

# Menschen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Personen

Peter A. Windel<sup>1</sup>

## Abstract

Der menschliche Körper erfährt seit jeher auch rechtlich eine besondere Beachtung. Wohl deshalb, weil die spezifischen Rechtsprobleme über lange Zeit unverändert geblieben sind, enthalten die für Deutschland zentralen Kodifikationen aber nur rudimentäre Regelungen, deren kulturelle Legitimation sich zudem im Dunkel der Rechtsgeschichte zu verlieren droht. Der rasanten Entwicklung von Medizin, Biologie und Pharmazie der letzten Jahrzehnte wurde in Deutschland folglich durch eine Flut verstreuter Einzelheiten und dogmatischer Modelle begegnet. Das neue Zivilgesetzbuch der VR China enthält im 2. Kapitel des 4. Buches – Persönlichkeitsrechte – dagegen eine in sich geschlossene und gemessen am Standard der internationalen Diskussion moderne Regelung körperbezogener Rechtsfragen. Dies rechtfertigt die hier vollzogene Gegenüberstellung beider Rechtsordnungen.

## I. Körper und Recht als chinesisch-deutscher Rechtsvergleich

Zu den zentralen Fragen einer jeden Rechtsordnung gehört es, in welcher Weise sie den Menschen erfasst. Beschränkt auf die sich an die Körperlichkeit des Menschen anschließenden Probleme soll dem hier für das Zivilrecht Deutschlands und der VR China nachgegangen werden. Aus Sicht des deutschen Rechtsdogmatikers erscheint eine solche Gegenüberstellung sinnvoll, weil die für ihn in Betracht kommenden normativen Vorgaben als unübersichtlich, teilweise sogar als verwirrend erscheinen (1.), während das neue chinesische Recht eine knappe sowie zusammenhängende und damit übersichtlichere Regelung bietet (2.).

### 1. Die für Deutschland wichtigen Referenzrechtsordnungen

Das Angebot an rechtlichen Regelungen, die sich auf den Körper des Menschen beziehen, erscheint für Deutschland auf den ersten Blick überwältigend. Bei näherem Zusehen bleibt indessen nicht besonders viel übrig, wenn man sich auf diejenigen Normkomplexe beschränkt, die in der einen oder anderen Weise praktische Geltung beanspruchen. So erscheint die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen*<sup>2</sup> zu „soft“<sup>3</sup>, das heißt als nicht einmal völkerrechtlich bindendes Recht. Immerhin völkervertragsrechtlich verbindlich ist die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK)<sup>4</sup>. Aber schon deren innerstaatliche Bedeutung,

mehr noch ihr Verhältnis zur *Grundrechtecharta der Europäischen Union* (EU-GRCh)<sup>5</sup> sind derart intrikat,<sup>6</sup> dass wir uns unweigerlich in einem super- und supranationalen Netz verfangen würden, ohne zum Sachthema zu kommen.

Unverzichtbar hingegen ist für uns unser Grundgesetz (GG)<sup>7</sup>. Allerdings ist es recht dünn, seine Aussagen für unser Thema sind dementsprechend knapp. So heißt es in Art. 2 Abs. 2 GG lapidar: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden.“<sup>8</sup> Diese Gewährleistungen sind notwendige Bausteine unserer folgenden Analysen. Sie sind aber jedenfalls dann, wenn wir aus dem Gesetz etwas herauslesen und nichts in das Gesetz hineinlesen wollen, nicht hinreichend. Auch das viel dickere Bürgerliche Gesetzbuch (BGB<sup>9</sup>) hilft nicht entscheidend weiter, weil seine wenigen Aussagen fast ausnahmslos noch auf das 19. Jahrhundert zurückgehen. Immerhin erwähnt § 823 Abs. 1 BGB neben Leben, Körper und Freiheit auch die Gesundheit.<sup>10</sup> Außerdem wurde bei der Schuld-

November 1950 in Rom, von Deutschland ratifiziert am 5. Dezember 1952 (BGBl. II S. 685, 953) und in Kraft getreten am 3. September 1953.

<sup>5</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU 2000 Nr. C 364 S. 1, proklamiert am 7. Dezember 2000 in Nizza, angepasst am 12. Dezember 2007 (ABl. EU 2007 Nr. C 393 S. 1), in Kraft getreten am 1. Dezember 2009.

<sup>6</sup> Peter A. Windel, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Privatrecht, Juristische Rundschau (JR) 2011, S. 323–327.

<sup>7</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, in Kraft getreten am 24. Mai 1949. Diejenigen unserer Landesverfassungen, die einen eigenen Grundrechtskatalog aufweisen, lasse ich außer Betracht.

<sup>8</sup> Die Ergänzung durch Art. 104 GG betrifft justizielle Rechte bei Freiheitsentziehungen.

<sup>9</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738). Ursprüngliche Fassung vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195), in Kraft getreten am 1. Januar 1900.

