
Innovation für die Gesellschaft?

Verfassungsrechtliche Grundsatzfragen

Herbert Landau

I. Einleitung

Recht ist innovations- und fortschrittsfeindlich. Diese Behauptung dürfte für so manchen fortschrittsgläubigen Juristen nur schwer verdaulich sein, doch in ihr steckt ein wahrer Kern.

Nicht umsonst wird häufig beklagt, das Recht wirke hemmend auf Innovationen.¹

Auch aus der Medizin kommt es immer wieder zu Klagen über das vermeintliche Innovationshemmnis Recht. Beispielhaft sei hier nur die Diskussion um die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen genannt.

Doch woran liegt es, dass allenthalben die innovationshemmende Wirkung des Rechts beklagt wird?

Ein wichtiger Grund hierfür ist sicherlich die Verrechtlichung und Bürokratisierung vieler Lebensbereiche, die die Dynamik wissenschaftlicher und gesellschaftlicher Neuerungen bremst. Auch wenn wohl viele andere – insbesondere europäische – Staaten ebenfalls unter einer massiven Überregulierung leiden, dürfte die „Regelungswut“ in Deutschland doch besonders ausgeprägt sein. Nicht umsonst ist in den angelsächsischen Ländern im Zusammenhang mit Überregulierung und Bürokratisierung häufig die Rede von der „german disease“.²

Die Überregulierung ist indes nicht der einzige Grund für die tendenziell innovationshemmende Wirkung des Rechts. Dem Recht wohnt vielmehr schon aufgrund der

Natur der Sache eine gewisse Statik inne; Recht hat ein beharrendes Moment. Recht ist – wie es der frühere Verfassungsrichter Dieter Grimm einmal ausgedrückt hat – „geronnene Politik“ und oft geschriebene Antwort auf historische Ereignisse und Reflexion konsensualer gesellschaftlicher Problemlösungen.³ Alles Recht ist Regel, so Hans Mayer, ist Berechenbarkeit. Das Neue wird einem berechenbaren System zugeordnet – es wird eingefangen, gleich wie eine Flugbewegung auf dem Bildschirm eines Fluglotsen. Diese normative Einordnung erfahren wir als Selbstvergewisserung, die es erlaubt, mit den Sprüngen der Zeit zurechtzukommen.

Für das Verfassungsrecht gilt dies in besonderem Maße. Eine Verfassung soll die Grundordnung eines Gemeinwesens auch für eine fernere Zukunft festlegen. Sie soll gleichsam der „ruhende Pol“ im Leben eines Gemeinwesens sein, an dem sich die staatliche und gesellschaftliche Ordnung ausrichten kann. Um diese „ruhende Kraft“ zu schützen, knüpfen viele moderne Verfassungen eine Verfassungsänderung an strenge Voraussetzungen. Zu einer Änderung des Grundgesetzes bedarf es beispielsweise – gemäß Art. 79 Abs. 2 GG – einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat. Eine „Kernsubstanz“ – gleichsam das Fundament des Grundgesetzes – wird durch Art. 79 Abs. 3 GG sogar schlechthin für unabänderlich, für „ewig“ erklärt.⁴

Mit der These von der statischen, innovationshemmenden Natur des Rechts im Allgemeinen und des Verfassungsrechts im Besonderen ist das Verhältnis von Recht und Fortschritt indes nur unzureichend beschrieben. Ein wichtiger Aspekt bleibt dabei nämlich außer Betracht – die Fortentwicklung, die Innovation des Rechts selbst.

Rechtsnormen sind notwendigerweise abstrakt. Ihr Inhalt lässt sich meist nicht allgemeingültig feststellen. Sie bedürfen vielmehr der Konkretisierung durch den Rechtsanwender im Einzelfall und in einer konkreten histori-

schen Situation. Ich nenne nur die Begriffe „Treu und Glauben“ und „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“. Erst durch diesen Konkretisierungsakt – durch Auslegung und Anwendung – erlangen Rechtsnormen ihre eigentliche Bedeutung. Erst durch ihre Konkretisierung werden sie zu „gelebtem Recht“, entwickeln sie verhaltenssteuernde Wirkung.

Für die Normen des Verfassungsrechts gilt dies in besonderem Maße. Sie sind größtenteils weit, unbestimmt, notwendig abstrakt und offen – und damit unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten zugänglich.

