zu bringen und eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen⁹⁹. Vorliegend fehlt es bereits an einer Regelungslücke – und dass die anerkannten Auslegungsmethoden das vom BSG gewonnene Ergebnis nicht tragen, wurde ausführlich dargelegt¹⁰⁰. Das gesetzgeberische Regelungskonzept ist auch unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 2 GG gut vertretbar – und es ist zu respektieren¹⁰¹.

Es bleibt fast zu wünschen, dass der Gesetzgeber sich – spätestens nach dem Ende der Covid-19-Pandemie – zu einer weiteren „Klarstellung“ genötigt sieht und dem Einsatz

innovativer Medizin im stationären Sektor endlich zu der Durchschlagskraft verhilft, die sie von Beginn an haben sollte.

99) BVerfGE 132, 99, Rdnr. 75.

100) Das das BVerfG mit Blick auf die Grenzen der Rechtsfortbildung als Kontrollinstanz an Bedeutung zu verlieren scheint, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt (*Felix*, NZS 2019, 646, 650). Insofern bedarf es wohl erneuter Korrekturen durch den Gesetzgeber.

101) Zum Bild des Richters insoweit *Flint*, NZS 2016, 81, 82: Richter sprechen „kein eigenes Recht“.

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-6076-7>

Die postmortale Weiterverwendung von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken

Tade M. Spranger, Martin Böse, Scarlett Jansen, Hans-Ullrich Paeffgen und Torsten Verrel

I. Einleitung

Der Forschung an bzw. mit humanbiologischem Material kommt in der biomedizinischen Landschaft eine zentrale Rolle zu. Die zunehmende Etablierung zentraler Biobankstrukturen auch bei vielen Universitätskliniken hat insoweit dazu geführt, dass sich „Materialengpässe“, wie sie in der Vergangenheit regelmäßiger zu beobachten waren, mittlerweile deutlich seltener zeigen. Gleichwohl ist die Weiterverwendung von Körpersubstanzen, die in der Vergangenheit zu teils gänzlich anderen Zwecken gewonnen wurden, nach wie vor von Relevanz. Eine besondere Grauzone wird hierbei dann betreten, wenn der Materialspender zwischenzeitlich verstorben ist. Die Praxis bezieht sich beim Umgang mit diesen Substanzen vornehmlich auf die durch die Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer (ZEKO) vorgelegte Stellungnahme „Die (Weiter-)Verwendung von menschlichen Körpermaterialien für Zwecke medizinischer Forschung“¹, deren Grundsätze in einer ersten Ergänzung auch auf die Verwendung von Körpermaterialien Verstorbener Anwendung finden sollen².

Die Stellungnahme und ihre Ergänzung stellen zweifellos einen Beleg für die bioethischen Diskurse dar, die die Thematik prägen. Zudem werden einige wichtige rechtliche Rahmenbedingungen (wie etwa die Beachtlichkeit des

Willens des Verstorbenen) zu Recht betont. Gleichwohl finden sich unter rechtlichen Gesichtspunkten auch Unzulänglichkeiten, die in der Praxis bislang nur unzureichend reflektiert werden. Angesichts der weit verbreiteten Tendenz, Richtlinien der Bundesärztekammer oder Stellungnahmen der ZEKO mit Parlamentsgesetzen gleichzusetzen, bedarf es insoweit einiger Klarstellungen unter rechtlichen Gesichtspunkten.

II. Zentrale Inhalte der ZEKO-Stellungnahme

Die erste Ergänzung zur Stellungnahme der ZEKO unterstreicht zunächst einmal die spezialgesetzlichen und damit vorrangig zu beachtenden „Verfügungen für eine Autopsie“³ und betont im Folgenden den basalen Charakter des „Einverständnisses zur weiteren Verwendung von Körpermaterialien“, das primär beim Betroffenen, ersatzweise aber auch „von den Angehörigen einzuholen“ ist, wobei die „Angehörigen (...) nach mutmaßlichem Willen des Verstorbenen entscheiden (sollten). Eventuell vom Verstorbenen zu Lebzeiten gegebene Eingrenzungen der Verwendung sind grundsätzlich zu beachten.“⁴ Sodann wird aber davon ausgegangen, dass es unter Beachtung spezifischer Voraussetzungen keiner Einwilligung des Betroffenen oder seiner Angehörigen bedarf. In Nr. 3 und 4 der ersten Ergänzung heißt es insoweit:

„Die Abwägung zwischen Forschungsziel und persönlichen Belangen des Verstorbenen oder Dritter kann auch bei der Verwendung von Körpermaterialien Verstorbener ausnahmsweise zu dem Ergebnis führen, dass eine Verletzung der Interessen des Verstorbenen oder Dritter nicht gegeben und damit eine individuelle Einwilligung von Rechts wegen nicht erforderlich ist. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn sämtliche folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Tade M. Spranger,
Centre for the Law of Life Sciences,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

Prof. Dr. iur. Martin Böse,
Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

PD. Dr. iur. Scarlett Jansen,
Kriminologisches Seminar und Institut für Medizinstrafrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

Prof. Dr. iur. Torsten Verrel,
Kriminologisches Seminar und Institut für Medizinstrafrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

Prof. Dr. iur. Hans-Ullrich Paeffgen,
Institut für Strafrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

1) Stellungnahme v. 20.2.2003, abrufbar unter <https://www.zentrale-ethikkommission.de/stellungnahmen/koerpermaterialien/> (24.6.2021), DÄBl. 2003, A1632.

2) Die (Weiter-)Verwendung von menschlichen Körpermaterialien von Verstorbenen für Zwecke medizinischer Forschung, DÄBl. 2003, A2251.

3) Nr. 1 der ersten Ergänzung.

4) Nr. 2 der ersten Ergänzung; s. auch mit Blick auf noch lebende Personen Nr. 3 und Nr. 7 der Stellungnahme.

- Das Material wird nicht mehr zur Klärung des Todesfalls benötigt,
 - es wird anonymisiert vorgegangen,
 - es werden keine individualisierenden Genuntersuchungen vorgenommen,
 - es werden voraussichtlich keine Forschungsergebnisse erarbeitet, die für Familienangehörige von individuellem Belang sein werden,
 - es werden keine ethisch umstrittenen Forschungsziele verfolgt,
 - es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene die Forschung zu Lebzeiten abgelehnt hat, und
 - die Einwilligung der Angehörigen kann nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand eingeholt werden.
4. Im Interesse einer Wahrung der Belange des Verstorbenen und seiner Angehörigen, im Interesse des Forschers sowie im Interesse der Wahrung des Vertrauens in die Forschung sollte sich der Forscher von einer Ethikkommission beraten lassen (und sollten sich die Ethikkommissionen für zuständig erklären). Dabei mag es sich innerhalb der Ethikkommission u. U. anbieten, je nach Bedeutung des Vorhabens ein unterschiedlich intensives Verfahren vorzusehen.⁴⁵

III. Kritische Würdigung

1. Zur Vielschichtigkeit der Materie

Die postmortale Nutzung von Körpermaterialien kann sich einerseits auf die Konstellation beziehen, dass der Verstorbene zu Lebzeiten in bestimmte Forschungstätigkeiten eingewilligt hatte und der Kreis der wissenschaftlichen Fragestellungen nunmehr postmortal erweitert werden soll (1); andererseits ist es möglich, dass keine lebzeitliche Äußerung des Verstorbenen vorliegt, aber zu Lebzeiten entnommenes Material postmortal genutzt werden soll (2). Zudem kommt die Option in Betracht, dass die erstmalige Materialentnahme überhaupt erst postmortal erfolgen soll (3). Schließlich könnte Körpermaterial postmortal zu anderen Zwecken, beispielsweise zur Strafverfolgung, entnommen worden sein und sich daraufhin die Frage stellen, ob man überschüssiges Material zu Forschungszwecken nutzen darf (4).

Während im erstgenannten Fall je nach Lage des Einzelfalls wenigstens basale Anhaltspunkte vorliegen könnten, die für die Aktivierung einer sogenannten „mutmaßlichen Einwilligung“ fruchtbar gemacht werden könnten, scheidet ein solches Vorgehen bei Konstellation zwei bis vier kategorisch aus. Zwischen der zweiten und der dritten bzw. vierten Fallgestaltung zeigen sich ferner nennenswerte, im Folgenden näher behandelte Unterschiede in Bezug auf die durch den Eingriff betroffenen Rechtsgüter. Die Stellungnahme der ZEKO und ihre erste Ergänzung versäumen es leider, diese rechtlich relevanten Unterschiede abzubilden und sollte daher entsprechend nachjustiert werden.