<sup>10</sup> § 823 BGB Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich ver-

<sup>1</sup> Dr. iur. utr., Professor, Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht. Der Beitrag beruht auf einem Referat beim Online-Workshop „Rechte des Körpers“ der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Intangibles“ des Leipzig Lab an der Universität Leipzig am 19. und 20. März 2021.

<sup>2</sup> Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. GA/RES 217 A (III), verkündet am 10. Dezember 1948 in Paris.

<sup>3</sup> Zur schillernden Kategorie des soft law Knut Ipsen/Oliver Dörr, Völkerrecht, 7. Auflage (2018), § 21 Rn. 8 f. (S. 569 f.).

<sup>4</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series 005, unterzeichnet am 4.

rechtsmodernisierung der Jahre 2001/2002 die sexuelle Selbstbestimmung in § 253 Abs. 2 BGB einbezogen, der die Grundlage für die Gewährung sogenannten Schmerzensgeldes darstellt.

Natürlich lässt sich der deutsche Gesetzgeber nicht nachsagen, er bleibe bei der Regelung körperbezogener Rechtsfragen untätig. Vielmehr finden sich auf Bundes- wie auf Landesebene mindestens 21 einschlägige Regelwerke.<sup>11</sup> Das Gesamtbild der Rechtslage wird dadurch aber derart unübersichtlich, dass man unserem Gesetzgeber unter der Prämisse kaum das beste Zeugnis ausstellen kann, dass Recht auch die Funktion hat, die Lebenswirklichkeit einigermaßen fasslich abzubilden.

## 2. Das neue chinesische Zivilgesetzbuch

Gerade Letzteres hatte sich der chinesische Gesetzgeber zum Ziel gesetzt, als er auf der dritten Session des 13. Nationalen Volkskongresses am 28. Mai 2020 das *Mín Fǎ Diǎn* (Zivilgesetzbuch [chZGB])<sup>12</sup> verabschiedet hat, das zum 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist.<sup>13</sup> Das *Mín Fǎ Diǎn* ist in sieben Bücher gegliedert, wobei das vierte Buch ausschließlich den Persönlichkeitsrechten gewidmet ist.<sup>14</sup> In einem eigenen, dem zweiten Kapitel werden dort die Rechte auf Leben, am eigenen Körper und auf Gesundheit in zehn Paragrafen behandelt. Diesen überschaubaren Regelungskomplex im Folgenden ergänzend heranzuziehen, bietet sich deshalb an, weil das *Mín Fǎ Diǎn* zum einen systematisch stark an das deutsche Recht angelehnt ist, zum anderen aber thematisch vieles aufgreift, was international gegenwärtig zum Verhältnis von Körper und Recht diskutiert wird. Ob man dem neuen chinesischen Zivilgesetzbuch gleich zu seinem Inkrafttreten ein Denkmal setzen musste, wie es im eigens dafür angelegten Zivilrechtspark in Shenzhen geschehen ist, lasse ich freilich offen. Manche rechtstechnischen Mängel sind jedenfalls unübersehbar. Störend finde ich das nicht, ganz im

letzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

<sup>11</sup> Soweit hier einschlägig, sind sie unten im jeweiligen Zusammenhang angeführt.

<sup>12</sup> Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China (中华人民共和国民法典), verabschiedet am 28.5.2020, in Kraft seit 1.1.2021, deutsche Übersetzung in ZChinR 2020, S. 207 ff.

<sup>13</sup> Dazu WANG Liming, The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades, in: 14 Frontiers of Law in China 2019, S. 39–72; WANG Qiang, Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 42, 2020, S. 77–114; Harro von Senge, Vom Code Civil Napoleons zum Zivilgesetzbuch Xi Jinpings, Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR) 2020, S. 142–152; Rémy Cabrillac, Le Code civil chinois, Recueil Dalloz No. 24 2020, S. 1375–1379.

<sup>14</sup> Simon Werthwein, Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch, in: BU Yuanshi (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation (2019), S. 73–83; ZHANG Yuhui, Anmerkungen zum Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuchs, in: BU Yuanshi (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation (2019), S. 85–105; WANG Liming / XIONG Bingwan, Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology, Modern China, 23.12.2020, <<https://journals.sagepub.com/eprint/NMWKW6M3KIEIAYDWWJBM/full>> (abgerufen am 24.5.2022).

Gegenteil. Denn die Auslegung des *Mín Fǎ Diǎn* lässt ähnlich viel Spielraum für eigene Problemlösungsversuche wie der Kauf eines chinesischen Gartengrills mit maschinell übersetzter Gebrauchsanweisung.

## II. Der Mensch als Rechtsperson

### 1. Formaler Personalismus

Das BGB und das chZGB erfassen den Menschen übereinstimmend als natürliche Person. Zur Abgrenzung von den vor- und außerrechtlichen Implikationen des Begriffs der Person sollte genauer von der Rechtsperson gesprochen werden.<sup>15</sup> Die §§ 13 und 14 chZGB sind zwar etwas umständlicher formuliert als der elegante § 1 BGB, der schlicht besagt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ Das liegt aber wohl nur daran, dass das chinesische Recht die bei uns herrschende Auslegung des § 1 BGB in den Gesetzestext integriert hat, nämlich dass unter (Zivil-)<sup>16</sup>Rechtsfähigkeit für alle Menschen ausnahmslos gleiche Kapazität zu verstehen ist, Träger aller möglichen (zivilen) Rechte und (zivilen) Pflichten zu sein (Vollrechtsfähigkeit).