Was heißt schon „freie Entfaltung der Persönlichkeit“, was „Freiheit des Glaubens“ oder was „Eigentum“? Was bedeuten Rechtsstaat, Sozialstaat und Demokratie?

Alle diese Begriffe lassen einen großen interpretatorischen Spielraum und können sich mit den tatsächlichen Verhältnissen, auf die sie sich beziehen, in ihrer Bedeutung wandeln. Durch diese „Offenheit“ kann das besonders statisch konstruierte Verfassungsrecht in den Händen des Rechtsanwenders eine erhebliche Dynamik entfalten und den gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Fortschritt mehr oder weniger flexibel einfangen.

II. Vom Beruf des Verfassungsgerichts zur Verfassungsfortbildung

1. Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Staatsorganisation

Das Grundgesetz ist nach Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG „unmittelbar geltendes Recht“, es ist Maßstab jedweder Staatstätigkeit. Zur Konkretisierung und damit auch zur Fortentwicklung des Grundgesetzes an die sich wandelnden Gegebenheiten sind viele berufen: der Gesetzgeber, die Re-

gierung, die Verwaltung, der Gemeinsame Bundesausschuss, die Gerichte – all diese Akteure müssen oft Verfassungsnormen konkretisieren. Letztverbindlich entscheidet indes allein das Bundesverfassungsgericht über die Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes.

Dieses Letztentscheidungsrecht des Bundesverfassungsgerichts – welches den Rechtsstaat des Grundgesetzes zum Verfassungsstaat macht – führt faktisch zu einer Alleinstellung des Gerichts in Sachen Verfassungskonkretisierung und -fortbildung. Was Verfassungsrecht ist und was nicht, ergibt sich daher – so kann man zuspitzen – aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Mit dieser besonderen Stellung des Bundesverfassungsgerichts ist auch eine besondere Verantwortung verbunden. Das Gericht hat dafür Sorge zu tragen, dass das Verfassungsrecht die Entwicklungen auf gesellschaftlichem und wissenschaftlichem Gebiet aufnimmt und sich ihnen behutsam anpasst, ohne dabei die Identität und die integrative, friedensstiftende Wirkung der Verfassung für das Gemeinwesen aufs Spiel zu setzen.

2. Verfassungsentwicklung am Beispiel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG)

Als Beispiel dafür, wie das Grundgesetz „auf der Höhe der Zeit“ geblieben ist, will ich die sukzessive Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des „neuen“ Rechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme darstellen.

Nach seinem Wortlaut kennt das Grundgesetz kein Recht des Einzelnen auf Schutz seiner Persönlichkeit. Art. 2 Abs. 1 GG spricht zwar davon, dass jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit habe. Nach der Entstehungsgeschichte dieses Artikels wurde dies vor al-

lem als „allgemeine Handlungsfreiheit“, also als allgemeines Freiheitsrecht, verstanden.

Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz blieb demgegenüber zunächst unterbelichtet.

Erst später, etwa ab Ende der sechziger Jahre, hat das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 GG in ihrer Bedeutung als allgemeines Persönlichkeitsrecht – also als Recht auf den Schutz einer persönlichen Lebenssphäre – entfaltet. Der allgemeinen Handlungsfreiheit stellte das Gericht eine auf den Schutz der Person selbst und ihrer Privat- und Intimsphäre gerichtete Komponente an die Seite.⁵

In der Folgezeit hat das Bundesverfassungsgericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht immer weiter ausdifferenziert. Es hat ihm – ohne dass der Text des Grundgesetzes insoweit Anhaltspunkte liefern würde – beispielsweise ein Grundrecht auf persönliche Ehre, ein Recht am eigenen Namen, am eigenen Bild, am eigenen Wort, ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und viele weitere Grundrechtspositionen des Einzelnen entnommen.⁶

Etwa Anfang der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts trat eine weitere Gefährdung des Persönlichkeitsrechts verstärkt ins Bewusstsein der Öffentlichkeit, die bislang vom „Radarschirm der Fluglotsen“ nicht erfasst worden war: Der Übergang der öffentlichen Verwaltung von manuell zusammengetragenen Karteien und Akten zur elektronischen Datenverarbeitung barg die Gefahr in sich, dass der Einzelne – durch die unbegrenzte Speicherung und Verknüpfung personenbezogener Daten – zum „gläsernen Menschen“ werden könnte.

