

Peter A. Windel, Bochum

Der Körper als Erscheinung der Rechtsperson

Das Wagnis, die natürliche Person (2.) in ihrer Körperlichkeit (3.) normativ adäquat zu erfassen (4.), kann nur vor dem Hintergrund hinreichend ausdifferenzierter Referenzrechtsordnungen (1.) gelingen. Die Schwierigkeiten beginnen also schon im Vorfeld der eigentlichen Arbeit.

1 Die Referenzrechtsordnungen

Das Angebot an rechtlichen Regelungen, die sich auf den Körper des Menschen beziehen, erscheint auf den ersten Blick überwältigend. Bei näherem Zusehen bleibt indessen nicht besonders viel übrig, wenn man sich auf diejenigen Normkomplexe beschränkt, die für uns in Deutschland in der einen oder anderen Weise Geltung beanspruchen. So erscheint die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen*¹ zu „soft“, das heißt als nicht einmal völkerrechtlich bindenden Rechts. Immerhin völkervertragsrechtlich verbindlich ist die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK²). Aber schon deren innerstaatliche Bedeutung, mehr noch ihr Verhältnis zur *Grundrechtecharta der Union* (EU-GRCh³) sind derart intrikat,⁴ dass wir uns unweigerlich in einem super- und supranationalen Netz verfangen würden, ohne zum Sachthema zu kommen.

Unverzichtbar hingegen ist für uns unser Grundgesetz (GG⁵). Allerdings ist es recht dünn, seine Aussagen für unser Thema sind dementsprechend knapp. So

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

2 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series 005, unterzeichnet am 4. November 1950 in Rom, von Deutschland ratifiziert am 5. Dezember 1952 (BGBl. II S. 685, 953) und in Kraft getreten am 3. September 1953.

3 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.

4 Peter A. Windel, „Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Privatrecht“, *JR* 2011: 323–327.

5 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.

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.“⁶ 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 (BGB⁷) 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.⁸ Außerdem wurde bei der Schuldrechtsmodernisierung 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 äußerst zahlreiche Gesetze und Verordnungen sowohl auf Bundes- wie auf Landesebene, die mit unserem Thema zu tun haben. Wir sind bei unseren Vorarbeiten schnell auf 21 Regelwerke gestoßen, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können. Das Gesamtbild der Rechtslage wird dadurch aber derart unübersichtlich, dass man unserem Gesetzgeber unter der Prämisse kaum das beste Zeugnis ausstellen kann, dass Recht vielleicht auch die Funktion hat, die Lebenswirklichkeit einigermaßen fasslich abzubilden.

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 Min Fa Dian (Zivilgesetzbuch [chZGB]) verabschiedet hat, das zum 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist.⁹ Das Min Fa Dian ist in sieben Bücher gegliedert, wobei das vierte Buch ausschließlich den Persönlichkeitsrechten gewidmet ist.¹⁰ In einem

6 Die Ergänzung durch Art. 104 GG betrifft justizielle Rechte bei Freiheitsentziehungen.

7 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.

8 § 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 verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

9 Wang Liming, „The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades“, 14 *Frontiers L. China* (2019): 39–72; Wang Qiang, „Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China“, *ZNR* 42 Heft 1/2 (2020): 77–114; Harro von Senger, „Vom Code Civil Napoleons zum Zivilgesetzbuch Xi Jinpings“, *ZChinR* (2020): 142–152; Rémy Cabrillac, „Le Code civil chinois“, *Recueil Dalloz* No. 24 (2020): 1375–1379.

10 Simon Werthwein, „Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch“, in *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 73–83; Yuhui Zhang, „Anmerkungen zum Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuchs“,

eigenen, dem zweiten, Kapitel werden dort die Rechte auf Leben, am eigenen Körper und auf Gesundheit in zehn Paragraphen behandelt.¹¹ Diesen überschaubaren Regelungskomplex möchte ich im Folgenden ergänzend heranziehen, was sich deshalb anbietet, weil das Min Fa Dian zum einen systematisch sehr stark an das deutsche Recht angelehnt ist, zum anderen aber thematisch Vieles aufgreift, was rechtsvergleichend 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 Gegenteil. Denn die Auslegung des Min Fa Dian lässt ähnlich viel Spielraum für eigene Problemlösungsversuche wie der Kauf eines chinesischen Gartengrills mit maschinell übersetzter Gebrauchsanweisung.