Personalismus im Sinne des BGB<sup>17</sup> und des chZGB ist in einem doppelten Sinne rein formal, nämlich erstens insoweit, als die Person ausschließlich als Subjekt im Sinne eines Zuordnungsendpunkts erscheint, und zweitens als die gedachten Rechte und Pflichten weder konkret zu bestehen brauchen noch inhaltlich irgendwie vorgeprägt („materialisiert“) sind. Das bezeichne ich als formalen (Rechts-)Personalismus. Durch einen harten Kontrast, (etwa) zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) von 1975 (ZGB DDR 1975<sup>18</sup>), dürfte das Gemeinte klarer hervortreten. Denn danach war „die Entwicklung der Bürger zu allseitig gebildeten sozialistischen Persönlichkeiten“ eine der wesentlichen Aufgaben der sozialistischen Gesellschaft, der auch das Zivilrecht der DDR diene (§ 1 Abs. 1 ZGB DDR 1975). Dies beeinflusste natürlich auch den Schutz von Leben, Gesundheit und Persönlichkeit der Bürger gem. § 4 ZGB DDR 1975.

### 2. Die Rechtsfähigkeit

Rechtsfähigkeit wird als Kapazität der Person von § 13 chZGB in Übereinstimmung mit unserer herrschenden Meinung als Trägerschaft von Rechten und Pflichten umschrieben. Daran will nicht recht einleuchten, dass Rechtsfähigkeit Pflichten zuweisen soll. Außerdem zeigt ein Blick auf die Binnenstruktur des Privatrechts

<sup>15</sup> Peter A. Windel, Ist der Mensch eine juristische Person?, in: Patrick Gödicke/ Horst Hammen/ Wolfgang Schur/ Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), Festschrift für Jan Schapp (2010), S. 537–553.

<sup>16</sup> Die Rechtsfähigkeit in anderen Rechtsgebieten bestimmt sich oft, aber keineswegs zwingend in Anlehnung an die zivilrechtliche Regelung.

<sup>17</sup> Peter A. Windel, Rechtsperson und Persönlichkeitsrecht, in: Klaus Pannen/ Susanne Riedemann/ Mark Zeuner (Hrsg.), Prozess als Wirklichkeit des Rechts, Festschrift für Stefan Smid (2022), S. 809 ff.

<sup>18</sup> Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975, faktisch aufgehoben durch den Einigungsvertrag vom 31. August 1990 (BGBl. II S. 889) mit Wirkung vom 2. Oktober 1990.

schnell, dass sich der Kreis der Rechtspositionen, die es zuzuordnen gilt, keineswegs in vollwertigen (subjektiven) Rechten und Pflichten erschöpft. Vielmehr finden sich<sup>19</sup> als positive Rechtspositionen „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ (§ 241 Abs. 2 BGB) innerhalb des eigenen Rechtskreises und Kompetenzen mit Bezug auf fremde Rechtskreise sowie als negative Rechtspositionen neben den echten Pflichten noch Obliegenheiten und Lasten. Die daran anknüpfenden Einzelfragen beruhen auf dem fundamentalen Streit<sup>20</sup>, ob das einzelne subjektive Recht oder ob das Rechtsverhältnis als rechtlich geregelter sektoraler Lebensausschnitt in der rechtsdogmatischen Konstruktion prävaliert. Für unsere Zwecke wäre es sicher nicht zwingend erforderlich, entscheiden zu wollen, ob vollwertige Rechte weitere Rechtspositionen und Rechtslagen anziehen und damit Rechtsverhältnisse bilden wie Sonnen ihre Planetensysteme (Prävalenz des subjektiven Rechts) oder ob die einzelnen subjektiven Rechte umgekehrt aufgrund ihrer besonderen Qualität aus einem an sich schon bestehenden Rechtsverhältnis herausragen wie die Gipfel aus einem Gebirgsmassiv. Aber man sollte doch von Rechtsfähigkeit nicht nur als Trägerschaft von Rechten und Pflichten handeln, sondern auch als Kapazität, in Rechtsverhältnissen stehen zu können. Es bedarf nicht der Bemerkung, dass mir das treffender erscheint.

### 3. Das Rechtsverhältnis

Freilich, auch der Begriff des Rechtsverhältnisses ist mehrdeutig. In einem allgemeineren Sinne beschreibt er das Verhältnis der wechselseitigen Anerkennung, das den ethischen Personalismus im Kern ausmacht. Bei *Fichte* bildet das so verstandene Rechtsverhältnis die Grundlage seines Naturrechts<sup>21</sup>, womit es spiegelbildlich vielleicht auch zur Legitimation<sup>22</sup> einer nach dem formalen Rechtspersonalismus strukturierten Rechts- und Staatsordnung herangezogen werden könnte.