Derartige Befürchtungen und Ängste nahm das Bundesverfassungsgericht in seinem Volkszählungsurteil aus dem Jahr 1983 auf und schuf – als weitere Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – das Recht auf informatio-

nelle Selbstbestimmung, die verfassungsrechtliche Grundlage für das Datenschutzrecht in Deutschland.⁷ Es gewährt seinen Trägern Schutz gegen die unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe der auf sie bezogenen individualisierten oder individualisierbaren Daten.⁸

Die Informationstechnik hat sich – wie wir alle wissen – seit dem Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1983 rasant weiterentwickelt. Die Computertechnologie steckte Anfang der achtziger Jahre noch in den Kinderschuhen. Datenverarbeitung erfolgte weitgehend über zentrale Großcomputer, die schwergewichtig und voluminös, teuer und vor allem vergleichsweise langsam und aus heutiger Sicht mit sehr geringer Speicherkapazität ausgestattet waren.

Mittlerweile sind sehr leistungsfähige informationstechnische Systeme in Gestalt von PCs, Laptops und Smartphones in etwa so verbreitet wie Kaffeemaschinen oder Toaster. Schon im Jahr 2007 standen in 72 % der deutschen Haushalte Computer; immerhin fast 65 % der Haushalte hatten einen Internetzugang.⁹ Auf einem simplen USB-Stick kann mittlerweile dieselbe Datenmenge gespeichert werden wie früher auf einem immobilen Großcomputer. Das Internet, E-Mail, E-Government, Navigationssysteme, soziale Netzwerke wie Facebook, virtuelle „communities“ wie Second Life und neue Ermittlungsmethoden wie KfZ-Scanning oder die Online-Durchsuchung bestimmen die gesellschaftliche Wirklichkeit¹⁰ und damit auch aktuelle Gefährdungen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht begegnete das Bundesverfassungsgericht diesen neuen und ständig steigenden Gefahren lange allein durch weitere Ausdifferenzierungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung,¹¹ welches mittlerweile zu *dem* Grundrecht der modernen Kommunikations- und Wissensgesellschaft geworden ist.

Dies änderte sich anlässlich der Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur sog. „Online-

Durchsuchung“ im Jahre 2008.¹² Zum Schutz vor solchen Online-Durchsuchungen hielt der Senat die bereits existierenden Grundrechte – insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – für unzureichend und schuf daher – als weitere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG – ein „neues Grundrecht“, das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, welches aus Vereinfachungsgründen in Praxis und Wissenschaft auch kurz als „IT-Grundrecht“ bezeichnet wird.

Denn: Von einer „Online-Durchsuchung“ gehen nach Auffassung des Ersten Senats neue und schwerwiegende Gefahren für die Persönlichkeit aus, denen insbesondere mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht begegnet werden könne. Der Einzelne sei zu seiner Persönlichkeitsentfaltung unter den Bedingungen der modernen Informationsgesellschaft auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen. Er vertraue dabei dem System persönliche Daten an und liefere diese bereits zwangsläufig durch dessen Nutzung. Ein komplexes informationstechnisches System ermögliche daher Einblicke in die Lebensgestaltung und erlaube Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Nutzers und sein Sozialverhalten.¹³ Auf diesem Hintergrund ist auch die (vor Kurzem von Frank Schirrmacher beschriebene) „soziale“ Revolution der „Nerds“ (bestimmter Computerfreaks) zu verstehen, die die Welt der Kommunikation im Internet zunehmend prägen und zur politischen Kraft erstarken können.¹⁴

Wir halten fest: Die Entwicklung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG von einer allgemeinen Handlungsfreiheit über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht bis hin zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung und schließlich zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist

gleichsam ein „Musterbeispiel“ für Verfassungsfortbildung, ein Beispiel, wie gesellschaftliche und wissenschaftliche Innovationen der Verfassung inkorporiert werden.

3. Verfassungsfortbildung in den Bereichen Gesundheit und Medizin

a) *Schutzpflichten des Staates?*

Die Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes unter dem Grundgesetz ist zwar ein prominentes, aber bei Weitem nicht das einzige Beispiel für die Wandlungsfähigkeit der Verfassung. Auch im Bereich des Gesundheits- und Medizinrechts hat das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz in zahlreichen Punkten fortgebildet und es kompatibel mit der gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Dynamik gestaltet.