2 Der Mensch als Rechtsperson

2.1 Formaler Personalismus

Das BGB und das chZGB erfassen den Menschen übereinstimmend als natürliche Personen. Zur Abgrenzung von den vor- und außerrechtlichen Implikationen des Begriffs der Person spreche ich von der *Rechtsperson*.¹² 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-¹³)Rechtsfähigkeit die für alle Menschen ausnahmslos gleiche

in *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 85–105; Wang Liming und 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>.

¹¹ Der Text ist als Anhang mitgeteilt. Eine vollständige Übersetzung findet sich in *ZChinR* 27 (2020): 207–417.

¹² Peter A. Windel, „Ist der Mensch eine juristische Person?,“ in *Festschrift für Jan Schapp*, ed. Patrick Gödicke/Horst Hammen/Wolfgang Schur/Wolf-Dietrich Walker (Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, 2010), 537–553.

¹³ Die Rechtsfähigkeit in anderen Rechtsgebieten bestimmt sich bei uns oft, aber keineswegs zwingend in Anlehnung an die zivilrechtliche Regelung.

Kapazität zu verstehen ist, Träger aller möglichen (zivilen) Rechte und (zivilen) Pflichten zu sein (Vollrechtsfähigkeit).

Personalismus im Sinne des BGB 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 DDR von 1975 (ZGB DDR 1975¹⁴), 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 Deutschen Demokratischen Republik 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.

2.2 Die Rechtsfähigkeit

Lassen Sie mich den Gedankengang wieder aufgreifen, dass die Rechtsfähigkeit als Kapazität der Person von § 13 chZGB in Übereinstimmung mit unserer herrschenden Meinung als Trägerschaft von Rechten und Pflichten umschrieben wird. Mir hat schon im ersten Semester nicht recht eingeleuchtet, dass *Rechtsfähigkeit Pflichten* zuweisen soll. Außerdem zeigt ein Blick auf die Binnenstruktur des Privatrechts schnell, dass sich der Kreis der Rechtspositionen, die es zuzuordnen gilt, keineswegs in vollwertigen (subjektiven) Rechten und Pflichten erschöpft. Vielmehr finden sich¹⁵ 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 Pflichten, Obliegenheiten und Lasten. Später wurde mir bewusst,¹⁶ hier auf den fundamentalen Streit gestoßen zu sein, 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 unklug entscheiden zu wollen, ob vollwertige Rechte weitere Rechtspositionen

¹⁴ 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.

¹⁵ Neben weiteren „Rechtslagen“.

¹⁶ Peter A. Windel, „Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts“, *STAAT* 37 (1998): 385, 394–398.

und Rechtslagen anziehen wie Sonnen ihre Planeten (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 dem Gebirge. Deshalb bitte ich um Erlaubnis, von Rechtsfähigkeit nicht nur als Trägerschaft von Rechten und Pflichten handeln zu dürfen, sondern auch als Kapazität, in Rechtsverhältnissen stehen zu können. Es bedarf nicht der Bemerkung, dass mir das richtiger erscheint.

2.3 Das Rechtsverhältnis

Freilich: auch der Begriff des Rechtsverhältnisses ist mehrdeutig. In einem allgemeineren Sinne beschreibt es das Verhältnis der wechselseitigen Anerkennung, das den ethischen Personalismus im Kern ausmacht. Bei *Fichte* bildet das so verstandene Rechtsverhältnis die Grundlage seines Naturrechts,¹⁷ womit es spiegelbildlich vielleicht auch zur Legitimation¹⁸ einer nach dem formalen Rechtspersonalismus strukturierten Rechts- und Staatsordnung herangezogen werden könnte.

Ich möchte aber zunächst beim bereits angesprochenen engeren Verständnis vom Rechtsverhältnis als einer sektoralen Lebensordnung bleiben. In diesem Sinne sprechen wir von einem rechtlich geregelten Verhältnis, das zwischen Subjekten entweder unmittelbar oder in 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 werden wir jetzt rücksichtlich des Körpers nachspüren.

3 Körperlichkeit und Recht

3.1 Zugangsschwierigkeiten

Trotz unserer Vorüberlegungen bleibt der präzise Zugriff auf das Kernthema schwierig. Denn die Rechtsordnung nimmt den *Körper* zunächst nicht *als* solchen,

¹⁷ Dazu Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk, ed., *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992).

¹⁸ Überkomplex und damit ohne Frucht scheint es dagegen, den Staat selbst als Rechtsverhältnis beschreiben zu wollen, Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Verlag von O. Häring, 3. Auflage 1914), 167–169.