Für den hier gegebenen Zusammenhang reicht es aber aus, beim bereits angesprochenen engeren Verständnis vom Rechtsverhältnis als einer sektoralen Lebensordnung zu bleiben. In diesem Sinne sprechen wir von einem rechtlich bestimmten Verhältnis,<sup>23</sup> das zwischen Subjekten entweder unmittelbar oder im Hinblick auf Objekte besteht. Im Privatrecht schlagen sich diese Regelungen in den uns schon bekannten Rechtspositionen und Rechtslagen nieder, die den Beteiligten zugewiesen werden. Diesen gilt es jetzt themenbezogen nachzuspüren.

<sup>19</sup> Neben weiteren „Rechtslagen“.

<sup>20</sup> Peter A. Windel, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts, STAAT 37, 1998, 394–398.

<sup>21</sup> Dazu Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis* (1992).

<sup>22</sup> Überkomplex und damit ohne Frucht scheint es dagegen, den Staat selbst als Rechtsverhältnis beschreiben zu wollen, Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. (1921), S. 167–169.

<sup>23</sup> Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. (1906, Nachdruck 1963), bearbeitet von Theodor Kipp, Band I, § 37a, S. 135 f.

## III. Körperlichkeit und Recht

### 1. Zugangsschwierigkeiten

Trotz unserer Vorüberlegungen bleibt der präzise Zugriff auf das Kernthema schwierig. Denn die Rechtsordnung nimmt den Körper zunächst nicht als solchen, sondern nur als Erscheinung der Person in den Blick. Zwar liegt im Verhältnis von Körper und Recht ein immer wiederkehrendes juristisches Thema; die Beschäftigung damit wurde indes von Vergessen oder – schärfer – Verlust geprägt. Darauf zu zwei Exempeln:

Im Tagungsband *Körper und Recht* beschreibt Wolfgang Schild als Strafrechtshistoriker<sup>24</sup> eindrücklich die Schwierigkeiten für uns Heutige, einen Zugang zu mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Quellen zu finden, eben weil „Leiblichkeit“, wie sie damals empfunden worden sein mag, in unserer Zeit weder „sinnlich erfahrbar“ noch „nachzuleben“ sei.<sup>25</sup> Und Karl Gareis leitet 1900 einen Festschriftenbeitrag über *Das Recht am menschlichen Körper* mit einem Auszug aus dem Spottgedicht *Die Philosophen* ein:

„Rechtsfrage.  
Jahre lang schon bedien' ich mich meiner Nase zum Riechen:  
Hab' ich denn wirklich an sie ein erweisliches Recht?

Pufendorf.  
Ein bedencklicher Fall: Doch die erste Possession scheint  
Für dich zu sprechen, und so brauche sie immerhin fort.“<sup>26</sup>

Gareis fährt danach fort: „Was unser Schiller mit den hier vorangestellten Versen meinte, welche Philosophen und Juristen er mit der ironischen Frage und Antwort treffen wollte, weiß man.“<sup>27</sup>

Sogar den meisten zeitgenössischen deutschen Juristen, jedenfalls mir, dürfte der bildungsbürgerliche Hintergrund eines Karl Gareis ebenso fehlen wie die Empathie eines Wolfgang Schild, der sich offenbar wenigstens ansatzweise in die längst vergangene Welt der germanischen Thinggenossenschaft<sup>28</sup> zurückfühlen kann. Dies belegt, dass gerade das Verhältnis von Körper und Recht in jeder kulturellen Epoche neu erlebt wird und damit auch immer wieder neu bestimmt werden muss.

Die darin begründete Diskontinuität der juristischen Begrifflichkeiten wird noch deutlicher, wenn man die Dogmengeschichte der elementaren Rechtsgarantien des *Habeas Corpus* verfolgt, wie wir sie gemeinhin in Art. 2 Abs. 2 GG verankert sehen. Denn weder in der

<sup>24</sup> Eine vergleichbare Entwicklung hat sich im Vollstreckungsrecht durch den Übergang von der Personal- zur Vermögenshaftung vollzogen, dazu Fritz Baur/Rolf Stürner/Rudolf Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 13. Aufl. (2006), Rn. 3.2, 3.9, 3.26.

<sup>25</sup> Wolfgang Schild, *Recht und Körperlichkeit*, in: Ludger Schwarte/Christoph Wulf (Hrsg.), *Körper und Recht* (2003), S. 129, 140.

<sup>26</sup> Friedrich Schiller, *Xenien*, Schiller-Archiv, <<https://www.friedrich-schiller-archiv.de/gedichte-schillers/xenien/die-philosophen/>> (abgerufen am 19.5.2022).

<sup>27</sup> Karl Gareis, *Das Recht am menschlichen Körper*, in: Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer (1900), S. 59, 61.

<sup>28</sup> Dazu grundlegend Jürgen Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*, 2 Teilbände = Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, Band 15 (1985).