So hat das Gericht etwa – obwohl das Grundgesetz weder ein Recht auf Gesundheit noch eine entsprechende Staatszielbestimmung kennt – aus dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit seiner Bürger abgeleitet. Es hat damit eine neue gesellschaftliche Orientierung – das Bedürfnis nach sozialer Sicherheit und Schutz durch den Staat – erspürt, aufgenommen und in die dogmatischen Strukturen implantiert. Es hat das ursprünglich ausschließlich im *status negativus* konzipierte Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in die Nähe eines Leistungsrechts und damit eines sozialen Grundrechts auf Gesundheit gebracht¹⁵ und die in Gesellschaft und Politik zu beobachtende Tendenz zu mehr Sozialstaatlichkeit auch verfassungsrechtlich „eingefangen“.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass sich die Verfassungsfortbildung in den Bereichen Gesundheit und Medizin regelmäßig vor besondere Probleme gestellt sieht. In den Bereichen Gesundheit und Medizin treffen die Interes-

sen der Patienten, der Behandler und der Allgemeinheit – noch dazu häufig in menschlichen und rechtlichen Ausnahmesituationen – aufeinander. Der medizinische Fortschritt fordert einen Ausgleich zwischen den Rechten des Patienten, der Berufs- und Forschungsfreiheit des Arztes und den Belangen der Allgemeinheit. Das Grundgesetz gibt hier eine klare Orientierung: die Grundrechte des Patienten – das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Leben – genießen überragenden Schutz.

b) Beispiel: BVerfGE 115, 25 ff. – „Nikolausentscheidung“
Die sog. „Nikolausentscheidung“ des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts¹⁶ (die im Übrigen ihren Spitznamen deshalb trägt, weil sie am Nikolaustag des Jahres 2005 getroffen wurde) verdeutlicht dies.

Der Entscheidung liegt der Fall eines an Duchenne'scher Muskeldystrophie erkrankten, im streitgegenständlichen Zeitraum zwischen fünf und sieben Jahre alten Jungen zugrunde, der Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung war. Er unterzog sich – um die Krankheit aufzuhalten – u. a. einer „Bioresonanztherapie“, in deren Verlauf sich eine gewisse Besserung des Krankheitsbildes einstellte. Den Antrag auf Übernahme der Kosten für diese Behandlung lehnte seine Krankenkasse ab, und auch eine spätere Klage wurde zurückgewiesen.

Seine Verfassungsbeschwerde hatte indes Erfolg. Es sei – so der Erste Senat – „mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung stehe, von der Leistung einer [...] ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung

oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf“ bestehe.

Der Sache nach hat das Bundesverfassungsgericht dem Beschwerdeführer damit einen verfassungsunmittelbaren Anspruch gegen die GKV auf Erstattung der Kosten für die Bioresonanztherapie zugesprochen. Verallgemeinerungsfähig ist die Entscheidung meines Erachtens nicht. Sie ist ersichtlich durch die Umstände des Einzelfalles, mit anderen Worten durch das schwere Einzelschicksal des Beschwerdeführers veranlasst. Von den Sozialgerichten wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bisher nur mit großer Zurückhaltung rezipiert. Das Bundessozialgericht rekurriert zwar auf die in der Entscheidung vom 6. Dezember 2005 enthaltenen Maßstäbe, weitet ihren Anwendungsbereich indes nicht aus. Jede Erstreckung auf nicht lebensbedrohliche Erkrankungen lehnt das Bundessozialgericht ab, und auch bei dem „Off-Label-Use“ von Arzneimitteln hat es im Wesentlichen an den bisherigen Regeln festgehalten.¹⁷ Auch die zuständige Kammer des Bundesverfassungsgerichts behandelt die in der Senatsentscheidung vom 6. Dezember 2005 entwickelten Grundsätze eher restriktiv.¹⁸

Dass diese Entscheidung dennoch das Verhalten zu steuern vermag, sieht man an der Praxis des Gemeinsamen Bundesausschusses, der die genannten Kriterien bei seinen Entscheidungen verstärkt berücksichtigt.

c) Verfassung und Biowissenschaften

Zahlreiche schwierige Fragen der Verfassungskonkretisierung und -fortbildung werden auch durch die rasante Entwicklung der Biotechnologie aufgeworfen. Kann man hier mit einer ähnlich offenen Entwicklung wie beim Persönlichkeitsschutz rechnen? Ist das Klonen von Menschen mit dem Grundgesetz vereinbar? Sind Produktion und Verbrauch von Embryonen verfassungsrechtlich zulässig? Wie

ist die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen verfassungsrechtlich zu bewerten und wie die sog. Präimplantationsdiagnostik?

