

Susan Maurer / Daniel Kersting

## **Ist der Leichnam eine Sache?**

Ein Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie

---

Die zunehmende Nutzung des menschlichen Leichnams innerhalb wie ausserhalb der Medizin erzwingt eine Grundlagenreflexion auf dessen Rechtsnatur. Dabei gilt es die Frage zu prüfen, ob der Leichnam als Sache gelten solle. Im Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie werden im Folgenden wesentliche Probleme einer sachenrechtlichen Qualifizierung unter besonderer Berücksichtigung gegenwärtiger Kommerzialisierungsbestrebungen erörtert. Schliesslich wird eine Lösung vorgeschlagen, die beansprucht, die personale Perspektive auf den Leichnam angemessen in die rechtliche Subsumtion zu integrieren, um eine ganzheitliche Lösung zu erzielen.

---

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Sachenrecht; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Susan Maurer / Daniel Kersting, Ist der Leichnam eine Sache?, in: Jusletter 29. August 2011

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Einordnung des Leichnams in bestehende Kategorien
  - 2.1 Kriterien zur Bestimmung einer Sache
  - 2.2 Kritik an den bestehenden Kriterien beim Versuch der Einordnung des Leichnams
    - 2.2.1 Kriterium der Unpersönlichkeit
    - 2.2.2 Kriterium der Körperlichkeit
  - 2.3 Zur normativen Dimension der Frage nach der Rechtsnatur des Leichnams
3. Der relationale Schutzgedanke – indirekter Schutz des Leichnams
  - 3.1 Das Andenkenschutzprinzip
  - 3.2 Postmortale Persönlichkeitsrechte
4. Ökonomisierung des toten Körpers
  - 4.1 Die rechtlichen Grundlagen
  - 4.2 Normativ-ethische Überlegungen zum Kommerzialisierungsverbot
5. Die rechtliche Sonderstellung des Leichnams in Analogie zum Tier
  - 5.1 Die rechtliche Qualifizierung von Tieren
  - 5.2 Rückschlüsse auf die Qualifizierung der Rechtsnatur des Leichnams
6. Schlusswort

## Literaturverzeichnis

### 1. Einleitung<sup>1</sup>

[Rz 1] Im Zuge des medizinisch-technischen Fortschritts sind die Möglichkeiten der Nutzung des menschlichen Leichnams und seiner Teile in den letzten Jahrzehnten immens gestiegen. Nahezu alle Körperteile können mittlerweile postmortal in den Dienst medizinischer Forschung und Heilung gestellt werden. Aber auch ausserhalb der Medizin dienen Leichen beispielsweise in der Automobilindustrie zur Eichung von Crash-Test-Dummies oder erlangen als Exponate etwa in Gunter von Hagens Ausstellung «Körperwelten» Weltruhm. Diese teils neuartigen Praxen und die mit ihnen einhergehenden Kommerzialisierungstendenzen haben dem Leichnam bereits den Ruf eingebracht, «Schatz des 21. Jahrhunderts»<sup>2</sup> zu sein. Damit wird das Recht allerdings vor neue Herausforderungen gestellt, die eine Grundlagenreflexion auf den rechtlichen Status<sup>3</sup> des menschlichen Leichnams erfordert.

[Rz 2] Trotz des aktuell beachtlichen Kodifikationsumfanges, besteht in der gesamten Schweizerischen Gesetzeslandschaft keine Bestimmung über die Rechtsnatur des Leichnams. Auch herrscht nach wie vor innerhalb der schweizerischen Rechtslehre keine Einigkeit darüber, wie der Leichnam rechtlich zu qualifizieren ist.<sup>4</sup> Einerseits kann der Leichnam

im rechtlichen Sinne keine Persönlichkeit mehr sein, da diese gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB<sup>5</sup> mit dem Tod endet.<sup>6</sup> Andererseits legen die persönlichkeitsrechtlichen Begründungen des strafrechtlichen Schutzes der Totenruhe und des Andenkens<sup>7</sup>, die das Kommerzialisierungsverbot enthalten u.a. im Biomedizinübereinkommen (BMÜ)<sup>8</sup> und allenfalls die Parallele zum Tierrechtsnaturartikel (Art. 641a ZGB)<sup>9</sup> nahe, dass es sich beim toten Körper nicht um eine blosse Sache im Sinne des Art. 641 Abs. 1 ZGB<sup>10</sup> handeln kann. Schon die bestehende Gesetzeslage lässt also erkennen, dass die Rechtsnatur des toten Körpers im Rahmen der zivilrechtlichen Begriffe «Person» und «Sache» nicht angemessen bestimmt werden kann und es deshalb einer differenzierteren Betrachtung bedarf.

[Rz 3] Den folgenden Überlegungen liegt die Überzeugung zugrunde, dass eine angemessenere Bestimmung des Leichnams der Integration einer interdisziplinären Perspektive auf den toten Körper bedarf. Insofern die Rechtsnatur des Leichnams nämlich in spezifischer Weise «zwischen» den Rechtskategorien «Person» und «Sache» anzusiedeln ist, ist das Recht zum Auffinden differenzierter Begriffe auf eine Reflexion lebensweltlich-praktischer Verhältnisse verwiesen. Sofern diese im Rahmen der philosophischen Anthropologie und Ethik geleistet wird, ist zur Klärung der rechtlichen Qualifikation des Leichnams ein Dialog zwischen der Rechtswissenschaft und der Philosophie angeraten.