Habeas Corpus Akte von König Karl II. (1679)<sup>29</sup> noch im ihr zugrunde liegenden Art. 39 der *Magna Carta Libertatum* des Königs Johann Ohneland (1215) ist von „Rechten“ die Rede. Auch *Günter Dürig* kommt in seiner schönen Erläuterung des GG von 1958 einleitend ohne den Rechtsbegriff aus: „Im Wertsystem der Grundrechte stellen die in Art. 2 II genannten Werte ‚Leben‘, ‚körperliche Unversehrtheit‘ und ‚Freiheit der Person‘ (worunter die Bewegungsfreiheit im räumlich-körperlichen Sinne zu verstehen ist) Teilwerte im Verhältnis zum allgemeinen Wert der menschlichen Freiheit (Art. 2 I) dar. Abs. II schützt die biologisch-natürlichen Wertvoraussetzungen für die im Grundrechtskatalog genannten geistigen, ideellen, kulturellen und (nicht zuletzt) wirtschaftlichen Wertverwirklichungsmöglichkeiten des Grundrechtsträgers. Anknüpfungspunkt des Art. 2 II ist der menschliche Körper. Es geht um jene drei naturalen Werte der Körperlichkeit: das körperliche ‚Dasein‘ (‚Leben‘ i. S. von Art. 2 II Satz 1); das körperliche ‚Sobeschaffensein‘ (‚körperliche Unversehrtheit‘ i. S. von Art. 2 II Satz 1); das körperlich-räumliche ‚Bewegungsfreiein‘ (‚Freiheit der Person‘ i. S. von Art. 2 II Satz 2).“<sup>30</sup>

Diese feine Zurückhaltung von *Dürig* konnte in der weiteren Entwicklung allerdings die für die deutsche Verfassungslehre heute leider kennzeichnende Ersetzung der klassischen juristischen Rechtsfindungsmethode durch eine der Wertphilosophie entlehnte Abwägungslehre nicht aufhalten.<sup>31</sup> Gleichsam am anderen Ende der terminologischen Skala steht in der zivilistischen Dogmatik eine Inflation von Begriffen, um das Verhältnis von Person und Körper zu erfassen. Der schon erwähnte *Karl Gareis* bringt es gleich auf fünf, wobei er das Definiendum – Persönlichkeitsrecht – zudem noch in das Definiens packt:

„Die Kategorie der Persönlichkeitsrechte ist [...] als Kategorie allerdings ein Produkt der Rechtswissenschaft, aber sie ist doch kein willkürlich Erfundenes, das der gesetzlichen Grundlage entbehrt! Wie immer und überall, so schafft auch hier die Wissenschaft ihre Sätze und ‚Gesetze‘ nicht willkürlich, sondern nur auf der Grundlage des ihr gegebenen Stoffes, hier also auf der Grundlage der gesetzlichen (oder gewohnheitsrechtlichen) Vorschriften; und nur soweit diese Vorschriften diejenigen Lebensgüter (Beziehungen, Interessen), die wir als den Gegenstand von Persönlichkeitsrechten bezeichnen, als Rechtsgüter anerkennen, reicht die Kategorie der Persönlichkeitsrechte.“<sup>32</sup>

Auf beiden Wegen, dem der wertphilosophischen Umdeutung des Gesetzes und dem der zivilrechtlichen Begriffsinflation, kommen wir ersichtlich nicht weiter;

<sup>29</sup> Im „Habeas (sic!) Corpus Act (1640/1641)“ sind „Rights and Privileges“ und „Mens Rights and Estates“ zwar je ein Mal erwähnt, aber nicht als Garantien Karls des I., sondern im Rahmen einer Bestandsaufnahme früherer königlicher Kapitulationen (vor II.).

<sup>30</sup> *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Grundgesetz-Kommentar (1958), Art. 2 Abs. II Rn. 1.

<sup>31</sup> Darüber *Peter A. Windel*, Über Privatrecht (Fn. 20), S. 386–389 (dort S. 386 und 389 speziell zu *Dürig*, der dies selbst eher skeptisch beurteilt hat); *ders.*, *OMG – German Legal Dogmatics*, Bd. 8 der Reihe *Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht* (2020), S.11, 21–23.

<sup>32</sup> *Karl Gareis*, Das Recht am menschlichen Körper (Fn. 27), S. 59, 85.

vielmehr müssen wir die thematischen Einzelfragen mit der jeweils passenden rechtsdogmatischen Begrifflichkeit präziser einzufangen versuchen.<sup>33</sup> Dies soll hier in drei Schritten geschehen, nämlich beginnend mit der Integrität des Körpers (2.) über Verfügungen über den Körper (3.) bis zu Verpflichtungen zu körperbezogenen Diensten (4.).