Das Grundgesetz gibt auch auf diese Fragen keine ausdrücklichen Antworten; dennoch werden sie in der Verfassungsrechtswissenschaft seit Langem höchst streitig diskutiert. Dreh- und Angelpunkt dieser verfassungsrechtlichen Kontroverse¹⁹ ist – neben dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – vor allem die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG.

Von ihrer ideengeschichtlichen Herkunft wie ihrer verfassungsrechtlichen Genese her ist die Menschenwürde – das wird man nicht leugnen können – zunächst bezogen auf bereits geborene Menschen. Den Vätern und Müttern des Grundgesetzes ging es – unter dem unmittelbaren Eindruck der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft – um ein verfassungsrechtliches Verbot der Folter, der Stigmatisierung und der Demütigung. An die hier in Rede stehenden Fragen des Eingriffs in das menschliche Leben in seinem frühesten Stadium dachte bei Entstehung des Grundgesetzes wohl noch niemand.²⁰

Wer sich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mit der Biotechnologie beschäftigen will, muss sich daher zwangsläufig zunächst die Frage stellen, ob die Menschenwürdegarantie sich auch auf das menschliche Leben in seiner Frühphase – in der Entwicklungsphase nach der Befruchtung und vor der Nidation – erstreckt.

Nach meinen derzeitigen Überlegungen ist diese Frage mit einem „Ja“ zu beantworten:

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG spricht von der Würde des „Menschen“ und stellt damit jegliche Form menschlichen Lebens unter seinen Schutz. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem zweiten Abtreibungsurteil aus dem Jahre 1993 entschieden, dass auch das ungeborene menschliche Leben – zumindest ab dem

Zeitpunkt der Nidation – unter dem Schutz der Menschenwürdegarantie stehe, weil es sich bei den verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses um unabdingbare Stufen der Entwicklung individuellen Menschseins handele.²¹

Diese Argumentation spricht aus meiner Sicht beinahe zwingend für eine Einbeziehung auch des pränidativen Lebens in den Schutzbereich der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG. Mit der Kernverschmelzung beginnt eben ein kontinuierlicher, autonomer Entwicklungsprozess, der ohne entscheidende qualitative Zäsuren zur Ausdifferenzierung des Organismus bis zur Geburt führt.²²

Dieser Entwicklungsprozess kann – was den verfassungsrechtlichen Lebens- und Würdeschutz angeht – vernünftigerweise nicht aufgespalten werden, um die Phase vor der Nidation vom Schutz der Menschenwürde auszunehmen. Hier ist die stringente Ordnungsfunktion der Verfassung gefragt, die Offenheit verengt sich. Eine Aufspaltung wäre nicht nur unnatürlich; sie würde auch die Effektivität des verfassungsrechtlichen Lebens- und Würdeschutzes insgesamt infrage stellen, ein „Dammbruch“ stünde zu befürchten. Eine Begrenzung der Menschenwürde auf den Zeitraum nach der Nidation würde das Grundgesetz seiner Maßstäblichkeit für die durch die biotechnologische Entwicklung aufgeworfenen Fragestellungen weitgehend berauben, obwohl diese Fragen doch offensichtlich die Grundlagen der menschlichen Gattung in geradezu existenzieller Weise berühren.²³

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung hat diese extensive Auslegung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG weitreichende Folgen, zumal die Menschenwürde als Verfassungshöchstwert einer Abwägung mit anderen Verfassungsgarantien – insbesondere mit der Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und der Berufsfreiheit – nicht zugänglich ist.

