶ Genannt seien etwa jene Gesetze, die auf die Entwicklung von in den Verkehr zu bringenden *Produkten* (letztlich „Massenprodukten“) gerichtet sind wie das Arzneimittelgesetz und das Medizinproduktegesetz, aber auch das Gentechnikgesetz, da es für seine Anwendbarkeit – neben dem Einsatz einer bestimmten Technik (dazu sogleich) – auch darauf ankommt, ob genetisches Material in einer Weise verändert worden ist, wie es unter natürlichen Bedingungen durch Kreuzen oder natürliche Rekombination nicht vorkommt. Daneben existieren Vorschriften zur Forschung unter Anwendung bestimmter *gefährlicher Strahlen* wie die Röntgen- und die Strahlenschutzverordnung, darüber hinaus Bestimmungen zur Regelung bestimmter *Techniken* wie das gerade schon genannte Gentechnikgesetz zur Regelung der (Tiere, Pflanzen und Kleinstlebewesen betreffenden) „grünen“ Gentechnik oder das Stammzellgesetz zur Forschung mit bestimmten *Biomaterialien*, nämlich humanen embryonalen Stammzellen. Nach diesem Konzept ist man der Notwendigkeit enthoben, *innerhalb* des jeweiligen Regelwerks allzu viele Differenzierungen vornehmen zu müssen. Freilich müssen für sektorübergreifende Forschungsmaßnahmen (z. B. Arzneimittelforschung unter Einbezug radiologischer Untersuchungsverfahren) dann mehrere spezifische Vorschriften berücksichtigt werden. Eine gewisse Abhilfe kann der Gesetzgeber hier durch das „One-door-one-key-Prinzip“ schaffen, wonach in solchen Fällen eine der Regelungsmaterien Vorrang hat⁷ oder zumindest

5 Humanforschungsgesetz vom 30.09.2011, siehe unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061313/index.html> [20.12.2017].

6 Hinzu tritt (in personaler Ausrichtung) z. B. das jeweilige Berufs- und Standesrecht der Ärzte.

7 Dazu aus Sicht des EU-Rechts im Hinblick auf das produktspezifische Arzneimittel- und Lebensmittelrecht einerseits und die technologiespezifische allgemeine Freisetzungsrichtlinie andererseits Weiß, 2005: 459.

eine Konzentration der verschiedenen Genehmigungs- oder Zulassungsverfahren in einem einzigen Verfahren erfolgt.⁸

Aus dem Vorstehenden folgt: Schon die Frage, *wer was wie* regeln soll, kann nicht pauschal beantwortet werden. *Deshalb gibt es von den Formen und Urhebern her betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

5.2.2 Gesetzliche Detailregelung vs. Generalklausel oder gar Abstinenz von Spezialnormen

Der Spagat zwischen Rechtssicherheit, aber auch Statik einerseits sowie Offenheit und Flexibilität, aber auch Unbestimmtheit andererseits wurde bereits einleitend angesprochen, soweit es um den Unterschied zwischen gesetzlicher Detailregelung vs. Generalklausel oder gar Abstinenz von Spezialnormen geht.

Auch für den Gesetzgeber erweist sich der Spagat als nahezu unlösbar: Auf der einen Seite steht der Versuch, den schwierigen Umgang mit einer nicht nur neuen, sondern sich auch immer schneller entwickelnden Wissenschaft und Technik durch unbestimmte Rechtsbegriffe zu erleichtern, die dank ihrer mangelnden Klarheit und fehlenden Anbindung an einen bestimmten naturwissenschaftlichen Erkenntnisstand die Reaktionsmöglichkeiten der Kontrollinstanzen flexibel halten und bezogen auf neue Entwicklungen überhaupt erst ermöglichen.⁹ Auf der anderen Seite geht mit den interpretationsfähigen Formulierungen jedoch auch die Gefahr einher, dass unter dem Deckmantel einer vermeintlich sicheren Rechtslage bestimmte Techniken oder Handlungen freigegeben werden,¹⁰ ohne dass dem eine parlamentarisch-demokratische Entscheidung zugrunde läge. Dies und allgemein das Legalitätsprinzip, das bei strafrechtlich sanktionierten Vorschriften eine besondere Bedeutung hat („nulla poena sine lege stricta et scripta“, vgl. Art. 103 Abs. 2 GG), sprechen dafür, das gesetzgeberische Ziel so exakt wie möglich zu formulieren. Versucht der Gesetzgeber dem folgend aber, mit sei-

⁸ So das Konzept von § 13 Bundes-Immissionsschutzgesetz: „Die Genehmigung schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlicher Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach § 8 in Verbindung mit § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes“. Vgl. ferner § 22 Gentechnikgesetz, § 75 Abs. 1 S. 1, 2. HS (Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetz.

⁹ Dazu (kritisch) Simitis, 2008: 699.

¹⁰ Siehe dazu bezogen auf das Datenschutzrecht Simitis, 2008: 700.

ner legislativen Begrifflichkeit einer exakten Terminologie der Naturwissenschaften¹¹ oder dem jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisstand zu folgen, so erfasst er einige als regelungsbedürftig erkannte Sachverhalte zwar unter Umständen sehr präzise, läuft jedoch Gefahr, alsbald vom wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt überholt zu werden und neu entstandene Problemlagen zu verfehlen; er läuft damit Gefahr, dem wissenschaftlichen Erkenntniswandel permanent hinterher zu hecheln. Die Embryodefinition des Embryonenschutzgesetzes¹² und letztlich das gesamte, als Strafgesetz gemäß Art. 103 Abs. 2 GG jedoch an sich dem Postulat besonderer Exaktheit unterworfenen Embryonenschutzgesetz sind dafür beredete Beispiele.¹³

Als Beispiel für die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Konzeptionen sei zudem die Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PID) genannt. Bei der PID werden in vitro erzeugte Embryonen vor ihrem Transfer auf die Frau genetisch untersucht. Stellt sich bei der Untersuchung die Schädigung eines Embryos heraus, führt dies in der Regel zu der Entscheidung, ihn nicht zu transferieren, sondern zu verwerfen. Aus diesem Grund ist die PID in vielen Ländern umstritten. Sofern die Zulässigkeit der PID dem Grunde nach bejaht wird (wie es seit 2010 zunächst durch Urteil des BGH vom 06.07.2010¹⁴ und seit Einfügung des § 3a in das Embryonenschutzgesetz 2011 auch in Deutschland der Fall ist¹⁵), stellt sich die Frage, in welcher Form ihre Grenzen geregelt werden sollen:¹⁶

Für einen gesetzlichen Indikationenkatalog (Auflistung der Krankheitsfälle, in denen die PID zugelassen sein soll) spricht die damit einhergehende Klarheit und Bestimmtheit. Dies wirkt zudem einer kontinuierlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs entgegen. Ferner muss der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung der Bedeutung

11 Freilich gibt es auch den umgekehrten Fall: Der Terminus „totipotent“ z. B. wird im Embryonenschutzgesetz exakter verwendet, als dies lange Zeit in den Naturwissenschaften (unter Einbeziehung „pluripotenter“ Zellen) der Fall war (siehe Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: C. II. § 8 Rn. 42).