Die Vielschichtigkeit der Thematik spiegelt sich aber nicht nur in den denkbaren praktischen Konstellationen, sondern auch in den von einer Weiterverwendung betroffenen rechtlichen Vorgaben wider. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist bei jeder Regelung der Problematik die postmortal fortgeltende Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG⁶ ebenso zu beachten wie das als eigenständiges Grundrecht anerkannte⁷ Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG. Beide Rechtspositionen sind mit den gleichermaßen verfassungsrechtlich über Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Interessen des Forschers in Einklang zu bringen, sofern und soweit dies möglich ist. Zivilrechtlich betrachtet sind die entsprechenden Körpersubstanzen

entweder im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsvertrages nach §§ 630a ff. BGB oder aber im Kontext eines sogenannten Probandenvertrages erlangt worden, dessen rechtliche Existenz mittlerweile nicht mehr ernsthaft bestritten wird⁸. Dies hat wiederum zur Folge, dass sich formularmäßige lebenszeitliche Erklärungen des Betroffenen am Maßstab des AGB-Rechts⁹ messen lassen müssen. Darüber hinaus stellt sich für den Fall einer fehlenden lebenszeitlichen Erklärung des Verstorbenen die ebenfalls zivilrechtlich determinierte Frage, wer für die Erteilung einer entsprechenden Einwilligung verantwortlich zeichnet. Unter strafrechtlichen Gesichtspunkten ist schließlich zu bedenken, dass die teils recht komplexen Auseinandersetzungen zur Figur des (Mit-) Gewahrsamsinhabers zu einer Befassung mit § 168 StGB zwingen, da die „Störung der Totenruhe“ in einer Tatbestandsvariante auch die Wegnahme von Teilen des Körpers eines verstorbenen Menschen aus dem Gewahrsam des Berechtigten erfasst¹⁰. Darüber hinaus ist mit Blick auf § 203 StGB zu bedenken, dass je nachdem, welche Informationen mit den Materialien verbunden sind, auch eine Verletzung von Privatheimnissen gegeben sein kann. Bereits diese kurze Aufzählung macht deutlich, dass die knappe Einschätzung der ZEKO, wonach in bestimmten Fällen „eine individuelle Einwilligung von Rechts wegen nicht erforderlich“ ist, weiterer Untermauerung bedarf.

2. Zur rechtlich gebotenen Handhabung

Unterzieht man die Konstellation einer Weiterverwendung von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken der gebotenen umfassenden Betrachtung, so zeigen sich die folgenden Rahmenbedingungen:

a) Einwilligung durch den Betroffenen

Nicht im Sinne von § 305c BGB überraschende, dem Berechtigten also zumindest in wesentlichen Grundzügen bekanntgegebene Klauseln zur wissenschaftlichen Weiterverwendung von Körpermaterial sind mit der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB in Einklang zu bringen, wenn es sich 1. um „Abfallprodukte“ handelt, 2. die Ausforschung anonymisiert erfolgt, und 3. das Material nicht außerhalb der Behandlungseinrichtung weitergegeben wird¹¹. Den Betroffenen individualisierende Verfahren wie etwa eine Genomanalyse¹² sind daher in jedem Fall unzulässig¹³.