Gegen die Menschenwürde verstößt nach dem oben Gesagten insbesondere die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen, und zwar nicht nur dort, wo Embryonen allein zwecks embryonenverbrauchender Gewinnung von Stammzellen erzeugt werden, sondern auch dort, wo zum Zwecke der Stammzellenforschung überzählige Embryonen verwendet werden. Die Inanspruchnahme eines Embryos zu Forschungszwecken stellt eine menschenunwürdige Instrumentalisierung desselben dar,²⁴ die – wegen der absoluten Abwägungsresistenz der Menschenwürde – auch nicht mit der Forschungsfreiheit gerechtfertigt werden kann.

Auch eine Präimplantationsdiagnostik ist aus meiner Sicht mit den Vorgaben der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die Präimplantationsdiagnostik läuft auf eine Art „Qualitätskontrolle“, auf eine Selektion hinaus, in deren Rahmen sich die „Erzeuger“ eines Embryos das Recht zu einer Entscheidung über Lebenswert und Lebensunwert anmaßen, die ihnen die Grundordnung nicht zugesteht.

Schlechthin menschenwürdewidrig ist auch das Klonen, sei es zu therapeutischen, sei es zu reproduktiven Zwecken. Hier wird letztlich eine Entität – die das Potenzial zur Menschwerdung in sich trägt – zu Heilungszwecken produziert und instrumentalisiert, was unter Zugrundelegung der an Kant anknüpfenden „Objektformel“ als evident menschenwürdewidrig erscheinen muss.

Dasselbe gilt für das reproduktive Klonen. Denn es genügt nicht, die Menschenwürde nur auf ihre jeweiligen individuellen Träger zu beziehen. Um ihrer Wirksamkeit willen muss sie vielmehr gewissermaßen auf einer strukturell höheren Ebene als objektives Prinzip etabliert werden, das dann auch künstliche Reproduktion von Individualität und deren gleichsam fabrikmäßige Herstellung nicht zulässt: Damit würde nämlich die Einmaligkeit und

Individualität des Menschen als objektive Bedingung der Achtung und als Grundlage der menschlichen Gattung überhaupt infrage gestellt.²⁵

d) Pharmazeutische Forschung

Auch im Zusammenhang mit der pharmazeutischen Forschung – ihren Fortschritten und Ergebnissen – stellen sich immer wieder neue verfassungsrechtliche Fragen von erheblicher Brisanz: Hat der Gesetzgeber bei der Normierung der teilweise sehr restriktiven Arzneimittelzulassungsverfahren die Rechte und Interessen der pharmazeutischen Hersteller in ausreichender Weise berücksichtigt?²⁶ Unter welchen Voraussetzungen darf pharmazeutische Forschung in Gestalt sog. Humanforschung unmittelbar am Menschen stattfinden, und unter welchen Bedingungen dürfen Tierversuche durchgeführt werden? Sind die restriktiven Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes über die Arzneimittelwerbung, die eine wirtschaftliche Verwertung von pharmazeutischen Forschungsergebnissen erschweren, wirklich gerechtfertigt?

Diese Fragen haben allesamt verfassungsrechtliche Implikationen und stellen den Verfassungsexegeten teilweise vor große Herausforderungen. Die verfassungsrechtliche Gemengelage ist dabei im Bereich der pharmazeutischen Forschung ähnlich unübersichtlich wie im medizinischen Bereich.

Das Grundgesetz gibt auch hier jedenfalls eine Orientierung, einen Fixpunkt vor: Die Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in ihrer Ausprägung als Schutzpflicht des Staates genießen einen hohen Schutz und gehen im Zweifelsfall der vorbehaltlos gewährleisteten Forschungsfreiheit und der Berufsfreiheit vor.

4. Grenzen der Verfassungsentwicklung und Verfassungsfortbildung

Nach dem Gesagten mag man vielleicht denken, das Grundgesetz sei „Wachs“ in den Händen des Gerichts, das sich beliebig formen lässt. Dieser Eindruck ist jedoch falsch. Grenzen ergeben sich nämlich zum einen schon aus der institutionellen Struktur des Bundesverfassungsgerichts. Dessen Funktion ist – wie die jedes anderen Gerichts – im Wesentlichen eine kontrollierende, begrenzende und hemmende. Es bedarf stets eines Antragstellers, der eine Sache und damit eine bestimmte Rechtsfrage zum Gegenstand eines Verfassungsrechtsstreits macht. Auch vor dem Bundesverfassungsgericht gilt also: „Wo kein Kläger, da kein Richter.“²⁷