[Rz 4] Diskussionsgegenstand dieses Dialoges ist die These, dass der Leichnam in rechtlicher Hinsicht als eine Sache zu gelten habe. Für diese These werden vor allem drei Gründe angeführt<sup>11</sup>: Erstens seien die zur Bestimmung einer Sache relevanten sachenrechtlich geforderten Kriterien beim Leichnam erfüllt, zweitens sei der Leichnam faktisch verkehrsfähig und drittens mangle es an tragfähigen alternativen Kategorien. Alle drei Argumente sollen im Folgenden einer Prüfung und einer Kritik unterzogen werden.

im Transplantationsrecht, in: Jusletter vom 22. November 2010.

<sup>5</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand 1. Januar 2008 (ZGB; SR 210). Art. 31 Abs. 1 ZGB lautet: «Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode.»

<sup>6</sup> Hierin stimmen sämtliche Sprachfassungen von Art. 31 ZGB überein: «La personnalité (...) finit par la mort.», «Die Persönlichkeit (...) endet mit dem Tode.», «La personalità (...) finisce colla morte.»

<sup>7</sup> Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 und Art. 262 Ziff. 2 StGB.

<sup>8</sup> Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin. Die Schweiz hat das Übereinkommen am 7. Mai 1999 unterzeichnet, am 24. Juli 2008 ratifiziert und es ist am 1. November 2008 in Kraft getreten (Biomedizinabkommen, BMÜ; SR 0.810.2). Vgl. zum Kommerzialisierungsverbot ausführlich Kapitel 4.

<sup>9</sup> Vgl. Kapitel 5.

<sup>10</sup> Art. 641 Abs. 1 ZGB lautet: «Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.»

<sup>11</sup> Im Folgenden vgl. KÄLIN, S. 75, 67 ff.

<sup>1</sup> Dieser Aufsatz ist in Teilen im Rahmen des von der VolkswagenStiftung geförderten Projekts «Tod und toter Körper. Zur Veränderung des Umgangs mit dem Tod in der gegenwärtigen Gesellschaft» entstanden.

<sup>2</sup> KELLER, Alles muss raus, Frankfurter Allgemeine FAZ.NET. 10. November 2008. <http://www.faz.net/-00q6q2> [25. Juni 2011].

<sup>3</sup> «En soi, le cadavre humain est une chose (...). Son statut juridique est cependant particulier, car son sort intéresse la conscience ainsi que les convictions religieuses et morales (...).» STEINAUER, Les droits réels, n. 68. Für öffentlichrechtliche Aspekte zur Rechtsnatur des Leichnams vgl. BORGI, L'image de la mort en droit public, p. 66 ss..

<sup>4</sup> Vgl. exemplarisch KÄLIN, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zürich 2002, S. 74ff.; OTT/GRIEDER, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz, AJP/PJA 2001, S. 627 ff.; BREITSCHMID/WITTMER, Entwicklungen

## 2. Einordnung des Leichnams in bestehende Kategorien

[Rz 5] Die rechtliche Qualifizierung des lebenden menschlichen Körpers ist unstrittig: Nach einstimmiger Auffassung wird dieser als Ganzes<sup>12</sup> vom Persönlichkeitsrecht erfasst, womit ihm keine Sachqualität zukommt und folglich an ihm keine sachenrechtlichen Herrschaftsrechte begründet werden können.<sup>13</sup> Gemäss geltender Rechtsordnung erfährt der lebende menschliche Körper mit dem Tod – dem endgültigen Ausfall der Gehirnfunktionen<sup>14</sup> – allerdings eine einschneidende Veränderung<sup>15</sup>: Der Leichnam hat gem. Art. 31 Abs. 1 ZGB keine Persönlichkeit mehr.<sup>16</sup> Dennoch war die rechtliche Einordnung des Leichnams in der schweizerischen Rechtslehre mangels Kodifikation stets strittig.<sup>17</sup> Obschon dem toten Körper eine Rechtspersönlichkeit übereinstimmend abgesprochen wird, wurde dieser von der Schweizer Lehre nie einhellig als das Gegenteil<sup>18</sup> – eine Sache – qualifiziert.<sup>19</sup> GAUGLER resümierte bereits 1939, es sei die dem Materialismus entgegenkommende Generation, welche den nur noch zoologisch, physikalisch, chemisch denkenden Menschen vertrate, die den Leichnam in das Privatrechtssystem einzuführen wünsche.<sup>20</sup> Auch das Bundesgericht spricht sich dafür aus, Leichen nicht als eine «gewöhnliche Sache» zu

qualifizieren.<sup>21</sup> Nichtsdestotrotz wird gegenwärtig immer wieder dafür plädiert, den Leichnam ins Sachenrecht einzuordnen. So gelangt KÄLIN quasi aus einem Notstand an zivilrechtlichen Kategorien zu dem Schluss, dass Leichen Sachen sein müssen.<sup>22</sup> Nach KÄLIN verwandle sich das Rechtssubjekt Mensch mit dem Tod in das Rechtsobjekt Leiche. Da auf Rechtsobjekte das Sachenrecht Anwendung findet, soll auch dem Leichnam Sachqualität zugesprochen werden. Andere Lehrmeinungen plädieren dafür, den Leichnam als Tertium, als Scheinsache oder als Sache sui generis zu behandeln. In jedem Fall stellt der Tod in Bezug auf die Körperlichkeit eine vom Recht geschaffene Grenze dar.<sup>23</sup> Unklar ist einzig die rechtliche Qualifizierung der Körperlichkeit nach Überschreiten dieser Grenze.