12 § 8 Abs. 1 ESchG lautet: „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag.“ (dazu Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: C. II. § 8). Erkenntnisfortschritte der Zellbiologie und Fortpflanzungsmedizin konnte der Gesetzgeber auch nicht hinreichend durch die Formulierung „gilt als“ einfangen, die freilich eine gewisse Selbstständigkeit des Rechts gegenüber den Naturwissenschaften signalisieren soll.

13 Bemerkenswert z. B. der schon im „Klonbericht“ der Bundesregierung vom 26.06.1998 (BT-Drucks. 13/11263) dargelegte umfassende Handlungsbedarf.

14 BGH, NJW 2010, 2672 ff.

15 Gesetz vom 21. November 2011, BGBl. I, S. 2228.

16 Zum Folgenden siehe Nationaler Ethikrat, 2003: 114 ff.; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: § 3a Rn. 28.

und den Besonderheiten der je spezifischen Fallkonstellationen Rechnung tragen. Er steht dabei nicht nur unter einem hohen Legitimationsdruck, sondern kann die Entscheidung auch nicht auf eine andere Instanz verlagern.

Für eine Generalklausel, die die Entscheidung stärker der Einzelfallbeurteilung überantwortet, spricht, dass sich eine genetisch bedingte Krankheit oder Behinderung in sehr unterschiedlichen Schweregraden manifestieren und von den Betroffenen und Angehörigen als unterschiedlich belastend erlebt werden kann. Beide Dimensionen lassen sich durch eine Auflistung nicht adäquat erfassen. Zudem erweckt ein Katalog leicht fälschlicherweise den Eindruck, schon das Vorliegen eines genetischen Merkmals rechtfertige ein Verwerfen von Embryonen; er leistet einem Automatismus zwischen Diagnose und Verwerfen des Embryos Vorschub. Schließlich kann ein Katalog denjenigen, die an einer der aufgeführten Krankheiten oder Behinderungen leiden, den Eindruck vermitteln, vonseiten der staatlichen Rechtsordnung nicht erwünscht zu sein.

Daraus folgt: *Es gibt von der Regelungsdichte her betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

5.2.3 Respekt vor Andersdenkenden

1. Nationales (Verfassungs-)Recht und übernationale Rahmenbedingungen (EU-Recht, verbindliches Völkerrecht, Empfehlungen völkerrechtlicher Organisationen) enthalten oft wenig konkrete Vorgaben darüber, wie der Konflikt zwischen der Freiheit des einen und dem Schutz des anderen aufzulösen ist. Dem konkretisierenden Normgeber kommt insoweit ein mehr oder weniger großer *Beurteilungsspielraum* zu („Freiheit zur Regelung“ im Sinne des „Ob“ und vor allem des „Wie“), der von den (Verfassungs-)Gerichten nur in beschränktem Ausmaß überprüfbar ist.¹⁷ In die Abwägung sind zahlreiche konkurrierende und konfligierende Faktoren einzubeziehen, insbesondere

- der Rang der beiderseits individuell und in der Gesellschaft involvierten Rechtspositionen, Werte und Interessen,
- das Ausmaß der abzuwehrenden Gefahr(en) für Individuen (auch zukünftiger Generationen) und/oder die Gesellschaft,
- die Wahrscheinlichkeit der zu vermeidenden Gefahrverwirklichung,
- die Folgen der zur Gefahrabwendung ergriffenen Maßnahme(n) für Individuen und/oder die Gesellschaft hinsichtlich Ausmaß und Wahrscheinlichkeit.

¹⁷ Siehe BVerfGE 88, 203, 254: „Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen“; BVerfGE 115, 118, 159 f.; BVerfG NVwZ 2007, 805.

Mehrere – auch konträre – Lösungen können dabei sachlich begründet sein (was nicht bedeutet, dass jeder sie auch gleichermaßen für überzeugend hält). Dies gilt insbesondere auch im Vergleich mit anderen geregelten Sachverhalten, wobei je nach Standpunkt entweder die Unterschiede zu diesen oder die Übereinstimmungen hervorgehoben werden können.

Beispiel:¹⁸

Für die Zulässigkeit der PID spricht der Vergleich mit der Zulässigkeit der Abtreibung: Es ist widersprüchlich, die Untersuchung eines Embryos in utero nach der Nidation zu erlauben und bei Feststellung einer genetischen Schädigung seine Abtreibung zu gestatten, eine gleichartige Untersuchung aber in vitro vor der Nidation zu untersagen. Ein solches Verbot zwingt die Frau zu einer Schwangerschaft auf Probe und führt dazu, dass der Embryo nur weiter heranreifen muss, bis er abgetrieben werden darf. Sowohl bei der Abtreibung als auch bei der PID geht es um die Antizipation einer unzumutbaren Belastung für das Kind und die Mutter nach der Geburt. Gegen die Zulässigkeit der PID wenden sich (natürlich) diejenigen, die schon die Abtreibung ablehnen. Aber auch gegen einen Vergleich mit der Abtreibungsregelung kann vorgebracht werden, dass es bei der In-vitro-Diagnose an der körperlichen Einheit von Frau und Kind fehlt und dass bei der PID eine Auswahl unter mehreren gleichzeitig in vitro vorhandenen Embryonen getroffen werden kann; wegen der Auswahlmöglichkeit „dieses oder jenes Embryos“ (im Gegensatz zur Abtreibung, wo es nur um die Frage geht: „dieser Embryo: ja oder nein?“) ist die Gefahr der Eugenik größer. Abtreibung und PID unterscheiden sich also in verschiedenen Punkten, so dass eine unterschiedliche rechtliche Regelung nicht unbedingt vollkommen widersprüchlich ist.

Man kann keiner der beiden Positionen Rationalität absprechen. Entscheidend ist, welches Gewicht den jeweiligen Sachgesichtspunkten beigemessen wird.

Schlussfolgerung: *Es gibt vom Inhalt her betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

5.2.4 Forschung – Anwendung ihrer Ergebnisse

Ganz grundsätzlich kann zwischen lebenswissenschaftlicher Forschung und ihrer Anwendung unterschieden werden – mit gravierenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen. Während das Grundrecht der Forschungsfreiheit des Grundgesetzes (Art. 5 Abs. 3) nur aufgrund konfligierender Güter mit *Verfassungsrang* eingeschränkt werden

18 Zum Folgenden siehe Nationaler Ethikrat, 2003: 85 ff., 123 ff.; Deutscher Ethikrat, 2011: 80 ff.

darf,¹⁹ Begrenzungen durch ein Gesetz, das nicht der Konkretisierung von Verfassungsgütern dient, also ausgeschlossen sind,²⁰ ist die Anwendung und Umsetzung der Forschungsergebnisse in Bereichen außerhalb der Wissenschaft „nur“ noch von der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt, die beide gleichermaßen unter einem „Gesetzesvorbehalt“ stehen. Im Ergebnis folgt daraus, dass der Gesetzgeber die *Anwendung und Umsetzung* von Forschungsergebnissen in die Praxis nach allgemeinen Maßstäben (insbesondere unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit) *beschränken oder verbieten* darf, Beschränkungen des *Forschungsgegenstandes* aber grundsätzlich *nicht zulässig* sind, da ein konkreter Konflikt mit anderen Rechtsgütern auf der Ebene der freien Wahl von Forschungsgegenständen kaum vorstellbar ist (Hailbronner, 1980: 230 f.). Zumindest im Bereich der Grundlagenforschung gilt der Satz, dass die Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse als solche wertneutral ist. Aber auch außerhalb der Grundlagenforschung ist in der Regel nicht abzusehen, welche Chancen und Risiken den Forschungsergebnissen immanent sind, sodass eine (verfassungs-)rechtlich fundierte Güterabwägung bezogen auf die Wahl des Forschungsgegenstandes kaum möglich ist, eine Einschränkung des wissenschaftlichen Erkenntnistrebens allein wegen eines stets vorhandenen Risikos von Forschung vielmehr ihrerseits unzulässig ist. Selbst bezogen auf die anwendungsorientierte Forschung gilt, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht die Forschung selbst, sondern erst ihre Umsetzung in die Praxis beschränkt werden darf, wenn eine Gefährdung für andere Rechtsgüter erst durch die Umsetzung droht.