Die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts sind indes nicht nur in prozessualer Hinsicht, sondern auch inhaltlich beschränkt. Der Entscheidungsfindungsprozess ist an Recht und Gesetz gebunden und daher – anders als derjenige politischer Organe – nicht voluntativ, sondern in erster Line kognitiv gesteuert. Das Gericht muss seine Lösungen auf der Grundlage hergebrachter juristischer Methoden und Vorgehensweisen aus dem Verfassungsrecht herleiten und dabei – jedenfalls idealiter – an ältere Entscheidungen und die von der Wissenschaft entwickelte Dogmatik anknüpfen. Andernfalls fehlt es dem Richterspruch an Überzeugungskraft – was dann die Autorität des Gerichts infrage stellt.

Schließlich gilt es – auch für das Bundesverfassungsgericht – bei der Verfassungsfortbildung absolute Grenzen zu beachten, die sich unmittelbar aus dem Grundgesetz selbst ergeben, etwa aus den Vorgaben des Art. 79 GG. Die Kernsubstanz unserer Verfassung darf weder vom verfassungsändernden Gesetzgeber noch vom Gericht angetastet werden. Das Grundgesetz im Kern verändern kann – so

sagt es auch Art. 146 GG – nur der sog. „pouvoir constituant“, das Volk selbst als verfassungsgebende Gewalt.

III. Fazit

Das Recht hat – wie wir gesehen haben – eine bewahrende, ja beharrende Funktion und Wirkung. Es soll dafür sorgen, dass einmal getroffene Grundentscheidungen im Interesse des Rechtsfriedens auch in Zukunft Beachtung finden. Das kann dazu führen, dass es allgemein als wünschenswert empfundenen Fortschritten im Wege steht.

Dies gilt in besonderem Maße für das Verfassungsrecht, welches dem Gemeinwesen Stabilität verleihen, es dauerhaft integrieren soll und daher gegenüber späteren Abänderungen durch den einfachen Gesetzgeber in besonderer Weise geschützt ist.

Gleichzeitig ist das Verfassungsrecht aber durch offene, weite und unbestimmte Begrifflichkeiten geprägt, die dem Rechtsanwender erhebliche Auslegungsspielräume gewähren. Es ist einer Fortbildung zugänglich und kann an Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen, auf die es sich bezieht, angepasst werden. Es kann so auch unter gewandelten gesellschaftlichen Bedingungen seine integrative, friedensstiftende Funktion für das Gemeinwesen bewahren.

Nicht nur die über sechzigjährige Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik bestätigt diese Zusammenhänge. Auch die Entwicklung der amerikanischen Bundesverfassung legt ein beredtes Zeugnis dafür ab. Die amerikanische Bundesverfassung, die aus dem 18. Jahrhundert stammt und in vielen Teilen noch offener formuliert ist als das Grundgesetz, ist seit ihrem Inkrafttreten nur sechzehn Mal formell geändert worden. Dennoch übt sie – dank der rechtsfortbildenden Tätigkeit des Supreme Courts – auch heute

noch ihre integrative Wirkung auf die Rechtsgemeinschaft aus. Mit dieser Konstruktion, die zu Bewahrendes festhält, ohne notwendige Innovationen dauerhaft zu blockieren, „fahren“ also moderne Gesellschaften offensichtlich gut – warum sollten wir diese Strukturen ändern?

Anmerkungen

¹ Vgl. hierzu *Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Innovationen durch Recht und im Recht. In: *Schulte, Martin (Hrsg.): Technische Innovation und Recht*. Heidelberg 1996, 3–34 (3).

² Vgl. *Hildebrandt u. a.*, Herunter vom hohen Roß, in: *Der Spiegel* 28/2000, 22ff. (24) unter Verweis auf das amerikanische Nachrichtenmagazin *Newsweek*.

³ Vgl. *Grimm, Dieter*: Recht und Politik. In: *Juristische Schulung* 9 (1969), 501–510 (502); vgl. auch *Geiger, Willi*: Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts. Bielefeld 1980, 10.

⁴ Vgl. *Ossenbühl, Fritz*: Probleme und Wege der Verfassungsauslegung. In: *Die öffentliche Verwaltung* 18 (1965), 649–661.