- 5) S. auch mit Blick auf noch lebende Personen Nr. 8 der Stellungnahme.
- 6) BVerfGE 30, 173, 194f. Allgemein: *Schmidt am Busch*, Der Staat 2010, 211 ff.; *Spranger*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: *Spranger/Pasic/Kriebel* (Hrsg.), Handbuch des Feuerbestattungsrechts, 2. Aufl. 2021, S. 101, 104 ff.
- 7) BVerfGE 54, 148, 153.
- 8) *Deutsch*, VersR 2005, 1609 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rdnr. 30; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. XIII, Rdnrn. 43, 61, 63, 80.
- 9) §§ 305 ff. BGB.
- 10) Zur Lückenhaftigkeit des § 168 StGB bei einer Gewebeentnahme ohne den Willen des Verstorbenen bzw. der Angehörigen: *Tag*, Gedanken zur Zulässigkeit von Sektionen, in *Kern/Wadde/Schroeder/Katzenmeier* (Hrsg.), Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte, FS f. *Adolf Laufs* zum 70. Geburtstag, 2006, 1079, 1088. Ein von § 168 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfasstes Verüben beschimpfenden Unfugs an der Leiche liegt bei einer Forschung mit entnommenem Gewebe regelmäßig nicht vor, ebd., S. 1089.
- 11) *Starzer*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 306–307 BGB, Rdnr. 8.
- 12) Hierzu: *Spranger*, Genomanalyse, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler* (Hrsg.), HK-AKM (i. E.).
- 13) *Starzer*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 306–307 BGB, Rdnr. 8.

Voraussetzung einer rechtskonformen postmortalen Weiterverwendung ist somit zunächst, dass hier der Verstorbene selbst noch zu Lebzeiten eine entsprechende Einwilligungserklärung abgegeben hat¹⁴. Die Tragfähigkeit einer diesbezüglichen mutmaßlichen Einwilligung ist hingegen zu Recht umstritten¹⁵. Bereits das Gewicht der betroffenen Verfassungsrechtsgüter des prospektiven Materialspenders macht es erforderlich, insoweit strenge Anforderungen zu postulieren. Dies gilt auch und insbesondere angesichts des Umstandes, dass eine Umgehung bestehender rechtlicher Schranken unter Nutzung einer als mehr oder minder dehnbar empfundenen Konstruktion unzulässig ist. Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass die Einwilligung bei näherer Betrachtung verschiedene Elemente umfasst. Neben der Einwilligung in die eigentliche Materialentnahme bedarf es zusätzlich einer Einwilligung in die geplante(n) Verwendung(en) sowie einer datenschutzrechtlichen Einwilligung¹⁶. Dass in der Praxis die entsprechenden Erklärungen (teils optisch hervorgehoben) regelmäßig in einem einheitlichen Dokument zusammengefasst werden, ist der Praktikabilität geschuldet, ändert aber nichts daran, dass diese unterschieden werden müssen¹⁷. Dies führt dazu, dass eine Nutzung auf Basis einer mutmaßlichen Einwilligung mit zusätzlichen Unwägbarkeiten belastet wird. Denn ungeachtet der Unanwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung 2016/679/EU (DS-GVO) auf Verstorbene¹⁸ prägen die unionsrechtlichen Prinzipien des Datenschutzes das nachgeordnete nationale Recht umfassend. Für das in Deutschland über Art. 1 Abs. 1 GG angenommene postmortale Datenschutzrecht¹⁹ bedeutet dies, dass eine mutmaßliche Einwilligung kaum vertretbar sein dürfte.

Eine Ersetzung des nicht dokumentierten Willens des Verstorbenen oder der verfügungsberechtigten Dritten durch übergeordnete Erwägungen kommt nicht in Betracht. Zwar ist zu bedenken, dass der Forscher hier in seiner Forschungsfreiheit tangiert wird und es für die Totenfürsorgeberechtigten eine Belastung bedeuten kann, nach dem Tod ihrer Angehörigen über die Verwendung von Körpermaterialien entscheiden zu müssen. Allerdings rechtfertigt dies keinen Verzicht auf die Einwilligung oder ein entsprechendes Surrogat. Denn das Selbstbestimmungsrecht gebietet eine Beachtung des Willens der Person. Eine etwaige Belastung der Totenfürsorgeberechtigten kann dem nicht entgegenstehen. Davon zeugt auch § 4 TPG, wonach Angehörige zur Organspendebereitschaft befragt werden sollen. Einem solchen Zustimmungserfordernis steht auch nicht die verfassungsrechtliche Garantie der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) entgegen, denn diese gewährt dem Forscher kein Recht zum Eingriff in Rechtspositionen anderer Grundrechtsträger, in diesem Fall das postmortale Persönlichkeitsrecht. Wie die Forschungsklauseln im Datenschutzrecht²⁰ zeigen, ist es vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, Möglichkeiten und Grenzen des Zugriffs auf menschliches Gewebe von Verstorbenen zu regeln, und nicht Sache des Rechtsanwenders, im Wege einer allgemeinen Güter- und Interessenabwägung ein solches Zugriffsrecht des Forschers zu schaffen²¹.