Hinsichtlich der *Art und Weise der Durchführung* von Forschung kommen dagegen durchaus Begrenzungen in Betracht, sofern von ihr tatsächlich Verfassungsgüter betroffen sind. Genannt seien etwa Leben, körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmungsrecht der in die Forschung einbezogenen Patienten und Probanden. Dass es allerdings oft genug umstritten ist, ob überhaupt konfligierende Verfassungsgüter bestehen, ist bekannt – das früher viel diskutierte Beispiel des Tierschutzes²¹ oder aktuell der Streit um den verfassungsrechtlichen Status früher Embryonen²² sind prägnante Beispiele für insoweit (auch international) divergierende Auffassungen.

Konsequenz: *Es gibt vom Regelungsobjekt her betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

19 BVerfGE 28, 243, 261; 30, 173, 193; 47, 327, 369; siehe dazu auch Taupitz, 2002b: 739.

20 BVerfGE 47, 327, 369.

21 Seit 1994 ist der Tierschutz in Art. 20a GG verankert. Zuvor war sehr umstritten, ob der Tierschutz die Forschungsfreiheit beschränken kann, siehe BVerfGE 28, 243, 261; Caspar, 1999.

22 Siehe dazu hier nur die Stellungnahmen des Nationalen Ethikrates, 2002, 2003, 2004.

5.2.5 Veränderte gesellschaftliche Einstellungen

Die *Auffassungen* zum Stellenwert der jeweiligen Rechtspositionen, Werte, Interessen und Argumente *wandeln* sich.

1. Das Recht formt zwar das Bewusstsein einer Gesellschaft und soll es auch formen (so dass „symbolische Gesetzgebung“ nicht per se abzulehnen ist), es hängt in seiner Entstehung und in seinem Fortbestand aber auch in erheblichem Maß von den jeweiligen gesellschaftlichen Vorstellungen und von gesellschaftlicher Akzeptanz ab.

2. Der Versuch, heutige moralische Vorstellungen ein für alle Mal festzuschreiben und eine Verschiebung moralischer Grenzen ihrerseits als unmoralisch abzuqualifizieren, läuft im Grunde auf einen Moralimperialismus hinaus. Eine Gesellschaft sollte sich nicht das Recht anmaßen, auf dem Boden ihrer derzeitigen Auffassungen Stillstand in der Entwicklung gesellschaftlicher Vorstellungen vom Zusammenleben der Menschen zu verordnen. Selbst in einer so zentralen Frage wie dem Schutz der Menschenwürde kann es keine Versteinerung bestimmter Vorstellungen geben – das Beispiel der Folter, heute das Paradebeispiel für eine Menschenwürdeverletzung, noch vor wenigen Jahrhunderten gesellschaftlich breit akzeptiert,²³ zeigt dies sehr deutlich. Im Lichte der Verantwortung für zukünftige Generationen sind *Handeln und Unterlassen* zu bewerten und Risiken und Chancen gegeneinander abzuwägen. Neue Erkenntnisse fordern zu neuem Nachdenken heraus – und Nachdenken muss *Konsequenzen* haben *können*.

3. Zwar haben Recht und Moral und hat insbesondere die den tagespolitischen Beliebigkeiten weitgehend entzogene Verfassung durchaus eine retardierende Funktion: Neue Sachverhalte sind an den *bisherigen* Lösungen zu messen und neuen Entwicklungen darf nicht *leichtfertig* und *gedankenlos* gefolgt werden; vielmehr muss ein *Abwägungsvorgang* einsetzen, der die zu erwartenden unmittelbaren und mittelbaren Folgen in positiver wie in negativer Hinsicht einbezieht. Wichtig ist aber zugleich, dass in einer auf Freiheit beruhenden Gesellschaft *Einschränkungen der Freiheit der Begründung* bedürfen und diese Begründung nicht in einem bloßen Verweis auf das Neue oder in der Verwendung von Schlagworten wie einem undifferenzierten Verweis auf die Menschenwürde bestehen kann. Auch der Fortbestand von Freiheitseinschränkungen rechtfertigt sich nicht aus sich heraus; vielmehr hat der Gesetzgeber stets die Pflicht, gesetzliche Freiheitseinschränkungen vor dem Hintergrund späterer Entwicklungen und gesellschaft-

²³ In vielen Gebieten Deutschlands wurde die Folter erst um das Ende des 18. oder zu Beginn des 19. Jahrhunderts abgeschafft, im schweizerischen Kanton Glarus sogar erst 1851.

licher Wandlungen auf ihre Rechtfertigung hin zu überprüfen. Veränderte Situationen verpflichten den parlamentarischen Gesetzgeber zu einem „Nachfassen“,²⁴ wobei ihm allerdings hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ ein am Einzelfall zu bemessender Ermessensspielraum verbleibt.²⁵

Vor diesem Hintergrund besteht insbesondere auch aufseiten der Wissenschaft eine *Begründungslast* für ihr Tun oder auch Unterlassen, weil die Gesellschaft nur auf der Basis zutreffender und umfassender Informationen verantwortliche Entscheidungen treffen kann. Umgekehrt ist es nicht als Lobbyismus abzuqualifizieren, wenn die Wissenschaft öffentlich auf nachteilige Folgen bestimmter rechtlicher Regelungen hinweist und den Gesetzgeber damit zu veranlassen versucht, der Wissenschaft größere Freiheit zurück zu gewähren – wie dies in den vergangenen Jahren bezogen auf die Beschränkungen durch das Stammzellgesetz geschehen ist,²⁶ das daraufhin durch Verschiebung des sogenannten Stichtages und durch Klarstellung seines Anwendungsbereichs einschließlich des Anwendungsbereichs der Strafbestimmung durch Änderungsgesetz vom 14.08.2008 modifiziert wurde.²⁷