⁵ Vgl. zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *Jarass, Hans D.*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 42 (1989), 857–862.

⁶ Vgl. *Di Fabio, Udo*, in: *Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar*. München ²⁹1993, Art. 2 Abs. 1 Rn. 147ff.

⁷ Vgl. *Schoch, Friedrich*: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In: *Jura* 30 (2008), 352–359 (352f.).

⁸ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 84, 192 (194); auch *Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. München ⁸2006, Art. 2 Rn. 44.

⁹ Vgl. *Statistisches Bundesamt*: Statistisches Jahrbuch 2008, 115.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen *Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme. In: *Juristenzeitung* 63 (2008), 1009–1022.

¹¹ Vgl. *Di Fabio, Udo*, in: *Maunz/Dürig*: Grundgesetz (wie Anm. 6), Art. 2 Abs. 1 Rn. 176ff.; auch *Jarass/Pieroth*: Grundgesetz (wie Anm. 8), Art. 2 Rn. 44f.

¹² BVerfGE 120, 274ff.

¹³ Vgl. BVerfGE 120, 274 (303ff.); auch *Bäcker, Matthias*: Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation. In: *Rensen, Hartmut / Brink, Stefan* (Hrsg.): *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*. Berlin 2009, 99–136 (insb. 119).

¹⁴ *Schirrmacher, Frank*: Die Revolution der Piraten. In: *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* vom 20.09.2009, 19.

¹⁵ So zu Recht *Dederer, Hans-Georg*: Die Stellung des Gutes Gesundheit im Verfassungsrecht. In: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 9 (2004), 193–209 (203).

¹⁶ BVerfGE 115, 25ff.

¹⁷ Vgl. hierzu *Wenner, Ulrich*: Grenzen der Leistungspflicht der Kassen für nicht anerkannte Behandlungsverfahren und nicht zugelassene Medikamente. In: *Soziale Sicherheit* 56 (2007), 75–78.

¹⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. Juni 2008 – 1 BvR 1665/07 –, juris.

¹⁹ Vgl. *Dreier, Horst*, in: *ders.*: *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 81ff.; *Höfling, Wolfram*, in: *Sachs, Michael* (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar*, München 2009, Art. 1 Rn. 23ff.; *Herdegen, Matthias*, in: *Maunz/Dürig*: *Grundgesetz* (wie Anm. 6), Art. 1 Rn. 62ff. und 93ff.; *Hofmann, Hans*, in: *Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Hofmann, Hans / Hopfau, Axel*: *Kommentar zum Grundgesetz*. Köln/München 2008, Art. 1 Rn. 27ff.

²⁰ Vgl. *Dreier, Horst*, in: *ders.*: *Grundgesetz* (wie Anm. 19), Art. 1 Abs. 1 Rn. 82.

²¹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (251); auch BVerfGE 39, 1 (37) zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

²² Vgl. *Starck, Christian*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin. In: *Juristenzeitung* 57 (2002), 1065–1072 (1067).

²³ Vgl. *Höfling, Wolfram*: Biomedizinische Auflösung der Grundrechte, in: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/II* (2003), 99–115 (114f.); andererseits: *Dreier, Horst*, in: *ders.*, *Grundgesetz* (wie Anm. 19), Art. 1 Abs. 1 Rn. 81ff. mit weiteren Nachweisen. Wie hier: *Höfling, Wolfram*, in: *Sachs*: *Grundgesetz* (wie Anm. 19), Art. 1 Rn. 59.

²⁴ So auch *Höfling* (wie Anm. 23), 111f.

²⁵ Vgl. hierzu *Dreier, Horst*, in: *ders.*: *Grundgesetz* (wie Anm. 19), Art. 1 Abs. 1 Rn. 111.

²⁶ Vgl. *Kamp, Manuel*: Forschungsfreiheit und Kommerz – Der grundrechtliche Schutz mit wirtschaftlicher Zielsetzung betriebener Forschung und ihrer Verwertung, beispielhaft anhand der Arzneimittelzulassung. Berlin 2004 (Diss. Köln 2003).

²⁷ Vgl. *Hassemer, Winfried*: Politik aus Karlsruhe? Vortrag vor der Siemens-Stiftung in München am 17. Oktober 2007 (Manuskript S. 20).