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 Strafrechtshistoriker¹⁹ 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.²⁰ 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 bedenklicher Fall: Doch die erste Possession scheint
Für dich zu sprechen, und so brauche sie immerhin 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.²¹

Ich gestehe, dass mir der bildungsbürgerliche Hintergrund eines *Karl Gareis* ebenso fehlt wie die Empathie eines *Wolfgang Schild*, der sich offenbar wenigstens ansatzweise in die Welt des alten Rechts zurückfühlen kann.

Die Diskontinuität 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 Habeas Corpus Akte von König Karl II. (1679)²² noch im ihr zugrunde liegenden Art. 39 der *Magna Carta Libertatum* des Königs Johann Ohneland (1215) ist von „Rechten“ die Rede.

¹⁹ Eine vergleichbare Entwicklung hat sich im Vollstreckungsrecht durch den Übergang von der Personal- zur Vermögenshaftung vollzogen, dazu Fritz Baur/Rolf Stürner/Rudolf Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht* (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 13. Auflage 2006), Rn. 3.2, 3.9, 3.26.

²⁰ Wolfgang Schild, „Recht und Körperlichkeit,“ in *Körper und Recht*, ed. Ludger Schwarte/Christoph Wulf (München: Wilhelm Fink Verlag, 2003), 129, 140.

²¹ Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper,“ in *Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer* (Königsberg i. Pr.: Hartungsche Verlagsdruckerei, 1900), 59, 61.

²² Im „Habeus (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.).

Auch *Günter Dürig* kommt in seiner schönen Erläuterung 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 S. 1); das körperliche „Sobeschaffensein“ („körperliche Unversehrtheit“ i.S. von Art. 2 II S. 1); das körperlich-räumliche „Bewegungsfreisein“ („Freiheit der Person“ i.S. von Art. 2 II S. 2).²³

Diese feine Zurückhaltung wird von *Dürig* allerdings mit einer Ersetzung der klassischen juristischen Rechtsfindungsmethode durch eine der Wertphilosophie entlehnte Abwägungslehre erkaufte.²⁴ Gleichsam am anderen Ende der 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 entbehre! 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*.²⁵

Auf beiden Wegen kommen wir ersichtlich nicht weiter; vielmehr müssen wir die thematischen Einzelfragen mit der jeweils passenden rechtsdogmatischen Be-

²³ Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck Verlag, Erstbearbeitung 1958), Art. 2 Abs. II Rn. 1.

²⁴ Darüber Peter A. Windel, „Über Privatrecht“ (s. Fn. 16), 388–389; ders., *OMG – Germal Legal Dogmatics*, Bd. 8 der Reihe Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020), 11, 21–23.

²⁵ Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper“ (s. Fn. 21), 59, 85 (Hervorhebungen nicht im Original).

griffllichkeit einzufangen versuchen.²⁶ Dies soll hier in drei Schritten geschehen, nämlich beginnend mit der Integrität des Körpers (3.2) über Verfügungen über den Körper und seine Teile (3.3) bis zu Verpflichtungen zu gesteigert körperbezogenen Diensten (3.4).

3.2 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.²⁷ 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.²⁸ Klarer bringt es hierfür aber wohl der von *Georg Jellinek* herausgearbeitete *status negativus*²⁹ 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 [StGB³⁰]; § 1005 chZGB) bis hin zu Maßnahmen der Prävention reichen, die Übergriffe bereits im Vorfeld verhindern sollen (§ 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [AGG³¹], § 4 Behindertengleichstellungsgesetz [BG³²]; § 1010 chZGB).

Über den bloßen Integritätsschutz hinaus gehen Garantien *auf* Leben, körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK; Artt. 2 Abs. 1,

²⁶ Eindrücklich eingefordert schon von Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts“, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. II, ed. Otto Schreiber (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929), 191, 214–217.

²⁷ Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I (Berlin: Duncker & Humblot 1910/1957), § 6 V (149–154), Bd. II 1/2 (Berlin: Duncker & Humblot 1918/1957), § 88 II (458–459).

²⁸ Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II* (Heidelberg: C.F. Müller, 2020), Rn. 118–132.

²⁹ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Freiburg: Akademische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr, 1892), 89–108; zusf. ders., *Allgemeine Staatslehre* (s. Fn. 18), 416–421.

³⁰ Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), ursprüngliche Fassung vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127).

³¹ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 13. August 2006 (BGBl. I S. 1897, 1910).

³² Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468).