### 2.1 Kriterien zur Bestimmung einer Sache

[Rz 6] Gegenwärtig stellt sich die Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang das Sachenrecht auf den Leichnam oder Teile davon Anwendung finden kann. Damit das Sachenrecht überhaupt auf den Leichnam anwendbar ist, muss es möglich sein, den Leichnam als Sache<sup>24</sup> zu qualifizieren. EUGEN HUBER<sup>25</sup> verankerte im ZGB keine klassische Definition für den Begriff Sache<sup>26</sup>, jedoch entwickelten Rechtsprechung und Lehre die folgenden Kriterien: Erstens muss eine Sache abgegrenzt sein, d.h. sie hat ein abgegrenztes (gesonder-tes) Dasein im Raum.<sup>27</sup> Das ist dann der Fall, wenn der Gegenstand von anderen Gegenständen körperlich abgegrenzt werden kann und wirtschaftlich, bzw. funktional eine Einheit bildet.<sup>28</sup> Zweitens: «Eine Sache ist immer ein körperlich greifbarer, dreidimensionaler Gegenstand.»<sup>29</sup> Das ZGB und in Übereinstimmung damit das Bundesgericht gehen von einem engen Sachbegriff in Bezug auf das Kriterium der Körperlichkeit aus, insofern sie eine «integrale Körperlichkeit»<sup>30</sup>

<sup>12</sup> Dies trifft nur, aber immerhin auf den menschlichen Körper als Ganzes zu. Differenziert betrachtet werden hingegen beispielsweise abgetrennte und künstliche Körperteile.

<sup>13</sup> KÄLIN, S. 64.

<sup>14</sup> Der sog. Gesamthirntod wurde mittels FMH Richtlinien 2005 erarbeitet und wird in der Schweiz seit längerem als massgebendes Todeskriterium anerkannt, u.a. auch vom Bundesgericht (BGE 98 Ia 507; 123 I 112). Bemerkenswerterweise gab es bis 1972 für die Interpretation des Todes weder eine gesetzliche Regelung, noch eine Rechtsprechung (vgl. GUILLOD, *Droit des personnes*, n 32.). Für weitere Ausführungen zum Konzept des Gesamthirntodes wird auf die einschlägige medizinische Fachliteratur verwiesen, beispielsweise GUILLOD/DUMOULIN, *Définition de la mort et prélèvement d'organes – aspects constitutionnels*, Neuchâtel 1999, p. 30 n. 6.

<sup>15</sup> Die Veränderung ist zwar einschneidend, jedoch nicht unmittelbar, so in Übereinstimmung zu BGE 118 V 319 vgl. auch DE BIASIO/FOGLIA, *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*, S. 153: «(...) da notare che i diritti della personalità non cessano immediatamente con la morte.»

<sup>16</sup> «(...) la capacità di aver diritti e obbligazioni presuppone una persona vivente.» GURTI-FORRER, Art. 31 p. 70.

<sup>17</sup> FOLKA in: *Basler Kommentar II*, Art. 262 RN 30; KÄLIN, S. 66 und einer ausführlichen Aufzählung zum Stand der Lehre anno 2002 in FN 303 und 304; SCHMID JÖRG, *Sachenrecht*, Zürich 1997, § 1 RN 5; FASEL, *Repetitorium zum schweizerischen Sachenrecht*, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 8; STUDER JOSEF, *Repetitorium Sachenrecht*, Zürich 2004, S. 26.

<sup>18</sup> Das ZGB unterscheidet zwei Kategorien von Körperlichkeit: Die (natürlichen) Personen und die Sachen.

<sup>19</sup> FOLKA in: *Basler Kommentar II*, Art. 262 RN 30; SCHMID, § 1 RN 5; FASEL, S. 8; STUDER, S. 26; GAUGLER, *Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion*, SJZ 35/1938–39 S. 339 ff; VON TOBEL, *Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion*, Diss., Zürich 1946, S. 17.

<sup>20</sup> GAUGLER, S. 339.

<sup>21</sup> BGE 112 IV 37: Der Terminus Sache ist jedoch nicht als solcher zu verstehen, sondern als sog. Sachoid, d.h. ein Leichnam ist «ein Objekt, das nur in beschränkter Masse besonderen Rechtsbeziehungen unterworfen sein kann.»

<sup>22</sup> KÄLIN, S. 68 sowie FN 313.

<sup>23</sup> Analoges gilt für das Persönlichkeitsrecht. Hier wird der Tod gar als «künstliche Grenze» bezeichnet. Vgl. BREITSCHMID/KAMP, *Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen*, Festschrift für Prof. Dr. F. Öztan, Ankara 2010.

<sup>24</sup> Das ZGB enthält den Begriff Sache weit über hundert Male und Art. 641 Abs. 1 ZGB führt den Begriff im vierten Teil – dem Sachenrecht – des ZGB ordentlichweise ein.

<sup>25</sup> EUGEN HUBER gilt mitunter als Vater des ZGB.

<sup>26</sup> SCHMID, § 1 RN 3; CARRANZA/MICOTTI, *Les droits réels*, p. 5; STEINAUER, *Les droits réels*, n. 59 ss.