4. Wer den damit geforderten ständigen Diskurs und die notwendige (auch durch Rechtsvergleich angeregte) Selbstvergewisserung mit Warnungen vor einer „reprogenetischen Auflösung der Rechtsordnung“ (Höfling, 2002: 99) oder „biomedizinischer Auflösung der Grundrechte“ (Höfling, 2002: 100) belegt, unterschlägt, dass eine Gesellschaft ihre moralischen und rechtlichen Grundpositionen keineswegs zunehmend aufweicht und ethisch-rechtliche Grenzen nicht „einseitig“ immer weiter hinausschiebt. Gerade das Beispiel der Folter zeigt ja sehr deutlich, dass das gesellschaftliche Bewusstsein für einen angemessenen Umgang der Menschen untereinander nicht einseitig auf eine „Verrohung der Sitten“ oder eine „Verzweckung des Menschen“ hinausläuft. Auch andere Beispiele, wie etwa das umfangreich gewordene Datenschutzrecht, das Recht des Persönlichkeitsschutzes, die zunehmende Inklusion von Behinderten in die Gesellschaft,²⁸ das

24 BVerfGE 49, 89 (130). Näher Taupitz, 1991: 824 ff.

25 Dazu BVerfGE 56, 54 (80 ff.).

26 Einflussreich war insbesondere die Stellungnahme der DFG, 2006.

27 Gesetz zur Änderung des Stammzellgesetzes vom 14.08.2008, BGBl. I, 1708. Zur 2. und 3. Lesung im Deutschen Bundestag am 11.04.2008 siehe BT-Plenarprotokoll 16/155; die 1. Lesung zu den Gesetzentwürfen hatte am 14.02.2008 stattgefunden, BT-Plenarprotokoll 16/142. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 23.05.2008 den Antrag Bayerns vom 20.05.2008 (BR-Drs. 278/1/08) auf Anrufung des Vermittlungsausschusses abgelehnt, siehe BR-Plenarprotokoll 844.

28 Zur Inklusion als zentraler Forderung des Rechts der Behinderten siehe Art. 3 lit. c, 19 der Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/RES/61/106 vom 24.01.2007, Annex I; die Konvention ist am 03.05.2008 als Vertragswerk international in Kraft getreten und für Deutschland seit dem 26.03.2009 verbindlich.

Ernstnehmen der Subjektqualität von Minderjährigen in der medizinischen Forschung durch Berücksichtigung ihres Willens auch vor Erreichen der Selbstbestimmungsfähigkeit²⁹ oder das wachsende Ausmaß der Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen, die ursprünglich im Bereich der wissenschaftlichen Selbstverwaltung entstanden sind, inzwischen aber zum Beispiel im Arzneimittelrecht zu regelrechten Behörden aufgewertet wurden (Taupitz, 2006: 57 ff.), zeigen, dass heute in zahlreichen Bereichen eine sehr viel höhere Sensibilität als früher herrscht und Handlungsfreiheiten unter Berufung auf den Schutz personaler Belange viel stärker beschränkt werden.

5. Eine „Ewigkeitsgarantie“ ist selbst bezogen auf grundlegende Wertvorstellungen einer Gesellschaft umso eher problematisch, je konkreter sie festgeschrieben ist. Deshalb ist die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes³⁰ nur deshalb überzeugend, weil sie sich auf hohem Abstraktionsniveau (z. B. Garantie der „Menschenwürde“, Bundesrepublik als „demokratischer und sozialer Bundesstaat“) bewegt.

5.2.6 Naturwissenschaftliche Erkenntnisfortschritte

Recht muss den Erkenntnisfortschritten der Naturwissenschaften Rechnung tragen, darf aber nicht in irrealen Spekulationen abgleiten. Es muss mit anderen Worten den Realitäten gerecht werden. Das bedeutet einerseits, dass nicht „auf Vorrat“ bestimmte Verbote erlassen werden dürfen, weil sich vielleicht einmal in der fernen Zukunft aus entsprechenden Handlungen heute noch nicht absehbare Risiken ergeben können. Auch der Umgang mit den begrenzten Ressourcen des Gesetzgebers gebietet es, nicht Vorsorge für alles und jedes Denkbare zu treffen. So wäre es zum Beispiel absurd, Regelungen zu erlassen, ob und welchen Lebewesen von anderen Planeten Menschenrechte zuzusprechen sind – ganz einfach deshalb, weil wir heute nicht wissen können, welche Arten von Lebewesen auf anderen Planeten existieren und inwiefern sie uns Menschen oder aber Tieren ähnlich sind. Andererseits muss das Recht rasch auf neue Erkenntnisse reagieren. So ist zum Beispiel durch die neuen gentechnologischen Verfahren wie CRISPR/Cas unsicher geworden, ob und welche mithilfe dieser Techniken herbeige-

29 Zur Beachtlichkeit des Vetos eines Minderjährigen siehe hier nur Art. 17 Abs. 1 lit. v Biomedizin-konvention des Europarates und Art. 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG.

30 „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“ Art. 1 enthält u. a. den Schutz der Menschenwürde, Art. 20 legt u. a. fest, dass die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat ist.

führte Veränderungen in Pflanzen und Tieren dem geltenden Gentechnikrecht unterliegen.³¹ Denn jedenfalls Punktmutationen, wie sie durch neue gentechnische Verfahren zielgenau möglich sind, kommen auch auf natürliche Weise vor. Und sofern kein fremdes genetisches Material eingebracht wird oder zurückbleibt, ist ein Nachweis der gentechnischen Veränderung auch gar nicht möglich. Der Europäische Gerichtshof hat gleichwohl am 25. Juli 2018 – entgegen der Empfehlung des EU-Generalanwalts³² – entschieden, dass die mit Verfahren/Methoden der Mutagenese gewonnenen Organismen genetisch veränderte Organismen im Sinne des europäischen Gentechnikrechts darstellen und dies nur dann nicht gilt, wenn sie mit Verfahren/Methoden der Mutagenese gewonnenen wurden, „die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten“ (EuGH, Rechtssache C-528/16).

Um einem gewissen Phlegmatismus des Gesetzgebers vorzubeugen, der – auch das ist verständlich – alte Schlachten nicht immer wieder neu schlagen möchte, wird gerade im Hinblick auf die rechtliche Regelung der Biotechnologie immer wieder gefordert, entsprechende Gesetze von vornherein zu befristen, um einen von Anfang an offenen und konstant weiterzuführenden Gesetzgebungsprozess einzuleiten, der dazu zwingt, sich nicht nur mit den Defiziten der bisherigen Regelung, sondern primär auch mit einem veränderten Technologiekontext und dessen Auswirkungen auseinanderzusetzen (Simitis, 2008: 701).

2. Menschliches Verhalten vollzieht sich in entwickelten Gesellschaften – entgegen zuweilen geäußelter Auffassung von Nicht-Juristen – nie „im rechtsfreien Raum“. Unter Umständen gibt es zwar keine rechtliche Regelung, die eine Handlung/ein Unterlassen speziell und zielgerichtet erfasst. Aber jedenfalls die Vorgaben der Verfassung sowie allgemeine Rechtsregeln und Rechtsinstitute sorgen doch dafür, dass mehr oder weniger konkrete *rechtliche* Bewertungskriterien auf die fragliche Handlung/das fragliche Unterlassen anwendbar sind. Gerade bei neuen Entwicklungen, deren Chancen und Risiken nicht exakt im Vorhinein beurteilt und deren Grenzen noch nicht genau abgesteckt werden können, kann es sich anbieten, der Entwicklung zunächst nur lose begleitend „ihren Lauf“ zu lassen, um erst später, nach hinreichender Erkenntnis und genauerer Erfahrung, eine zielgenaue Lösung zu entwickeln, wenn die Zeit dafür wirklich reif ist. Ein Beispiel sind Biobanken, also Sammlungen von menschlichen Körpermaterialien, die mit (zumeist) gesundheitlichen Daten der Spender verknüpft sind und

³¹ Hierzu und zum Folgenden Bundesregierung, 2016.