3 Abs. 1 EU-GRCh) sowie Gesundheit (§§ 1002, 1004 chZGB). Hier wird zusätzlich ein *status positivus*³³ 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 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 Min Fa Dian aber auch schlicht darauf, dass man dem Zivilrecht als Infrastruktur des wirtschaftlichen Aufschwunges in China ganz allgemein einen größeren Nutzen für den Einzelnen zutraut als dies (mittlerweile) bei uns der Fall ist.

3.3 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 [TPG³⁴]; §§ 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;³⁵ konkurrierende Modelle³⁶ (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

³³ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (s. Fn. 29), 109–129.

³⁴ 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).

³⁵ Zum Rechtsobjekt Peter A. Windel, *OMG* (s. Fn. 24), 57–74.

³⁶ Zum Streitstand Robert Korves, *Eigentumsunfähige Sachen?* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), 96–98.

Körpers voraus. Außerdem muss wie beim Leichnam die besondere Qualität des vom Körper getrennten Teiles als Rechtsobjekt Berücksichtigung finden.

Rechtsdogmatisch folgt meines Erachtens 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.³⁷ *Zweitens* legitimiert dieses „Haben“ aufgrund der besonderen Qualität des zuzuordnenden Gegenstandes von vornherein keine schrankenlose Disposition wie 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 widerruflich bleiben.

3.4 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.³⁸ Hier fehlt die dort mit dem Verfügungsobjekt gegebene Begrenzung der an sich schrankenlosen Freiheit zu vertraglicher Bindung. Stattdessen liegt ein unmittelbarer 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 S. 2; 42 Arzneimittelgesetz [AMG³⁹]; § 1008 S. 1 chZGB). Jedenfalls enthalten sich beide Referenzrechtsordnungen sowohl in materieller wie in organisatorischer Hinsicht einer abschließenden Regelung und weisen gleichsam über sich hinaus. Haben wir als Juristen hier endlich einen Ausgang aus dem Labyrinth unserer Rechtsdogmatik auf das weite Feld der Interdisziplinarität gefunden?

³⁷ Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts“ (s. Fn. 26), 246–247.

³⁸ Diese Differenzierung ist in meinem Beitrag „Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung“, in *Festschrift für Friedrich E. Schnapp*, ed. Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 859–871, noch übersehen.

³⁹ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), ursprüngliche Fassung vom 16. Mai 1961 (BGBl. I S. 533).

4 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 China⁴⁰ stehen sich Fǎ (法), das positive Gesetz, und Lǐ (礼), die sittliche Regel oder – vielleicht sogar treffender – Tugend, zwar an sich gegenüber, die traditionelle Rechtstradition stützt sich aber seit jeher durchaus auf beide Pfeiler. Ebenso rekurriert 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,⁴¹ sondern bereits, ob sie überhaupt zugänglich sind.⁴²

Die Bedenken liegen 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 Rechtssetzungskompetenz der Parlamente; in dem Maße, in dem Ethikkommissionen⁴³ entscheiden, werden staatliche Organe aus der Verantwortung entlassen. Im Kern geht es damit um die Reichweite des Demokratieprinzips überhaupt.

Natürlich könnten wir Juristen nicht auf gesellschaftliche Akzeptanz zählen, wenn wir uns (wieder einmal) vom *Rechtspositivismus* auf platten *Gesetzespositivismus* zurückziehen wollten. Wir müssen uns folglich zumindest vorläufig ganz positivistisch damit abfinden, dass die zitierten Vorschriften in materieller wie

⁴⁰ Dazu Christina Eberl-Borges, *Einführung in das chinesische Recht* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018), Rn. 7–29.

⁴¹ Zum Problem Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München: C.H. Beck Verlag, 12. Auflage 2020), § 46 Rn. 1, 7–17.

⁴² Zum Problem Udo di Fabio, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, ed., *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck Verlag, Bearbeitung August 2020), Art. 2 Abs. 1, Rn. 45–46.

⁴³ Erwin Deutsch, „Entstehung und Funktion der Ethikkommission in Europa“, *MedR* (2008): 650–654; Hans-Dieter Lippert, „Ethikkommissionen unter dem Regime der EU-Verordnungen“, *VersR* (2017): 793–798; Wolfgang A. Rehmann: *Arzneimittelgesetz* (München: C.H. Beck Verlag, 5. Auflage 2020), § 40 Rn. 3, 4.