## 2. Integrität des Körpers

Die Integrität des Körpers und die Bewegungsfreiheit sind in der klassischen Terminologie des deutschen Zivilrechts als Rechtsgüter, nicht als subjektive Rechte geschützt.<sup>34</sup> Sofern man stattdessen doch den Begriff des Rechts verwenden will, empfiehlt sich ein erklärender Zusatz: So handelt § 1003 chZGB vom Recht am Körper und in der Grundrechtsdogmatik ist vom Abwehrrecht die Rede.<sup>35</sup> Klarer bringt es hingegen aber wohl der von *Georg Jellinek* herausgearbeitete *status negativus*<sup>36</sup> zum Ausdruck.

Die Ausgestaltung des Integritätsschutzes kann von der schlichten Haftung für eingetretene Verletzungen (§ 823 BGB; § 1011 chZGB) über die Abwehr konkreter Gefährdungen (entsprechend § 1004 BGB sowie vorausgesetzt in § 323c Strafgesetzbuch [StGB<sup>37</sup>]; § 1005 chZGB) bis hin zu Maßnahmen der Prävention reichen, die Übergriffe bereits im Vorfeld verhindern sollen (§ 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [AGG<sup>38</sup>], § 4 Behindertengleichstellungsgesetz [BGG<sup>39</sup>]; § 1010 chZGB).

Über den bloßen Integritätsschutz hinaus gehen Garantien auf Leben, körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 EU-GRCh) sowie Gesundheit (§§ 1002, 1004 chZGB). Hier wird zusätzlich ein *status positivus*<sup>40</sup> gewährt, der Leistungsansprüche zur Folge hat, die von Krankenbehandlung über Assistenz bei Behinderungen bis hin zu Sozialleistungen zur Gewährung eines würdegemäßen Lebensstandards reichen (können). Unserer Tradition nach ist dieser Bereich dem Sozialrecht als Teil des öffentlichen Rechts zugeordnet. Daher erstaunt seine deutliche Adressierung im chZGB. Sofern es sich dabei nicht um ein schlichtes Versehen handeln sollte, könnte dies entweder damit

<sup>33</sup> Eindringlich eingefordert schon von *Walther Schönfeld*, Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts, in: *Otto Schreiber* (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. II (1929), S. 191, 214–217.

<sup>34</sup> *Andreas von Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I (1910/1957), § 6 V (S. 149–154), Bd. II/2 (1918/1957), § 88 II (S. 458–459).

<sup>35</sup> *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, *Grundrechte. Staatsrecht II* (2020), Rn. 118–132.

<sup>36</sup> *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), S. 89–108; zusammenfassend *ders.*, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 22), S. 416–421.

<sup>37</sup> Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), ursprüngliche Fassung vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127).

<sup>38</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 13. August 2006 (BGBl. I S. 1897, 1910).

<sup>39</sup> Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468).

<sup>40</sup> *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Fn. 36), S. 109–129.

zusammenhängen, dass das System der sozialen Sicherheit in China noch im Aufbau begriffen ist, wobei man sich möglicherweise die Option einer (teilweise) privatrechtlichen Ausgestaltung offenhalten wollte. Vielleicht beruhen die Anklänge an den status positivus im Mǐn Fǎ Diǎn aber auch schlicht darauf, dass man dem Zivilrecht als Infrastruktur des wirtschaftlichen Aufschwungs in China ganz allgemein einen größeren Nutzen für den Einzelnen zutraut, als dies (mittlerweile) bei uns der Fall ist.

### 3. Verfügungen über den Körper

Verfügungen über den Körper als Ganzen können erst nach dem Tode wirksam werden; antizipierte Dispositionen stehen daher neben solchen, die von anderen erst nach dem Ableben der betroffenen Person getroffen werden (§§ 3, 4 Transplantationsgesetz [TPG<sup>41</sup>]; §§ 1006, 1007 chZGB). Der Leichnam ist aus Sicht der Überlebenden in jedem Falle Objekt, das einer spezifischen rechtlichen Behandlung bedarf. Ich würde einfach von einer Sache ausgehen,<sup>42</sup> konkurrierende Modelle<sup>43</sup> (Rückstand der Persönlichkeit, Gegenstand von Pietät und Leichenruhe, Sache besonderer Art wie „eigentumsfrei“ oder „dem Verkehr entzogen“) bringen nicht mehr zum Ausdruck als das bereits gefundene oder stillschweigend vorausgesetzte Ergebnis der erforderlichen näheren Qualifikation.

Verfügungen über Zellen, Organe und Gewebe als Teile des Körpers einer lebenden Person (§§ 8–8c TPG; in §§ 1006, 1007 chZGB mitgeregelt) setzen zunächst die Einwilligung in den in der Trennung liegenden Eingriff in die Integrität des Körpers voraus. Außerdem muss wie beim Leichnam die besondere Qualität des vom Körper getrennten Teils als Rechtsobjekt Berücksichtigung finden.