<sup>27</sup> SCHMID, § 1 RN 8.

<sup>28</sup> STUDER, S. 26; Sonderfälle Anbetrachts dieses Kriteriums sind Mengensachen, Fahrnis sowie Liegenschaften; FASEL, S. 7 ff.; SCHMID, § 1 RN 8.

<sup>29</sup> STUDER, S. 25.

<sup>30</sup> BGE 119 Ia 399; FASEL, S. 9; Die Sache grenzt sich mit diesem Kriterium von Rechten, Vermögen, Energien und Naturkräften, Immaterialgüterrechten sowie Sach- oder Rechtsgesamtheiten ab (SCHMID, § 1 RN 7;

fordern. Durch diesen engen Sachbegriff lässt sich die Sache von Rechten, Vermögen, Energien und Naturkräften, Immaterialgüterrechten sowie Sach- oder Rechtsgesamtheiten abgrenzen. Drittens kommt Sachqualität nur den dem Menschen verschiedenen Gegenständen zu.<sup>31</sup> Durch dieses Kriterium der «Unpersönlichkeit» wird sichergestellt, dass Menschen niemals als Sachen qualifiziert werden. Schliesslich muss ein körperlicher Gegenstand viertens beherrscht – also erworben, angeeignet, genutzt – werden können um Sachqualität zu haben<sup>32</sup> Dies setzt sowohl tatsächliche als auch rechtliche Beherrschbarkeit voraus: «Tatsächliche Beherrschbarkeit» impliziert «eine Nutzung oder zumindest die Möglichkeit des physischen Erwerbs.»<sup>33</sup> Die rechtliche Beherrschbarkeit setzt voraus, dass das Recht die Beherrschung auch zulässt.<sup>34</sup>

## 2.2 Kritik an den bestehenden Kriterien beim Versuch der Einordnung des Leichnams

[Rz 7] Auf den ersten Blick scheint der Leichnam alle Kriterien zu erfüllen. Doch bei genauerer Prüfung erweist sich die Anwendung des Kriteriums der Unpersönlichkeit, der Körperlichkeit und der Beherrschbarkeit<sup>35</sup> als problematisch. Das einzige Kriterium, das unbestrittenermassen auf den Leichnam anwendbar ist, ist das Kriterium der Abgegrenztheit. Dieses ist jedoch für die Auszeichnung des Leichnams als Sache unbrauchbar, da das Merkmal der körperlichen Abgegrenztheit auch dem lebenden menschlichen Körper zukommt. Diesen ordnet das Recht aber dezidiert nicht dem Sachenrecht zu, sondern stellt ihn unter den Schutz des Persönlichkeitsrechts. Das Kriterium der Abgegrenztheit trägt also gar nichts zur Unterscheidung zwischen lebendem und totem Körper bei und ist folglich für die hier diskutierte Frage irrelevant.

### 2.2.1 Kriterium der Unpersönlichkeit

[Rz 8] Die These, der Leichnam sei eine «unpersönliche» Sache, erweist sich in zweierlei Hinsicht als problematisch: Zum einen hinsichtlich der Unterscheidung der Begriffe «Mensch» und «Person» im Recht, zum anderen hinsichtlich der Tatsache, dass diese Bestimmung vor dem Hintergrund lebensweltlicher Praxen unzutreffend ist. Zunächst zum ersten Problem:

STUDER, S. 25).

<sup>31</sup> SCHMID, § 1 RN 5.

<sup>32</sup> SCHMID, § 1 RN 9; Mangels fester Umgrenzungen sind der Himmelskörper, die freie Luft, das fliessende Wasser sowie das offene Meer nicht tatsächlich beherrschbar (FASEL, S. 8). Infolgedessen werden sie nicht als Sachen i.S.v. Art. 641 Abs. 1 ZGB bezeichnet.

<sup>33</sup> STUDER, S. 26.

<sup>34</sup> STUDER, S. 26.

<sup>35</sup> Das Kriterium der Beherrschbarkeit zielt massgeblich auf die Frage ab, ob das Recht diese zulässt. Diese Frage wird unter dem Gesichtspunkt der Kommerzialisierung in Ziff. 4 eingehend erläutert werden.