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, nur 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.⁴⁴ Solcherlei juristisches Welt- und Vorverständnis wird zwar gesprengt, wenn Ethikkommissionen in konkrete Entscheidungsprozesse eingebunden werden,⁴⁵ an denen Vertreter verschiedener Disziplinen mitwirken, selbst wenn dazu auch Rechtswissenschaftler gehören. Ob die dort ablaufenden Diskurse letztlich interdisziplinäre Zusammenarbeit fördern oder vielmehr zur Emanzipation einer Ethik als eigenständiger Disziplin führen werden, lässt sich derzeit aber noch nicht abschließend beurteilen.

Anhang: §§ 1002 – 1011 chZGB

§ 1002 [Schutz des Rechts auf Leben]

Natürliche Personen genießen das Recht auf Leben. Die Sicherheit des Lebens und die Würde des Lebens natürlicher Personen wird durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht auf Leben einer anderen Person verletzen.

§ 1003 [Schutz des Rechts am [eigenen] Körper]

Natürliche Personen genießen das Recht am [eigenen] Körper. Die körperliche Integrität und Bewegungsfreiheit natürlicher Personen werden durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht am [eigenen] Körper einer anderen Person verletzen.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Für den Deutschen Ethikrat (eingerrichtet 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.

§ 1004 [Schutz des Rechts auf Gesundheit]

Natürliche Personen genießen das Recht auf Gesundheit. Die körperliche [und] geistige Gesundheit natürlicher Personen wird durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht auf Gesundheit einer anderen Person verletzen.

§ 1005 [Hilfspflichten]

Wird das Recht auf Leben, das Recht am [eigenen] Körper [oder] das Recht auf Gesundheit natürlicher Personen verletzt oder ist es aufgrund anderer Umstände in Gefahr, so müssen Organisationen oder Einzelpersonen mit gesetzlichen Hilfspflichten unverzüglich Hilfe leisten.

§ 1006 [Spende menschlicher Zellen, Organe und menschlichen Gewebes sowie des Leichnams]

Vollständig Zivilgeschäftsfähige sind berechtigt, nach dem Recht selbstständig zu entscheiden, ihre menschlichen Zellen, ihr menschliches Gewebe, ihre menschlichen Organe [oder ihren] Leichnam zu spenden.⁴⁶ Keine Organisation oder Einzelperson darf sie zu dieser Spende zwingen, täuschen [oder] verlocken. Stimmt ein vollständig Zivilgeschäftsfähiger gemäß dem vorigen Absatz einer Spende zu, muss Schriftform genutzt werden; es kann auch ein Testament errichtet werden. Hat eine natürliche Person zu Lebzeiten nicht erklärt, mit einer Spende nicht einverstanden zu sein, können nach dem Tod dieser natürlichen Person deren Ehegatte, volljährige Kinder [und] Eltern gemeinsam über eine Spende entscheiden; die Entscheidung zur Spende muss in Schriftform erfolgen.

§ 1007 [Verbot des Kaufs und Verkaufs menschlicher Zellen, Organe oder menschlichen Gewebes]

Jegliche Form des Kaufs [oder] Verkaufs von menschlichen Zellen, menschlichem Gewebe, menschlichen Organen [oder] eines Leichnams ist verboten. Kaufs- [oder] Verkaufshandlungen, die gegen den vorigen Absatz verstoßen, sind unwirksam.

§ 1008 [Voraussetzungen klinischer Experimente]

Bedarf es zur Entwicklung neuer Medikamente [oder] medizinischer Geräte oder zur Entwicklung neuer Methoden der Prävention und Behandlung der Durch-

⁴⁶ Wörtlich: „unentgeltlich zu spenden“.

führung klinischer Experimente, so müssen nach dem Recht die Genehmigungen der betreffenden zuständigen Abteilungen sowie nach Überprüfung das Einverständnis eines Ethikausschusses eingeholt werden [und] gegenüber dem Teilnehmer [der klinischen Experimente] oder dem Vormund des Teilnehmers die genauen Umstände wie etwa der Zweck der Experimente, der Verwendungszweck und die möglicherweise entstehenden Risiken zur Kenntnis gebracht sowie dessen schriftliches Einverständnis eingeholt werden. Bei der Durchführung klinischer Experimente dürfen von den Teilnehmern keine Kosten für die Experimente erhoben werden.

§ 1009 [Umgang mit Genen und Embryonen]

Bei der Vornahme medizinischer und wissenschaftlicher Aktivitäten, die etwa Gene [oder] Embryonen des menschlichen Körpers betreffen, müssen die Gesetze, Verwaltungsrechtsnormen und einschlägigen staatlichen Bestimmungen befolgt werden; es darf nicht die menschliche Gesundheit gefährdet, gegen Ethik [und] Moral verstoßen [oder] das öffentliche Interesse geschädigt werden.