Die Untauglichkeit der von der ZEKO entwickelten Kriterien betrifft hier verschiedene Aspekte. Zum einen kann die Anforderung des „anonymisierten Vorgehens“ zwar unter Umständen bei der Entschärfung datenschutzrechtlicher und einiger strafrechtlicher Probleme helfen, jedoch werden insbesondere die einleitend angesprochenen verfassungs- und zivilrechtlichen Herausforderungen hierdurch nicht gemeistert. Das Postulat der Verfolgung ethisch unbedenklicher Forschungsziele – das im Übrigen eine Selbstverständlichkeit sein sollte – betrifft nur die nachgelagerte Frage des konkreten Forschungsziels (also das „wozu“ der Forschung), nicht aber die primär inter-

essierende Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Zugriffs auf Materialien (also das „wodurch“ der Forschung). Der Umstand, dass der Betroffene die beabsichtigte Forschung zu Lebzeiten nicht abgelehnt hat, ist ebenso wenig von Belang, da sich zum einen die wenigsten Menschen ausdrücklich zu derartigen Fragen positionieren, und zum anderen das Schweigen des Betroffenen nicht in eine positive Willenserklärung umgedeutet werden darf. Das Kriterium des „unverhältnismäßig hohen Aufwandes“ für die Einwilligung der Angehörigen ist viel zu unbestimmt und öffnet damit einer missbräuchlichen Nutzung Tür und Tor. Die übrigen Kriterien erweisen sich als Reaktion auf anderweitig bestehende Rechtspflichten und sind damit zur Klärung der vorliegend interessierenden Frage tendenziell ungeeignet.

b) Einwilligung des Totenfürsorgeberechtigten

Somit bedarf es für den Fall, dass der Verstorbene selbst keine entsprechende Erklärung abgegeben hat, der Einwilligung Dritter. Um welche Personen es sich hierbei handelt, bedarf näherer Betrachtung. Hat der Verstorbene keine Erklärung zur postmortalen Weiternutzung abgegeben, ist nicht „irgendein Angehöriger“, sondern der Totenfürsorgeberechtigte zwecks Einholung einer Einwilligung zu kontaktieren. Beim Totenfürsorgeberechtigten handelt es sich um diejenige Person, die vom Verstorbenen zu Lebzeiten mit der Totenfürsorge beauftragt worden ist. Dabei ist es in Rechtsprechung und Schrifttum vollkommen unumstritten, dass es sich hierbei zwar um einen Angehörigen oder gar Erben handeln kann, aber nicht zwangsläufig handeln muss²². Als Totenfürsorgeberechtigter kann somit letztlich jede Person wie z. B. ein Freund eingesetzt werden. Fehlt es – wie meist – an der expliziten Benennung eines Totenfürsorgeberechtigten, so wird eine Totenfürsorgeberechtigung der nächsten Angehörigen angenommen. Auch dies findet eine Parallele im Transplantationsrecht, nämlich in § 4 TPG. Nicht angebracht ist hier eine Analogie zum Kreis der Bestattungspflichtigen, der zwar auch Erwägungen eines familiären Näheverhältnisses folgt, der aber ausschließlich zur Eingrenzung des Kreises ordnungsrechtlich verpflichteter Personen²³ dient und daher je nach

14) Starzer, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, §§ 306–307 BGB, Rdnr. 8; Kern, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 131, Rdnr. 88; Lippert, in: *Ratzel/Luxemburger* (Hrsg.), *Handbuch Medizinrecht*, 4. Aufl. 2021, Kap. E, Rdnr. 69.

15) Vgl. nur *Cornelius*, *MedR* 2017, 15 ff.

16) *Spranger*, *NJW* 2005, 1084, 1086 f.

17) Vgl. auch Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO.

18) Erwägungsgrund Nr. 27 zur DS-GVO.