[Rz 9] Die Qualität «Mensch» schliesst eine Qualifizierung als Sache aus. Um die Zulässigkeit der Anwendung dieses Kriteriums auf den Leichnam zu prüfen, muss aus rechtswissenschaftlicher Sicht zunächst geklärt werden, ob der tote Körper im Schweizer Recht noch als Mensch begriffen wird. «Die Frage nach der Stellung des Menschen in der Rechtsordnung hängt von der herrschenden sittlichen Wertvorstellung ab.»<sup>36</sup> Der Schweizerische Verfassungsgeber nahm den Begriff «Mensch» in den Wortlaut der Bundesverfassung auf, indem er in Art. 7 BV<sup>37</sup> schrieb «Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.» Um des Menschseins willen und ohne jede weitere Voraussetzung werden in der Schweizerischen Rechtsordnung dem Menschen Rechte und Pflichten verliehen, denn «rechtsfähig ist jedermann.»<sup>38</sup> Unter «Mensch» ist jedes Lebewesen zu verstehen, welches durch Verschmelzung einer menschlichen Eizelle mit einer menschlichen Samenzelle entsteht.<sup>39</sup> Anders als die viel diskutierte Frage des Beginns des Menschseins interessiert für die Bestimmung des Kriteriums der Unpersönlichkeit die Frage, ob das Menschsein ein Ende hat. «Die Persönlichkeit (...) endet mit dem Tode.»<sup>40</sup> Dies sagt indes nichts über das Ende des Menschendaseins aus, könnte es ja auch gesetzgeberischer Wille sein, dass die Persönlichkeit mit dem Tode endet, dem Leichnam aber noch der Status des Menschen zukommt. Diese These scheint jedoch angesichts mangelnder rechtswissenschaftlicher Kriterien zur Unterscheidung der Begriffe «Mensch» und «Person» nicht zuzutreffen. Dass der Gesetzgeber bei der Verwendung der Begriffe «Mensch» und «Person» keine klare Grenze markiert, geht einerseits aus dem Wortgebrauch des ZGB hervor: «Person [bedeutet] vielmehr jedermann, Mensch, irgendjemand.»<sup>41</sup> Andererseits findet diese Begriffsverwässerung in der BV selbst statt, wo der Gesetzgeber bald «Mensch»<sup>42</sup>, bald «Person»<sup>43</sup> schreibt, ohne klar Gemeinsamkeiten oder Unterschiede aufzuzeigen. Zum gleichen Ergebnis kommt RÜTSCHÉ, indem er die geltenden internationalen und nationalen Grundrechtskataloge auf diese beiden Begriffe hin untersuchte, da dort – gleich wie im ZGB – Menschen und Personen als Rechtsträger erscheinen.<sup>44</sup> Während die Unterscheidung der Begriffe «Mensch» und «Person» im Recht<sup>45</sup> wohl eher «auf redaktionellen und

<sup>36</sup> PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, S. 25.

<sup>37</sup> Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>38</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 ZGB.

<sup>39</sup> PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 29.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB. Ausführungen zum Tod folgen.

<sup>41</sup> FRANK, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, S. 31.

<sup>42</sup> Bsp. Art. 7, 8, 10 BV u.v.m.

<sup>43</sup> Bsp. Art. 9, 13, 15 BV u.v.m.

<sup>44</sup> RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil., Zürich/St. Gallen 2009, S. 94, S. 97.

<sup>45</sup> Besonders deutlich wird dies in Art. 7 BV: Während die deutschsprachige Version den Artikel mit *Menschenwürde* betitelt, lautet er in Französisch

historischen Zufälligkeiten»<sup>46</sup> beruht, ist sie in der Philosophie expliziter Gegenstand der Reflexion.

[Rz 10] Auch innerhalb der philosophischen Debatten zum moralischen Status des Leichnams ist allerdings strittig, ob der Leichnam als Sache, Mensch oder gar als Person anzusehen ist.<sup>47</sup> Wie jede begriffliche Bestimmung und Unterscheidung ist auch diese abhängig von einer im Hintergrund stehenden Theorie, innerhalb derer die Begriffe «Mensch» und «Person» entwickelt und unterschieden werden. Im Rahmen ethischer Theoriebildung wird der Personenbegriff zu meist als ein *normativer* Begriff konzipiert. Als solcher soll er zur Begründung von Rechten sowie moralischen Ansprüchen und Pflichten herangezogen werden. Der Begriff des Menschen wird demgegenüber nicht als normativer, sondern als *deskriptiver* Begriff im Sinne der Spezieszugehörigkeit verwendet. Versteht man den Begriff «Mensch» in dieser Weise – und die obigen Ausführungen legen ein solches Verständnis nahe – dann lassen sich auf ihn allerdings keine Rechte und Pflichten gründen, weil die biologische Zugehörigkeit des Menschen zur Spezies Mensch keinen hinreichenden normativen Grund darstellt, um eine ethische Schutzwürdigkeit des Menschen zu legitimieren.<sup>48</sup> Wendet man diese Unterscheidung auf die Verwendung der Begriffe «Mensch» und «Person» im Recht an, so kann gefolgert werden: Wenn die Begriffe «Mensch» und «Person» im Recht synonym verwendet werden, und «Person» im Sinne von Art. 11 ZGB als normativer Begriff gilt, dann ist der Begriff des Menschen ebenso im Sinne eines normativen Begriffs zu deuten. Diese streng synonyme Verwendung führt freilich dazu, dass auch das Menschsein gemäss Art. 31 ZGB mit dem Tod endet. In der Folge könnte das Kriterium der Unpersönlichkeit auf den Leichnam angewendet werden, da mit dem Tod dann nicht bloss das Personsein, sondern auch das Menschsein im rechtlichen Sinne beendet ist. Argumentiert man hingegen für eine Differenz der Begriffe und versteht den Begriff «Mensch» primär als Ausweis einer biologisch feststellbaren Spezieszugehörigkeit, so ist er zwar vom normativen Begriff

der Person zu unterscheiden, kann allerdings nicht als normative Quelle von moralischen oder rechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden.<sup>49</sup> Gemäss dieser Unterscheidung ist die Einordnung des Leichnams als Sache dann nicht mehr abhängig von der Frage, ob er noch Mensch ist, da es sich dabei um eine deskriptiv zu beantwortende Frage handelt, die keinen Aufschluss darüber gibt, ob der Leichnam in normativer Hinsicht im Recht als Sache gelten *soll*.