§ 1010 [Haftung bei sexueller Belästigung, Maßnahmen]

Wird eine sexuelle Belästigung entgegen dem Willen einer anderen Person etwa durch Worte, Texte, Bilder oder körperliche Handlungen begangen, ist der Geschädigte berechtigt, nach dem Recht zu fordern, dass der Handelnde zivilrechtlich haftet. Einheiten wie etwa Behörden, Unternehmen [und] Schulen müssen angemessene Maßnahmen wie etwa der Prävention, der Entgegennahme von Anzeigen [oder] der Untersuchung [und] Erledigung ergreifen, um die Begehung sexueller Belästigung durch [Aus-]Nutzung etwa von Amtsbefugnissen [oder] Zugehörigkeitsverhältnissen zu verhindern und zu unterbinden.

§ 1011 [Haftung bei Verletzung der Bewegungsfreiheit]

Wird die Bewegungsfreiheit einer anderen Person etwa durch illegale Inhaftierung entzogen oder eingeschränkt oder wird der Körper einer anderen Person illegal durchsucht, so ist der Geschädigte berechtigt, nach dem Recht zu fordern, dass der Handelnde zivilrechtlich haftet.

Übersetzung, Paragrafenüberschriften in eckigen Klammern und Anmerkungen von DING Yijie, Peter Leibkühler, Nils Klages und Knut Benjamin Pißler, Göttingen, Freiburg und Hamburg.

Literatur

- Fritz Baur/Rolf Stürner/Rudolf Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 13. Auflage 2006).
- Rémy Cabrillac, „Le Code civil chinois,“ *Recueil Dalloz* No. 24 (2020): 1375–1379.
- Erwin Deutsch, „Entstehung und Funktion der Ethikkommission in Europa,“ *MedR* (2008): 650–654.
- Christina Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018).
- Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper,“ in Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer (Königsberg i. Pr.: Hartungsche Verlagsdruckerei, 1900): 59–100.
- Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre (Berlin: Verlag von O. Häring, 3. Auflage 1914).
- Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892).
- Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk, Hg., Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992).
- Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II (Heidelberg: C.F. Müller, 2020).
- Robert Korves, Eigentumsunfähige Sachen? (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Wang Liming und 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>.
- Wang Liming, „The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades,“ *14 Frontiers L. China* (2019): 39–72.
- Hans-Dieter Lippert, „Ethikkommissionen unter dem Regime der EU-Verordnungen,“ *VersR* (2017): 793–798.
- Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt (München: C.H. Beck Verlag, 1958 ff.).
- Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (München: C.H. Beck Verlag, 12. Auflage 2020).
- Wang Qiang, „Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China,“ *ZNR* 42 Heft 1/2 (2020): 77–114.
- Wolfgang A. Rehmann: Arzneimittelgesetz, 5. Auflage (München: C.H. Beck Verlag 2020).
- Wolfgang Schild, „Recht und Körperlichkeit,“ in *Körper und Recht*, ed. Ludger Schwarte/Christoph Wulf (München: Wilhelm Fink Verlag, 2003): 129–145.
- Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts“, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. II, ed. Otto Schreiber (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929): 191–272.
- Harro von Senger, „Vom Code Civil Napoleons zum Zivilgesetzbuch Xi Jinpings,“ *ZChinR* (2020): 142–152.
- Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I (Berlin: Duncker & Humblot 1910/1957), Bd. II 1/2 (Berlin: Duncker & Humblot 1918/1957).
- Simon Werthwein, „Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch,“ in *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 73–83.

Peter A. Windel, *OMG – Germal Legal Dogmatics*, Bd. 8 der Reihe Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020).

Peter A. Windel, „Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Privatrecht“, *JR* 2011: 323 – 327.

Peter A. Windel, „Ist der Mensch eine juristische Person?“, in Festschrift für Jan Schapp, ed. Patrick Gödicke/Horst Hammen/Wolfgang Schur/Wolf-Dietrich Walker (Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, 2010), 537 – 553.

Peter A. Windel, „Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung“, in Festschrift für Friedrich E. Schnapp, ed. Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 859 – 871.

Peter A. Windel, „Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts“, *STAAT* 37 (1998): 385 – 410.

Yuhui Zhang, „Anmerkungen zum Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuchs“, in Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 85 – 105.