19) Vgl. Erwägungsgrund Nr. 32 zur DS-GVO: „Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung. Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen (...).“

20) Art. 89 DSGVO, § 27 BDSG, § 6 GDSG NRW

21) S. zur Wissenschaftsfreiheit als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht: *Böse*, *WissR* 53 (2020), 35, 39 ff.

22) S. jüngst: *BGH*, *Urt.* v. 26. 5. 2021 – IV ZR 174/20.

23) Vgl. *Spranger*, *NJW* 2017, 3622 ff.

Landesrecht teils ganz unterschiedliche Personengruppen umfasst.

Die gleichen Anforderungen gelten nach ganz h. M. für den Fall, dass die erstmalige Gewebeentnahme postmortal erfolgen soll²⁴. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht übrigens auch der Umstand, dass hier neben die bereits angesprochenen Aspekte der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen tritt. Es besteht also kein Anlass, die postmortale Entnahme geringeren Anforderungen zu unterwerfen – das Gegenteil ist der Fall. In beiden Konstellationen gilt, dass die Kontaktaufnahme zu den Angehörigen grundsätzlich weder durch die Schweigepflicht noch durch das Datenschutzrecht verhindert wird²⁵.

Denkbar ist zudem die Konstellation, dass das Gewebe bei einer Leichenöffnung gemäß §§ 87 Abs. 2, 89 StPO, mithin aufgrund einer strafprozessualen Ermächtigungsbasis, gewonnen wurde, weil der Verdacht besteht, dass der Verstorbene Opfer eines Tötungsdelikts war. In der ersten Ergänzung der ZEKO-Stellungnahme wird die Besonderheit dieser Konstellation zwar anerkannt, nach Abschluss der Untersuchung gleichwohl eine anderweitige Verwendung der entnommenen Körpermaterialien für nach den eingangs geschilderten Grundsätzen für zulässig gehalten²⁶, was den Besonderheiten dieser Konstellation jedoch nicht Rechnung trägt. Denn die Entnahme des Körpermaterials erfolgt als hoheitliche Zwangsmaßnahme zur Aufklärung einer Straftat und ist nur zulässig, wenn und soweit die Voraussetzungen der Strafprozessordnung vorliegen. Daraus ergeben sich zugleich die Grenzen für die Untersuchung der entnommenen Körpermaterialien und deren weitere Aufbewahrung, d. h. das staatliche Recht zur Verwahrung der entnommenen Körpermaterialien endet, sobald diese für das Strafverfahren nicht mehr benötigt werden²⁷. Die strafprozessuale Ermächtigung begründet also keine Befugnis zur späteren Verwendung zu Forschungszwecken²⁸. Auch in diesem Fall ist eine Umwidmung des Zwecks von überschüssigen Gewebeproben ohne die Einwilligung der Totensorgeberechtigten nicht zulässig²⁹. Zum Teil wird bei vollständig anonymisierten Proben eine solche Verwendung für zulässig gehalten (s. auch Nr. 3 der ersten Ergänzung)³⁰, dies aber nicht näher begründet. Für einen allgemeinen Abwägungsvorbehalt fehlt im geltenden Recht eine gesetzliche Grundlage, und der Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung steht bei einer gerichtlich angeordneten Entnahme neben den bereits genannten Gründen auch der Umstand entgegen, dass eine Zustimmung zur Entnahme der betreffenden Körpermaterialien gerade nicht vorliegen muss, sondern diese vielmehr selbst dann angeordnet werden kann, wenn die verstorbene Person zu Lebzeiten einer Obduktion ausdrücklich widersprochen hat³¹. Auch insoweit ist für eine Nutzung des Körpermaterials zu Forschungszwecken eine Zustimmung der Totenfürsorgeberechtigten einzuholen.

c) Stellungnahme der Ethik-Kommission

Vor dem wissenschaftlichen Eingriff ist stets ein Votum der Ethik-Kommission einzuholen³². Die Stellungnahme der ZEKO und ihre erste Ergänzung sind insoweit unter verschiedenen Gesichtspunkten zu „weich“ formuliert. Zum einen wird eine Befassung der zuständigen Ethik-Kommission nicht als verpflichtend eingestuft. Zum anderen hält es die ZEKO für möglich, „je nach Bedeutung des Vorhabens ein unterschiedlich intensives Verfahren vorzusehen“. Damit wird offensichtlich die Auffassung vertreten, dass als hochrangig erachtete Forschungsziele ein „weniger intensives Verfahren“ rechtfertigen. Problematisch bei dieser Lesart ist, dass die angenommene oder tatsächliche