Rechtsdogmatisch folgt aus alldem dreierlei: Erstens haben wir erst hier den Schritt vom Rechtsgut zum (absoluten) subjektiven Recht vollzogen, wenn es nicht anders richtig ist, dass ein solches ein (untechnisches) „Haben“ zum Ausdruck bringen soll. Denn „haben“ kann man nur etwas (ein Objekt), das man auch nicht haben kann.<sup>44</sup> Zweitens legitimiert dieses „Haben“ aufgrund der besonderen Qualität des zuzuordnenden Gegenstands von vornherein keine schrankenlose Disposition wie über das Eigentum an einer vertretbaren Sache. Dies schlägt drittens auf die Verpflichtung zu einer Übertragung des Körpers oder seiner Teile durch. Nicht von ungefähr darf sie weder in Europa noch in China zu kommerziellen Zwecken erfolgen (Art. 3 Abs. 2 lit. c EuGRCh; § 1007 chZGB) und muss darüber hinaus nach meinem Dafürhalten frei widerrechtlich bleiben.

<sup>41</sup> Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), ursprüngliche Fassung vom 5. November 1997 (BGBl. I S. 2631).

<sup>42</sup> Zum Rechtsobjekt *Peter A. Windel*, *OMG* (Fn. 31), S. 57–74.

<sup>43</sup> Zum Streitstand *Robert Korves*, *Eigentumsunfähige Sachen?* (2014), S. 96–98.

<sup>44</sup> *Walther Schönfeld*, *Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts* (Fn. 33), S. 246–247.

### 4. Verpflichtungen zu körperbezogenen Diensten

Etwas anders als Dispositionen über den Körper oder seine Teile als Rechtsobjekte gelagert sind Konstellationen, bei denen Dienste mit gesteigertem Körperbezug versprochen werden.<sup>45</sup> Hier fehlt die dort mit dem Verfügungsobjekt gegebene Begrenzung der an sich schrankenlosen Freiheit zu vertraglicher Bindung. Deshalb drängen sich hier Verbote oder doch spezielle Regulierungen auf. Ersteres ist in Deutschland für die Leihmutterchaft geschehen (§ 1 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 6 ESchG<sup>46</sup>; § 1591 BGB<sup>47</sup>), Letzteres für die grundsätzlich legalisierte<sup>48</sup> Prostitution.<sup>49</sup>

Für andere Fälle, etwa die Verpflichtung zur Teilnahme an klinischen Experimenten, die § 1008 chZGB regelt, liegt ein dort nicht explizit vorgesehener Rückgriff auf Ethik, Moral und die Sittenordnung (vgl. § 1009 a. E. chZGB) zumindest nahe. In weiterer Konsequenz sollen diese eigentlich außerrechtlichen Maßstäbe durch Ethikkommissionen bzw. -ausschüsse in die Entscheidungsfindung eingebracht werden (§§ 40 Abs. 1 Satz 2; 42 Arzneimittelgesetz [AMG<sup>50</sup>], § 1008 Satz 1 chZGB). Jedenfalls enthalten sich beide Referenzrechtsordnungen hier sowohl in materieller wie in organisatorischer Hinsicht einer abschließenden juristischen Regelung und weisen gleichsam über sich hinaus. Haben wir als Juristen hier endlich einen Ausgang aus dem Labyrinth unserer Rechtsdogmatik gefunden?

### IV. Fazit: Gefangen im Körper – gefangen im Recht

Leider liegen die Dinge so einfach nicht. Denn zwar lassen sich die gesetzliche und die sittlich-moralische Perspektive unterscheiden. Ebenso sicher können diese unterschiedlichen Perspektiven oft auch zu unterschiedlichen, manchmal zu geradezu gegenläufigen Lösungsvorschlägen führen. Aber in ihrem endlosen Kampf haben sich Gesetz und sittliche Regel ineinander verschlungen. Auch dies gilt im Grundsatz sowohl für unsere wie für die chinesische Referenzrechtsordnung:

In China stehen sich Fǎ (法), das positive Gesetz, und Lǐ (礼), die sittliche Regel oder – vielleicht sogar treffender – Tugend, zwar an sich gegenüber; die

<sup>45</sup> Diese Differenzierung ist bei *Peter A. Windel*, *Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung*, in: Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich E. Schnapp* (2008), S. 859–871 noch übersehen.

<sup>46</sup> Gesetz zum Schutz der Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) vom 13.12.1990, BGBl. I S. 2746, zuletzt geändert durch Art. 1 Präimplantationsdiagnostikgesetz vom 21.11.2011, BGBl. I S. 2228.

<sup>47</sup> Die rechtlichen Probleme sind dadurch nicht gelöst, weil es zu Leihmutterchaften im Ausland kommt. Dazu *Münchener Kommentar zum BGB/Wellenhofer*, Band 10, 8. Auflage (2020), § 1591 Rn. 16 ff.

<sup>48</sup> Die Legalisierung erfolgte endgültig durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG) vom 20.12.2001, BGBl. I S. 3983.

<sup>49</sup> Durch das geradezu paternalistische Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (Prostituiertenschutzgesetz – ProstSchG) vom 21.10.2016, BGBl. I S. 2372.

<sup>50</sup> Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), ursprüngliche Fassung vom 16. Mai 1961 (BGBl. I S. 533).