[Rz 11] Aus der Perspektive der Philosophie lässt sich allerdings noch ein zweites Argument gegen die Annahme entwickeln, der Leichnam sei eine unpersönliche Sache. Dieses Argument rekurriert nicht auf die Frage nach der Spezieszugehörigkeit des Leichnams, sondern auf unsere lebensweltlichen Praxen des Umgangs mit dem toten Körper: In diesen Praxen drückt sich nämlich sehr wohl ein *personaler* Bezug auf den toten Körper aus: Schon die Tatsache, dass wir den Leichnam bestatten und nicht beliebig entsorgen, gibt Aufschluss darüber, dass er jedenfalls in lebensweltlichen Zusammenhängen gerade nicht als Sache begriffen wird. Diese Praxen liessen sich mit einer Bestimmung des Leichnams als unpersönliche Sache nicht plausibel machen und wären unter einer solchen Bestimmung allenfalls als irrational zu bewerten. Das Recht müsste dann erklären, warum es Praxen, die es nach Massgabe seiner eigenen Kategorien für irrational erklärt, überhaupt unter einen straf- und allenfalls zivilrechtlichen Schutz stellt. Insofern das Recht also dieser personalen Dimension unseres Umgangs mit dem Leichnam angemessen Rechnung tragen will, muss es auch dessen rechtlichen Status aus einer *praktischen* Perspektive bestimmen.<sup>50</sup> Die Bestimmung des praktischen Status des Leichnams gewinnt ihre Begriffe aus einer Reflexion auf das ehemalige Mensch- und Personsein, sowie auf die praktischen Verhältnisse, innerhalb derer der Leichnam situiert

---

*dignité humaine* und in Italienisch *dignità umana*. In allen drei Sprachen wird der Begriff Mensch verwendet. Hingegen lautet der erste Ausschnitt des Artikelwortlautes auf Deutsch *alle Menschen*, auf Französisch *la dignité humaine*, jedoch auf Italienisch *la dignità della persona*. Ausschlaggebend ist der Vergleich mit dem italienischen Text, welcher bald *dignità umana*, bald *dignità della persona* verwendet.

<sup>46</sup> RÜTSCHKE, S. 99.

<sup>47</sup> Vgl. exemplarisch: DIETER BIRNBACHER, Philosophisch-Ethische Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: Stefanelli, Norbert (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 927–932. HÉCTOR WITTWER, Der Leichnam aus der Sicht der Philosophie, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie Bd. 56, 2008/1, S. 97–117. THEDA REHBOCK, Personsein in Grenzsituationen. Zur Kritik der Ethik medizinischen Handelns, Paderborn 2005.

<sup>48</sup> EthikerInnen, die bereits in der Spezieszugehörigkeit ein normatives Kriterium zur Begründung einer ethischen Schutzwürdigkeit der Menschen zu finden meinen, sehen sich mit dem Vorwurf des Spezieszismus konfrontiert.

---

<sup>49</sup> Diese Position wird freilich nicht von allen Autor/innen geteilt. So geht etwa WITTWER davon aus, dass sich normative Ansprüche sehr wohl auf das Menschsein gründen liessen. Deshalb räumt er auch der ontologischen Analyse, die die Seinsweise des Leichnams aufzuklären beansprucht, den Primat vor der moralphilosophischen Reflexion ein. Vgl. ausführlicher Kapitel 2.3.

<sup>50</sup> Im Unterschied zu einer theoretisch-determinierenden verstehen wir unter der praktischen Perspektive die Perspektive der engagierten Teilnehmerinnen und Teilnehmer an einer gemeinsam geteilten lebensweltlichen Praxis. Diese Perspektive wird im Folgenden als die der ersten und zweiten Person bezeichnet. Im Anschluss an die Unterscheidung des Phänomenologen JANKÉLÉVITCH verstehen wir unter «erster Person» die Perspektive der Person auf ihren eigenen Tod und künftig eigenen Leichnams (Vollzugs-perspektive, Selbstbezug), und unter «zweiter Person» die Perspektive der Person auf den Tod eines nahestehenden Menschen, etwa eines Angehörigen bzw. dessen Leichnam (Teilnehmerperspektive, Fremdbezug). Die «dritte Person» bezeichnet im Unterschied dazu die apersonale Perspektive auf den Tod und den toten Körper, wie sie etwa im Rahmen wissenschaftlichen Forschens überwiegend, aber auch innerhalb unseres noch nicht reflektierten Alltagsverständnisses des Todes und des Leichnams faktisch wohl häufig eingenommen wird (Beobachterperspektive, Sachbezug). Vgl. zur Rede vom Tod in der ersten, zweiten und dritten Person: JANKÉLÉVITCH, Der Tod, Frankfurt 2005.

ist. Eine solche Reflexion lässt erkennen, dass der Leichnam in vielfältiger Hinsicht Gegenstand von Respekt, Trauer und Pietät ist. Er ist ein wesentlicher Bezugspunkt des Andenkens und mit ihm werden immaterielle Werte verbunden, die Angehörige bspw. davon abhalten können, den toten Körper zur klinischen Sektion oder zu Transplantationszwecken freizugeben. Bestimmt man die Rechtsnatur des Leichnams ausgehend von diesen lebensweltlich-praktischen Verhältnissen, dann wird deutlich, dass das Merkmal der Unpersönlichkeit nicht zutrifft.