Bedeutung des Vorhabens zunächst einmal nichts an den zugrundeliegenden rechtlichen Fragestellungen ändert. Mit anderen Worten: Die ungenehmigte postmortale Weiterverwendung von Körpersubstanzen greift auch dann in die Rechte der Betroffenen ein, wenn es um hochrangige Forschungsziele geht. Dass die entsprechenden Forschungsmaßnahmen den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG genießen, ist unbestritten. Indes stellen die Grundrechte stets Freiheitsgewährleistungen gegenüber dem Staat, nicht aber Eingriffsrechtfertigungen zu Lasten privater Individuen dar. Die Hochrangigkeit der Forschung kann somit allenfalls Bedeutung erlangen im Rahmen einer Prüfung der mutmaßlichen Einwilligung, für die aber im Lichte der vorstehenden Ausführungen ohnehin nur kleinste Spielräume verbleiben.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die nicht auf eine entsprechende lebenszeitliche Erklärung des Verstorbenen oder des Totenfürsorgeberechtigten gestützte postmortale Weiterverwendung von Körpersubstanzen ist unter rechtlichen Gesichtspunkten kritisch zu betrachten. Die hierzu vorliegende, die Praxis prägende Stellungnahme der ZEKO und ihre erste Ergänzung sind mit zahlreichen Unzulänglichkeiten behaftet, die einer Korrektur im vorstehend beschriebenen Sinne bedürfen. Es versteht sich von selbst, dass hierbei ethischen Erwägungen und Abwägungen eine überaus gewichtige Rolle zukommt. Jede nicht nur um Praktikabilität, sondern auch um Tragfähigkeit bemühte Lösung muss jedoch zwangsläufig vor allem die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen reflektieren.

Dies bedeutet insbesondere, dass eine Einwilligung – oder wenn diese nicht eingeholt werden kann – ein entsprechendes Surrogat (mutmaßliche oder stellvertretende Einwilligung) erforderlich ist, um den Eingriff zu legitimieren. Da eine mutmaßliche Einwilligung regelmäßig ausscheiden wird, sind die Totenfürsorgeberechtigten bei postmortal zu entnehmendem bzw. entnommenem Material zu befragen. Sollte letzteres für die Forschenden nicht praktikabel sein, so könnte auf in Biobanken gelagertes Material zurückgegriffen werden, das in immer größerem Umfang zur Verfügung steht. Jedenfalls führt allein der Umstand, dass Forscher infolge einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme Zugriff auf Körpersubstanzen eines Verstorbenen haben, nicht zu einer Absenkung der Voraussetzungen an eine Weiterverwendung zu Forschungszwecken.

24) S. nur: Czerner, ZStW 115 (2003), 91, 106 ff.; Taupitz/Pitz/Wicklein, MedR 2005, 262 m. w. N.; Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 131, Rdnr. 88.

25) Zum Ganzen: Taupitz/Pitz/Wicklein, MedR 2005, 262 m. w. N. An den hier entwickelten Grundlegungen hat sich auch durch das Inkrafttreten der DS-GVO nichts geändert.

26) Nr. 1 der ersten Ergänzung.

27) Rixen, ZRP 2001, 374, 375.

28) Rixen, ZRP 2001, 374, 375; vgl. auch Tag, Gedanken zur Zulässigkeit von Sektionen, in: Kern/Wadde/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Humaniora: Medizin – Recht – Geschichte, FS f. Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, 1079, 1096.

29) Lippert, MedR 2001, 406, 409; Rixen, ZRP 2001, 374, 375. In diese Richtung auch: Trück, in: MüKo/StPO, 2. Aufl. 2021, § 87, Rdnr. 23; tendenziell für eine Forschung hingegen: Dettmeyer/Madea, DÄBl. 2002, A3376.

30) Lippert, MedR 2001, 406, 409.

31) LG Mainz, NStZ-RR 2002, 43.

32) Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 131, Rdnr. 88.