³² EU-Generalanwalt Michal Bobek gab in seinem Schlussantrag im Januar 2018 die Einschätzung wieder, dass in bestimmten Fällen mittels CRISPR/Cas veränderte Organismen nicht als gentechnisch verändert gelten (und demnach auch nicht unter die Regulierung der Gentechnik fallen) müssten. Siehe unter: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-01/cp180004en.pdf> [17.08.2018].

für Forschungszwecke verwendet werden. Hier hat der Gesetzgeber bisher auf eigene Regelungen verzichtet; er ermöglicht so den involvierten Kreisen, selbst Standards zu setzen, die dann gegebenenfalls Vorbild für rechtliche Regelungen sein können (Taupitz/Schreiber, 2016: 309).

Konsequenz: *Es gibt vom Zeitpunkt aus betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

5.2.7 Rechtspolitische Realisierbarkeit

Das „richtige Maß“ an Regulierung hängt realistischerweise von seiner *rechtspolitischen Realisierbarkeit* ab. Diese wiederum ist insbesondere, aber nicht nur, abhängig von den sich wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen, darüber hinaus aber auch von (parti-)politischen Konstellationen.

Beispiele:

1. Auffassungswandlungen bezüglich der Homosexualität in zahlreichen Ländern³³ haben sukzessiv zu erheblichen Rechtsänderungen geführt:

- ▶ Zunächst zur Abschaffung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen (in Deutschland 1969: Aufhebung der Strafbarkeit einfacher gleichgeschlechtlicher Handlungen unter erwachsenen Männern, 1994: Aufhebung der Strafbarkeit sexueller Handlungen eines erwachsenen Mannes mit einem 16 bis 18-jährigen Mann, seither geschlechtsneutral formulierte Vorschrift, die den Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung Jugendlicher bezweckt),
- ▶ dann zur Einführung des Rechtsinstituts der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft (in Deutschland gegen den Widerstand der konservativen Parteien durch die regierende rot-grüne Koalition 2001),
- ▶ dann zur Möglichkeit der Stiefkindadoption, das heißt der Adoption des Kindes eines Lebenspartners durch den anderen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner (in Deutschland unter gleichen Vorzeichen 2005),
- ▶ in einem weiteren Schritt zur Zulassung homosexueller Paare zu fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen (z. B. in Schweden [2005], Spanien [2006] und Belgien [2007], allerdings mit Unterschieden zwischen lesbischen und schwulen Paaren,

33 Siehe zum Folgenden Müller-Götzmann, 2009: § 5, § 7.

weil schwule Paare auf eine Ersatzmutter angewiesen sind und die Ersatzmutter-schaft verbreitet abgelehnt wird; gleichgeschlechtliche Elternschaft war und ist damit erst allmählich realisierbar),

- ▶ zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2013, wonach die Beschränkungen im Adoptionsrecht betreffend homosexueller Personen verfassungswidrig sind,³⁴ und die Möglichkeit einer sukzessiven Adoption auch eingetragenen Lebenspartnern eingeräumt werden muss (die gemeinschaftliche Adoption nicht leiblicher Kinder blieb weiterhin unzulässig),³⁵
- ▶ zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2013, wonach das Ehegattensplitting auch für eingetragene Lebenspartnerschaften gelten muss,³⁶
- ▶ und schließlich zum Beschluss und Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts am 01.10.2017 (Gesetz zur „Ehe für alle“), wonach § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB nun lautet: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen“ (statt bisher „Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen“); daneben wurde § 20a LPartG eingeführt, der die Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe regelt.³⁷

2. Eine Reform des Embryonenschutzgesetzes von 1990 und die Schaffung eines umfassenderen Fortpflanzungsmedizingesetzes, obwohl in vielerlei Hinsicht dringend notwendig,³⁸ unterbleibt erkennbar vor allem deshalb, weil sich niemand an das Gesetz „herantraut“: Diejenigen, die eine Liberalisierung befürworten, befürchten, dass im Ergebnis eine Verschärfung herauskommt, und diejenigen, die eine Verschärfung wünschen, können sich ebenfalls nicht sicher sein, dass das Ergebnis des politischen Prozesses in ihrem Sinne ausfallen wird. Da die (moralischen) Positionen zudem quer durch die Parteien gehen, lässt sich auch kein parteipolitisches Kapital aus einer entsprechenden Debatte schlagen. Nicht zuletzt handelt es sich um ein Bündel von schwierigen Einzelfragen, die einer jeweils getrennten Diskussion und Lösung nur begrenzt zugänglich sind, zugleich aber als Paket schwierig und unübersichtlich zu „handeln“ sind. Die einzige substanzielle Änderung des Gesetzes durch Einfügung des § 3a zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik³⁹ erfolgte 2011 nur

34 BVerfG, NJW 2013, 847 ff.

35 Die Umsetzung des Urteils erfolgte durch Änderungsgesetz vom 20.06.2014: BGBl. I 2014, S. 786.

36 BVerfG, NJW 2013, 2257 ff. Die Umsetzung erfolgte mit Gesetz vom 15.07.2013: BGBl. I 2013, S. 2397.

37 BGBl. I 2017, S. 2787.

38 Siehe etwa Leopoldina (2017).

39 Siehe Gesetz vom 21. November 2011, BGBl. I, S. 2228i.

deshalb, weil der Bundesgerichtshof die Präimplantationsdiagnostik als nicht vom Embryonenschutzgesetz verboten angesehen hatte⁴⁰ und deshalb eine (vermeintliche) Gesetzeslücke geschlossen werden musste.

Schlussfolgerung: *Es gibt vom politischen Umfeld her betrachtet nicht „das richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung.*

5.3 Zum „falschen Maß“ an rechtlicher Regulierung

Konkreter als das „richtige Maß“ kann das „falsche Maß“ an rechtlicher Regulierung bestimmt werden. Einige Beispiele sollen dies zeigen:

5.3.1 Fehlende Befolgung verfassungsrechtlicher Vorgaben

Wie bereits dargestellt, kann die Forschungsfreiheit des Grundgesetzes (Art. 5 Abs. 3) nur aufgrund konfligierender *Güter mit Verfassungsrang* eingeschränkt werden.⁴¹ Die im Stammzellgesetz verankerten Forschungsbeschränkungen rechtfertigen sich nach Ansicht des Gesetzgebers jedoch daraus, dass embryonale Stammzellen in „ethischer Hinsicht“ nicht wie jedes andere menschliche Material angesehen werden können, da zu ihrer Gewinnung Embryonen verbraucht werden mussten.⁴² Ethische Bedenken⁴³ haben als solche jedoch keinen Verfassungsrang, taugen also als solche nicht als Begründung für Eingriffe in die Forschungsfreiheit (Taupitz, 2003a: 14).