### 2.2.2 Kriterium der Körperlichkeit

[Rz 12] Beim Leichnam stellt die Anwendung dieses Kriteriums aus rechtlicher Sicht zunächst keine Schwierigkeiten dar, da es sich tatsächlich um einen körperlich greifbaren, dreidimensionalen «Gegenstand» handelt. Betrachtet man den toten Körper jedoch wie vorgeschlagen aus einer *praktischen* Perspektive, so wird deutlich, dass die Bestimmung des toten Körpers als «greifbarer, dreidimensionaler Gegenstand» zwar unter physikalischen Gesichtspunkten tatsächlich zutrifft, im Kontext lebensweltlicher Praxen jedoch eine ungeheure Reduktion darstellt. Inwiefern in lebensweltlich-praktischer Hinsicht vielmehr von einer *besonderen* Körperlichkeit des Leichnams auszugehen ist, und er gerade «keine gewöhnliche Sache»<sup>51</sup> ist, kann mithilfe philosophisch-anthropologischer Überlegungen zum Leibbegriff aufgeklärt werden.

[Rz 13] Die Annahme, der tote menschliche Körper sei der Körperlichkeit einer blossen Sache gleich, stellt den toten Körper, so hat es der Philosoph JANKÉLÉVITCH einmal ausgedrückt, bloss als Resultat einer Subtraktion dar: Person minus Geist gleich Leichnam.<sup>52</sup> Zunächst scheint einiges für dieses Subtraktionsmodell zu sprechen. All das, was wir wesentlich mit der Person verbinden, ihr Sprechen, ihr Handeln, kurz, ihre unerschöpflichen Möglichkeiten sich als Person auszudrücken, sind mit dem Tod unwiederbringlich verloren. Eine naturwissenschaftliche Bestätigung scheint das Subtraktionsmodell im Hirntodkriterium zu erhalten, denn es erlaubt vom Tod der Person zu sprechen, während Teile des Organismus noch eine Zeit lang lebendig sind. Doch bei genauerer Prüfung erweist sich dieses Modell als problematisch, da es auf der Annahme beruht, dass schon der Körper der Person zu Lebzeiten ein von ihr als geistigem Wesen zu trennender Gegenstand ist. Eine solche Trennung des Geistes vom Körper ist aber eine nachträgliche, innerhalb einer Theorie vorgenommene Trennung zweier Aspekte, die im konkreten Lebensvollzug von Menschen unauflöslich miteinander verbunden sind. Meint man mit Geist die Fähigkeit des Menschen zu denken, zu sprechen oder zu handeln, so ist offensichtlich, dass wir diese Fähigkeit nur als leibliche Wesen realisieren können. Unser Denken, Sprechen und

Handeln ist notwendig ein leibliches Denken, Sprechen und Handeln. Und so liegt das, was wir «Person» oder «Ich» nennen, nicht unabhängig vom Leib vor oder geht diesem gar voraus, sondern findet allererst im Leib und als Leib seinen manifesten Ausdruck. In diesem Sinne kann gesagt werden, dass unser Leib durch eine Doppelstruktur ausgezeichnet ist: Er ist ein Körper, den wir *haben*, den wir verobjektivieren, wissenschaftlich beschreiben und beherrschen können, und zugleich der Leib, der wir selber sind.<sup>53</sup> Von dieser Idee der Doppelstruktur macht auch das geltende Recht Gebrauch, wenn es den eigenen oder fremden lebendigen Körper vor Veräußerung schützt.<sup>54</sup> Denn die Eigentumsfähigkeit des eigenen Körpers setzte die gänzliche Vergegenständlichung des eigenen Leibes voraus, die mit Art. 7 BV unvereinbar ist.

[Rz 14] Setzt man eine solche nicht-dualistische Auffassung personaler Leiblichkeit, wie sie auch vom geltenden Recht in der Idee der Persönlichkeit in Anspruch genommen und geschützt wird, an den Anfang der Überlegungen, dann verändert sich der Blick auf den Leichnam. Das Subtraktionsmodell erweist sich sodann als obsolet, da der jetzt tote Körper niemals blosses Körperding war, sondern konkreter Ausdruck der ehemals lebenden Person. Mit dem Tod der Person erlischt zwar die Dimension des erlebten Leibes. Gleichwohl ist der tote Körper aber der *konkrete gewesene und gestorbene Leib* der vormals lebenden Person und insofern in zweierlei Hinsicht von der einfachen Körperlichkeit einer Sache zu unterscheiden: Zum einen ist er als *toter* Körper der Körper eines ehemals lebendigen Organismus. Dieses Merkmal teilt er mit allen anderen toten Körpern, so auch mit Tieren, und es unterscheidet ihn bspw. von der Körperlichkeit eines Tisches oder Steins. Zum anderen ist er aber als Leichnam einer einst lebenden *Person* auch ein je bestimmter individualisierter Körper, der als Leib der Person ihren je konkreten und unverwechselbaren Lebensvollzug ermöglicht und ausgedrückt hat. Aufgrund der je individuellen leiblich-personalen Vergangenheit kann der Leichnam für andere zum Träger personaler Bedeutungsgehalte werden.<sup>55</sup> Als

<sup>51</sup> So auch das Bundesgericht: BGE 112 IV 37.

<sup>52</sup> Vgl. JANKÉLÉVITCH, S. 478.