Rechtstradition stützt sich aber seit jeher durchaus auf beide Pfeiler.<sup>51</sup> Ebenso rekuriert das Recht in Deutschland keineswegs nur an scheinbar abseits gelegenen Stellen wie dem Transplantationsgesetz, sondern auch in ganz zentralen Kodifikationen auf „das Sittengesetz“ (Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. „die guten Sitten“ (§§ 138, 826 BGB). Hochumstritten ist dabei nicht nur, wie weit diese Bezugnahmen konkret reichen,<sup>52</sup> sondern bereits, ob sie überhaupt zugänglich sind.<sup>53</sup>

Die Bedenken liegen primär keineswegs auf inhaltlicher Ebene. Es geht nicht darum, ob Gesetz, Sitte oder Moral in concreto die angemessenere, richtigere oder gar gerechtere Lösung vorschlagen. Vielmehr sind die Bedenken vordergründig eher rechtstechnischer, nämlich staatsorganisationsrechtlicher Natur: In dem Maße, in dem das positive Gesetz materiell zurückgedrängt wird, schwindet die Rechtsetzungskompetenz der Parlamente; in dem Maße, in dem Ethikkommissionen<sup>54</sup> entscheiden, werden die Rechtspflegeorgane aus der Verantwortung entlassen. Im Kern geht es damit um die Struktur der staatlichen Herrschaft überhaupt.

Natürlich könnten Juristen nicht auf gesellschaftliche Akzeptanz zählen, wenn sie sich (wieder einmal) vom Rechtspositivismus auf platten Gesetzespositivismus zurückziehen wollten. Juristen müssen sich folglich zumindest vorläufig ganz positivistisch damit abfinden, dass die zitierten Vorschriften in materieller wie organisatorischer Hinsicht über das Gesetzesrecht hinausweisen. In materieller Hinsicht haben wir mit dem „Sittengesetz“, den „guten Sitten“ sowie „Ethik, Moral und öffentlichem Interesse“ (§ 1009 chZGB) dann zwar keine Rechtsbegriffe mehr vor uns. Aber es bleiben doch Juristenbegriffe, solange die Gesetze, in denen die Verweisungen enthalten sind, von Juristen angewendet werden. So wird seit Reichsgerichts Zeiten die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ als Maßstab für den Begriff der „guten Sitten“ psalmodiert.<sup>55</sup> Solcherlei rein juristisches verbildetes Welt- und Vorverständnis wird zwar gesprengt, wenn Ethikkommissionen in konkrete Entscheidungsprozesse eingebunden werden,<sup>56</sup> an denen Vertreter verschiedener Disziplinen mitwirken, selbst wenn dazu auch Rechtswissenschaftler gehören. Ob die dort ablaufenden Diskurse letztlich die Lösung besonders schwieriger gesellschaftlicher Fragen fördern oder vielmehr zur Erosion der rechtlichen Ordnung führen werden, lässt sich derzeit aber noch nicht abschließend beurteilen.

<sup>51</sup> Dazu *Christina Eberl-Borges*, Einführung in das chinesische Recht (2018), Rn. 7–29.

<sup>52</sup> Zum Problem *Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 46 Rn. 1, 7–17.

<sup>53</sup> Zum Problem *Udo di Fabio*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bearbeitung August 2020, Art. 2 Abs. 1, Rn. 45–46.

<sup>54</sup> *Erwin Deutsch*, Entstehung und Funktion der Ethikkommission in Europa, *Medizinrecht (MedR)* 2008, S. 650–654; *Hans-Dieter Lippert*, Ethikkommissionen unter dem Regime der EU-Verordnungen, *Versicherungsrecht (VersR)* 2017, S. 793–798; *Wolfgang A. Rehm*, *Arzneimittelgesetz*, 5. Aufl. (2020), § 40 Rn. 3, 4.

<sup>55</sup> Reichsgericht, Urteil vom 11. April 1901, Rep. VI 443/00, RGZ 48, 114, 124; zuletzt Bundesgerichtshof, Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20, juris, Rn. 12.

<sup>56</sup> Für den Deutschen Ethikrat (eingesetzt durch das Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrates [Ethikratgesetz – EthRG] vom 16. Juli 2007, BGBl. I, 1385) trifft dies nicht zu, vgl. § 2 EthRG und dazu Begründung RegE, BT-Drs. 16/2856.

\* \* \*

### *The law only regards corporeal persons as human beings*

*The special status generally bestowed upon the human body has long had a legal dimension as well. And the specifically legal issues remained constant for a long time, which probably explains why Germany's Basic Law and Civil Code contain no more than rudimentary regulations. Since the cultural justifications behind these rules are all but lost the darkness of legal history, the challenges posed by rapid developments in medicine, biology, and pharmacology in recent decades have been met in Germany with a profusion of scattered clauses and doctrines, leaving the main codifications unchanged. This is in stark contrast to the People's Republic of China's new Civil Code, which, in the second chapter of Book 4, on personality rights, provides a unified – and by international standards, modern – set of rules to address legal issues pertaining to the body. The differences between the regulatory models now in place in either country warrant the present comparison.*