Allgemein gilt: Ethische, philosophische und theologische Ansätze können nicht ohne Weiteres als Ausdruck der geltenden Rechtsordnung ausgegeben werden. So gilt etwa für den Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, dass er, „obwohl einer breiten, anspruchsvollen geistesgeschichtlichen Tradition entsprungen, [...] eine eigenständige und gegenüber ethischen Normen spezifische und inhaltlich begrenzte Rechtsregel [...] ist und bleibt. [...] In der Konsequenz davon ist die Menschenwürde der Philosophie und der Ethik nicht eins zu eins ins Verfassungsrecht übertragbar. Das Gegenteil ist richtig: Ein ursprünglich ethischer Begriff muss, wenn er ins Recht Eingang gefunden hat, unter Berücksichtigung des verpflichtenden Charakters des Rechts ausgelegt und verstanden werden“ (Wahl, 2007: 576 f.).

⁴⁰ Siehe BGH, NJW 2010, 2672 ff.

⁴¹ Siehe BVerfGE 28, 243, 261; 30, 173, 193; 47, 327, 369.

⁴² BT-Drucks. 14/8394, S. 7.

⁴³ So aber auch BT-Drucks. 16/7983, S. 2.

5.3.2 Unzureichende empirische Grundlagen befürchteter Gefahren

Der Gesetzgeber des Embryonenschutzgesetzes hat verschiedene fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen, die zu einer gespaltenen Mutterschaft führen würden (z. B. Eizellspende, Embryospende, Ersatzmutterschaft), unter Hinweis auf eine Gefahr für das Kindeswohl verboten. Dabei ließ er jedoch das *Fehlen* von Erkenntnissen beziehungsweise die Tatsache, dass negative Auswirkungen „nicht auszuschließen“ seien,⁴⁴ genügen.⁴⁵ Inzwischen belegen allerdings ausländische Erfahrungen sehr deutlich, dass die Befürchtungen unberechtigt waren.⁴⁶ Eine Reaktion des Gesetzgebers steht gleichwohl bis heute aus.

5.3.3 Widersprüchlichkeit einer gesetzlichen Regelung

Entgegen seinem Titel (und im Gegensatz zu ursprünglichen Bestrebungen) steht im Mittelpunkt des Embryonenschutzgesetzes nicht der Schutz des Embryos, soweit sein Leben betroffen ist;⁴⁷ Das Gesetz enthält kein explizites Tötungsverbot – sogar das aktive Verwerfen und damit Abtöten verstößt nicht gegen das Gesetz.⁴⁸ Das Gesetz enthält auch keine Pflicht zur Erhaltung des Embryos außerhalb des Mutterleibs oder durch Übertragung auf eine Frau. Mit der Erlaubnis, zeitgleich mehrere Embryonen auf eine Frau zu übertragen, um die Schwangerschaftswahrscheinlichkeit zu erhöhen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3), legitimiert das Gesetz, dass die *Aufopferung* von Embryonen in Kauf genommen wird. Bezogen auf einen (verbotswidrig) erzeugten Klon und (verbotswidrig) erzeugte Chimären und Hybride enthält das Gesetz in Gestalt des Transferverbots (§ 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 Nr. 1a) sogar eine mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bewehrte *Pflicht zur Tötung* von Embryonen (genauer: eine strafbewehrte Pflicht zur Vorenthaltung der wichtigsten Entwicklungsvoraussetzungen) – was nicht selten als *Instrumentalisierung* derartiger Embryonen zur Absicherung der Verbote ihrer Erzeugung kritisiert wird.⁴⁹ Rechtspolitisch wäre es sicher sinnvoller, bei Verboten, die auf die Unerwünschtheit der Verwendung bestimmter Entitäten für reproduktive Zwecke abzielen, nicht auf das Tatbestandsmerkmal „Embryo“ zurückzugreifen (Eser/Koch, 2003: 66).

44 Begründung zum Entwurf des ESchG v. 25.10.1989, BT-Drs. 11/5460, S. 7.

45 Zu Recht kritisch Schroeder, 1995: 535.

46 Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rdnr. 7.

47 Zum Folgenden siehe Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: B. III. Rdnr. 20.

48 BGH, NJW 2010, 2672, 2676 (Rdnr. 37 f.).

49 Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: B. III. Rdnr. 20.

5.3.4 Unzureichender Ausgleich der gegenläufigen Interessen/ Unverhältnismäßigkeit einer Freiheitsbeschränkung

Das Stammzellgesetz enthält das Verbot, embryonale Stammzellen einzuführen und zu verwenden, die vor einem bestimmten Stichtag (zunächst 01.01.2002, inzwischen 01.05.2007)⁵⁰ hergestellt worden sind. Damit soll vermieden werden, dass ausländische Embryonen „für deutsche Forschung“ verbraucht werden. Jedoch verbietet bereits das Embryonenschutzgesetz in Verbindung mit den allgemeinen Normen des Internationalen Strafrechts (§ 9 Abs. 2 Satz 2 StGB) jeden von Deutschland aus erfolgenden kausalen Beitrag zum Embryonenverbrauch im Ausland. Über den Schutz, den bereits das Embryonenschutzgesetz für ausländische Embryonen bewirkt, reicht der Schutz des Stammzellgesetzes mit seiner Stichtagsregelung nur sehr geringfügig hinaus.⁵¹ Es verhindert nicht den Embryonenverbrauch im Ausland; insbesondere verhindert es nicht, dass für die weltweit bestehende Nachfrage nach embryonalen Stammzellen Embryonen im Ausland verbraucht werden. Es beseitigt lediglich den Anreiz für ausländische Forscher, embryonale Stammzellen *in der Erwartung* herzustellen, sie später *gerade nach Deutschland* exportieren zu können. Es darf jedoch bezweifelt werden, ob ein solcher Anreiz realistischerweise überhaupt besteht. Da weltweit eine Nachfrage nach embryonalen Stammzellen besteht und da aus einer bestehenden Stammzelllinie beliebig viele embryonale Stammzellen gewonnen („abgezweigt“) werden können (sodass auch durch die Verwendung von hES-Zellen keineswegs immer ein Embryo zerstört werden muss), ist kaum anzunehmen, dass ausländische Forscher (ohne eine nach dem Embryonenschutzgesetz strafbare „Bestellung“ der Herstellung von embryonalen Stammzellen von Deutschland aus) solche Stammzellen gerade für Deutschland letztlich „auf Vorrat“ herstellen. Damit ist ein kausaler Beitrag zum Embryonenverbrauch im Ausland gerade durch eine Nachfrage aus Deutschland äußerst unwahrscheinlich und folglich die *Erforderlichkeit* der Stichtagsregelung mehr als zweifelhaft. Anders formuliert: Das Stammzellgesetz schadet der Forschung mit embryonalen Stammzellen sehr, nützt aber im Hinblick auf den Schutz von ausländischen Embryonen praktisch nicht.

5.4 Die Forderung nach international einheitlichen Regelungen

Die *Internationalität der Lebenszusammenhänge*, insbesondere die Internationalität der Forschung, begründet die Forderung nach *international einheitlichen Regelungen*. Natio-

⁵⁰ Gesetz vom 21. November 2011, BGBl. I, S. 2228.

⁵¹ Hierzu und zum Folgenden Taupitz, 2007b: 117.

nale Regelungsunterschiede führen zur Abwanderung der Forschung in forschungsfreundliche Staaten, zum Druck auf die nationalen Gesetzgeber mit der Tendenz eines „race to the bottom“ (wobei allerdings die staatliche Souveränität, die nationale Identität und die eigenen historischen Erfahrungen durchaus Rechts- und Moralunterschiede rechtfertigen) sowie zum Ruf nach Rechtsgleichheit, Rechtseinheit und Rechtssicherheit.

Detaillierte *internationale Regelwerke* unterliegen aber der *besonderen Gefahr, zur Versteinierung des Rechts* zu führen und damit den naturwissenschaftlichen und gesellschaftlichen *Wandel* der Lebenswissenschaften (insbesondere der Forschung) zu *verfehlen*.

I. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge ist häufig sehr *detailliert*. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

1. Das Zusatzprotokoll zur biomedizinischen Forschung⁵² (Zusatzprotokoll zur Biomedizinkonvention des Europarates) listet in 20 Punkten detailliert auf, über welche Gesichtspunkte die Ethikkommission zu informieren ist.

2. Die 38 Artikel der Biomedizinkonvention sind durch Zusatzprotokolle zum Klonen (1998, 8 Artikel), zur Organ- und Gewebetransplantation (2002, 34 Artikel), zur Forschung (2005, 40 Artikel), zu Gentests (2008, 28 Artikel) weiter konkretisiert worden. Es existiert zudem eine „Empfehlung“ des Europarates zur Forschung mit menschlichem biologischem Material (2006, 26 Artikel; revidiert 2016, 24 Artikel). Insgesamt bestehen also allein auf der Ebene des Europarats bisher fast 200 Vorschriften zur Biomedizin!

II. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge ist häufig sehr *restriktiv*.

Die Biomedizinkonvention zum Beispiel

- ▶ erlaubt Forschung am einwilligungsfähigen (!) Menschen nur, wenn es keine Alternative von vergleichbarer Wirksamkeit gibt,
- ▶ verlangt, dass jede (auch nicht interventionelle) Forschung am Menschen von einer zuständigen Stelle gebilligt worden sein muss,

52 Dazu Taupitz, 2002a.

- ▶ erlaubt die Entnahme von regenerierbarem Gewebe bei nicht Einwilligungsfähigen für Transplantationszwecke nur zugunsten des Bruders/der Schwester, nicht aber zugunsten der Eltern/Kinder,
- ▶ verbietet prädiktive genetische Tests für Versicherungszwecke selbst beim Abschluss exorbitant hoher Privatversicherungsverträge.

III. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge lässt *Vorbehalte*, die einem Vertragsstaat *abweichende Regelungen* ermöglichen, oft nicht „auf Vorrat“ zu, sondern nur, wenn das bei Vertragsunterzeichnung geltende staatliche Recht entgegensteht. Dies gilt etwa nach Art. 36 der Biomedizinkonvention. Nach Unterzeichnung und Ratifikation der Biomedizinkonvention durch Deutschland

- ▶ kann deshalb das therapeutische Klonen in Deutschland nicht erlaubt werden, wenn man das Embryonenschutzgesetz mit der herrschenden Meinung dahingehend auslegt, dass es dies gegenwärtig verbietet,⁵³
- ▶ kann gruppennützige Forschung mit Einwilligungsunfähigen, die mehr als ein minimales Risiko/eine minimale Belastung beinhaltet, nicht erlaubt werden, selbst wenn die Gruppe der von der gleichen Krankheit Betroffenen dadurch einen großen Nutzen hätte, etwa neue Therapiemöglichkeiten entwickelt werden könnten.

IV. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge ist gelegentlich *apodiktisch-kryptisch* und bei wörtlicher Auslegung *viel zu eng*.

Beispiele:

1. Art. 7 S. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966 lautet übereinstimmend mit Art. 15 Abs. 1 S. 2 des Übereinkommens über die Rechte behinderter Menschen von 2006: „Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden.“

Bedeutet das: Keine Forschung mit Einwilligungsunfähigen, selbst wenn sie mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt und dem Betroffenen konkret *nützt*?

53 Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: C. II. § 6 Rdnr. 7; Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014: C. II. § 8 Rdnrn. 48 ff.

2. Art. 21 Biomedizinkonvention und Art. 3 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta legen fest, dass der menschliche Körper und seine Teile als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden dürfen. Daran knüpft sich eine Reihe von Fragen (Taupitz, 2007a: 3 ff.): Gilt das nur für noch nicht vom (lebenden?, toten?) Körper abgetrennte Körperteile? Dürfen also Haare vor/nach dem Abschneiden nicht verkauft werden? Gilt das auch für Körpersubstanzen, zum Beispiel Blut? Gilt das auch für verarbeitete Körperteile/-substanzen, zum Beispiel Arzneimittel? Warum gilt das alles nur „im Rahmen der Biologie und der Medizin“?

- V. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge ist nur im *Konsens* aller Vertragsstaaten *abänderbar*. Dies führt leicht zu einer Versteinerung des Rechts.

- VI. Internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge *verhindert* in seinem Anwendungsbereich den *Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen* und tendiert damit zu einer *weltweiten* Versteinerung des Rechts und angesichts der Tendenz zur „Ethisierung des Rechts“ zu einem ewigkeitsfesten weltweiten Moralimperialismus!

- VII. Deshalb ist es nicht per se zu missbilligen, wenn internationale (Forschungs-)Reglementierung durch völkerrechtliche Verträge häufig nur *Leerformeln* beinhaltet. Beispiele:
 - 1. Art. 18 Biomedizinkonvention lautet: „Die Rechtsordnung hat einen angemessenen Schutz des Embryos zu gewährleisten, sofern sie Forschung an Embryonen in vitro zulässt“. Was das bedeutet, bleibt völlig offen.

 - 2. Weder in der Konvention noch in den Zusatzprotokollen sind das menschliche Lebewesen/der Embryo definiert. Zum Beispiel haben die Niederlande zum Klonprotokoll erklärt, dass sich das Verbot der Herstellung eines genom-identischen Lebewesens (also das Verbot des Klonens) für sie nur auf geborene Menschen erstrecke. Demgegenüber geht man in Deutschland davon aus, dass schon der Embryo ab der Befruchtung der Eizelle („Kernverschmelzung“ – so der naturwissenschaftlich nicht korrekte Wortlaut von § 8 ESchG) beziehungsweise ab der Zellkernimplantation erfasst sei.⁵⁴

54 Näher Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, 2014, C: II. § 8 Rdnrn. 48 ff.

5.5 Schlussfolgerung

Das „richtige Maß“ an rechtlicher Regulierung der Lebenswissenschaften, insbesondere der Gentechnologie, und ihrer Anwendung muss *im demokratischen Prozess jeweils im Einzelfall erarbeitet* und beim Auftauchen neuer Gesichtspunkte *überdacht* werden – und zwar sowohl im Hinblick auf eine etwaige Anhebung des Schutzniveaus bei Erkenntnis neuer oder größerer Risiken⁵⁵ als auch im Hinblick auf eine etwaige Beseitigung von Beschränkungen, soweit nach dem neueren Stand von Wissenschaft und Technik früher angenommene Risiken als nicht mehr bestehend anzusehen sind.⁵⁶ Ein demokratischer Prozess verlangt, dass alle relevanten gesellschaftlichen/ideologischen/moralischen/religiösen Positionen und Kontroversen sowie Partikularinteressen in die *Überlegungen* einbezogen werden. Je stärker Grundwerte einer Gesellschaft betroffen sind, umso mehr muss der Diskurs auch außerhalb des Parlaments angestoßen und geführt werden – ohne dass der parlamentarische Gesetzgeber sich dadurch oder durch ein Verstecken hinter Expertenkommissionen, Ethikräten etc.⁵⁷ seiner Verantwortung entziehen darf.

Ein wesentlicher Freiheitsgehalt des demokratischen Verfassungsstaates liegt allerdings darin, dass das Recht nicht den jeweils *strengsten* Überzeugungen oder Grundsätzen folgt und sie in (gar strafbewehrte) Verbotsnormen des für alle geltenden Rechts umsetzt.⁵⁸ Im freiheitlichen Verfassungsstaat, einer der wesentlichen Errungenschaften der neuzeitlichen Zivilisation, sind Moral und Ethik, die im modernen pluralistischen Gemeinwesen immer nur in der Mehrzahl existieren, ebenso wie religiöse Vorstellungen und ideologische Positionen mit dem staatlichen Recht nicht identisch. Vielmehr markiert das Recht – einem prägnanten Wort von Jellinek zufolge – lediglich das „ethische Minimum“. Es lässt im Übrigen jedem die Freiheit, seinen eigenen und über den staatlich garantierten Standard hinausreichenden Überzeugungen gemäß allein oder in Gemeinschaft Gleichgesinnter zu leben und seine Lebenspraxis entsprechend zu gestalten. So groß der Respekt vor denen auch sein mag, die für sich in Anspruch nehmen, über das staatlich garantierte Minimum hinaus zu gehen, so wenig können sie verlangen, dass ihre Prinzipien in Gestalt des für alle geltenden staatlichen Gesetzes festgeschrieben und so allgemein verbindlich gemacht werden. Zugleich sollte auch von ihnen erwartet werden, dass sie ihrerseits andere Prinzipien und Maximen

55 Zum Gebot des dynamischen Rechtsgüterschutzes, wonach der Gesetzgeber seine Regelungen den Wandlungen in der Gefährdungslage anpassen muss, siehe BVerfGE 49, 89, 136 f.; Schröder, 2003: 191; Murswiek, 1985: 181 ff.

56 Hailbronner, 1980: 228.

57 Dazu Taupitz, 2003b.

58 Zum Folgenden siehe Nationaler Ethikrat, 2003: 146 ff.

respektieren. Daraus folgt insbesondere im freiheitlichen Rechtsstaat des Grundgesetzes: *In dubio pro libertate*.

5.6 Literatur

Bundesregierung (2016): Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Harald Ebner et al., BT-Drucksache 18/10301 vom 10.11.2016.

Caspar, J. (1999): Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft. Nomos, Baden-Baden.

Deutsche Forschungsgemeinschaft (2006): Stammzellforschung. Möglichkeiten und Perspektiven in Deutschland. Unter: http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2006/stammzellforschung_statement_winnacker_0611.pdf [21.12.2017].

Deutscher Ethikrat (2011): Präimplantationsdiagnostik, Berlin.

Deutscher Ethikrat (2017): Keimbahn Eingriffe am menschlichen Embryo: Deutscher Ethikrat fordert globalen politischen Diskurs und internationale Regulierung, Berlin.

Eser, A./Koch, H.-G. (2003): Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen im In- und Ausland. In: Deutsche Forschungsgemeinschaft (Hrsg.): Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen. Unter: http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/2003/gutachten_eser_koch.pdf [21.12.2017].

Günther, H.-L./Taupitz, J./Kaiser, P. (Hrsg.) (2014): Embryonenschutzgesetz, 2. Auflage. Kohlhammer W., Stuttgart.

Hailbronner, K. (1980): Forschungsreglementierung und Grundgesetz. In: WissR 80(13): 212–236.

Höfling, W. (2002): Biomedizinische Auflösung der Grundrechte? In: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2002/II. C.H. Beck, München: 99.

Karberg, S. (2017): Gesetz aus der Steinzeit. In: Der Tagesspiegel, Online-Publikation 02.06.2017. Unter: <http://www.tagesspiegel.de/wissen/embryonenschutz-gesetz-aus-der-steinzeit/19877188.html> [19.12.2017].

Müller-Götzmann, C. (2009): Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft. Springer, Berlin.

Murswiek, D. (1985): Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Duncker & Humblot, Berlin.

Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina (Hrsg.) (2017): Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Halle.

Nationaler Ethikrat (2002): Zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen, Berlin.

Nationaler Ethikrat (2004): Klonen zu Fortpflanzungszwecken und Klonen zu biomedizinischen Forschungszwecken, Berlin.

Nationaler Ethikrat (2013): Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, Berlin.

Schröder, R. (2003): Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Technikrates. In: Schulte, M. (Hrsg.): Handbuch des Technikrechts. Springer, Heidelberg: 185.

Schroeder, F.-C. (1995): Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes. In: Kühne, H.-H. (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa. Nomos, Baden-Baden: 535.

Simitis, S. (2008): Biowissenschaften und Biotechnologie. Perspektiven, Dilemmata und Grenzen einer notwendigen rechtlichen Regelung. In: JZ 08(11): 693–703.

Taupitz, J. (1991): Die Standesordnungen der freien Berufe. Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem. De Gruyter, Berlin.

Taupitz, J. (2002a): Biomedizinische Forschung zwischen Freiheit und Verantwortung. Der Entwurf eines Zusatzprotokolls über biomedizinische Forschung zum Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates. Springer, Berlin.

Taupitz, J. (2002b): Der „ethische Export“. In: Geiser, T. et al. (Hrsg.): Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag. Stämpfli, Bern: 739.

Taupitz, J. (2003a): Der Schutz embryonaler Stammzellen durch das Stammzellgesetz. In: GenTechnik & Recht 03(1): 11–18.

Taupitz, J. (2003b): Ethikkommissionen in der Politik. Bleibt die Ethik auf der Strecke? In: JZ 03(17): 815–821.

Taupitz, J. (2006): Ethikkommissionen in Deutschland. Auf dem Weg zu zentralistischen Genehmigungsbehörden? In: Hucklenbroich, P. et al. (Hrsg.): Freiheit und Bindung der medizinischen Forschung. LIT, Berlin: 57.

Taupitz, J. (2007a): Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile: Lässt es sich rational begründen? In: Taupitz, J. (Hrsg.): Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. Springer, Berlin: 3.

Taupitz, J. (2007b): Erfahrungen mit dem Stammzellgesetz. In: JZ 07(3): 113–122.

Taupitz, J./Schreiber, M. (2016): Biobanken – zwischen Forschungs- und Spenderinteressen. In: BGesBl 16(3): 304–310.

Wahl, R. (2007): Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in der Gesellschaft und in der Rechtspolitik. In: Maio, G. (Hrsg.): Der Status des extrakorporalen Embryos. Frommann-Holzboog, Stuttgart: 551.

Weiß, W. (2005): EU-Verfassungsvertrag und Biotechnologie. In: MedR 05(8): 458–464.