<sup>53</sup> Wir stützen uns hier wie im Folgenden auf den Leibbegriff, wie er in der frühen Phänomenologie MERLEAU-PONTYS ausgearbeitet wurde und auf die Unterscheidung von Leib und Körper, wie sie innerhalb der Philosophischen Anthropologie HELMUTH PLESSNERS konzipiert ist. Vgl. exemplarisch: MERLEAU-PONTY, *Phänomenologie der Wahrnehmung*, Berlin 1974, S. 234. PLESSNER, *Der Mensch als Lebewesen*, in: Ders., *Gesammelte Schriften* Bd. XIII, Frankfurt 1983, S. 321.

<sup>54</sup> Vgl. die rechtswissenschaftlichen Analysen zum Kommerzialisierungsverbot in Kap. 4.1. Ebenso: KÄLIN, S. 64.

<sup>55</sup> Ähnlich argumentierte schon 1939 GAUGLER, der in der Ähnlichkeit des toten Körpers mit dem Leib der ehemals lebenden Person den Grund für einen besonderen Schutz des toten Körpers sah: «Die Sonderstellung des Leichnams, seine *hohe Stellung* gehen darauf zurück, dass er lebender Mensch war und er uns noch mit jedem Zug an den Lebenden erinnere.» (GAUGLER, *Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion*. In: SJZ/35 1939–38, S. 339.) Gegen GAUGLER muss allerdings eingewandt werden, dass sich die auf diese Ähnlichkeitsrelation gründenden normativen Ansprüche *nicht* mit Verweis auf eine «tief im Bewusstsein

*Zeichen* der ehemals lebenden Person – und nicht als unpersönliche Sache – kann er somit zum Bezugspunkt unserer lebensweltlichen Praxen im Umgang mit Tod und Trauer werden und wird dies, wie am Beispiel von Bestattungspraxen deutlich wird, in unserer Kultur tatsächlich auch.

[Rz 15] Für beide Kriterien zur Bestimmung einer Sache – «Unpersönlichkeit» als auch «einfachen Körperlichkeit» – kann also zusammenfassend festgehalten werden, dass sich ihre Anwendung auf den Leichnam vom Blickpunkt leiblich vollzogener lebensweltlicher Praxis aus nicht rechtfertigen lässt.

### 2.3 Zur normativen Dimension der Frage nach der Rechtsnatur des Leichnams

[Rz 16] Die obige Kritik zeigt, dass eine Klassifizierung des Leichnams als Sache auf der Grundlage der vorhandenen Kriterien nicht ohne die aufgezeigten Schwierigkeiten möglich ist. Der Leichnam scheint sich der Beantwortung der Frage, was er denn *sei*, beständig zu entziehen. Ein Blick in die Debatte um den moralischen Status des Leichnams in der Philosophie lässt ein ähnliches Bild erkennen. Die Schwierigkeit der Einordnung liegt u.E. aber nicht in der «Natur» des Leichnams, sondern zu einem grossen Teil darin, dass zwei Ebenen, die es zur Rechtfertigung rechtlicher sowie moralischen Ansprüchen auseinander zu halten gilt, innerhalb der Debatten vermischt werden:

[Rz 17] Innerhalb der philosophischen Ethik gehen manche Autorinnen und Autoren davon aus, man müsse zunächst den ontologischen Status des Leichnams klären – d.h. eine Antwort auf die «Was ist»-Frage geben – um Aufschluss über den moralischen Status zu erlangen. Dieser Ansicht liegt die Annahme zugrunde, dass aus einer präzisen Beschreibung der Faktizität Kriterien für einen vernünftigen Umgang mit dem Leichnam gewonnen werden können. Positionen wie diese sind allerdings mit dem Problem konfrontiert, zeigen zu müssen, wie sich aus einer Beschreibung der Faktizität normative Kriterien für eine vernünftige Praxis gewinnen lassen.<sup>56</sup> M.a.W.: Aus einer deskriptiven Bestimmung des ontologischen Status des Leichnams allein gewinnen wir noch keine Massstäbe zur Normierung unserer Praxen im Umgang mit dem Leichnam. Daher lohnt es sich zu überlegen, ob nicht schon die Frage danach, ob der tote Körper eine

Sache *ist*, auf einen falschen Pfad führt. Versteht man nämlich die Rechtswissenschaft wie die Ethik als eine normative und nicht als eine deskriptive Disziplin<sup>57</sup>, dann ist es gar nicht Aufgabe des Rechts, die Seinsweise des Leichnams zu ergründen. Vielmehr ist es seine Aufgabe, auf die praktischen Verhältnisse zu reflektieren, in denen mit dem Leichnam umgegangen wird, und diese Praxen mit dem Anspruch auf Achtung und Würde zu gestalten.

[Rz 18] Wie oben dargelegt lässt eine Reflexion auf diese praktischen Verhältnisse nun aber erkennen, dass der Leichnam aus der Perspektive der «zweiten Person» oftmals gerade nicht als Sache begriffen wird, sondern dass er vielmehr die ehemals lebende Person, zumindest eine Zeit lang, noch symbolisiert.<sup>58</sup> Der tote Körper steht aber nicht nur in einem praktischen Verhältnis zu nahestehenden Hinterbliebenen, sondern auch zur ehemals lebenden Person («erste Person»). Sie kann ihren Leib als ihren künftig toten Körper antizipieren und innerhalb bestimmter Grenzen willentlich über den Umgang mit ihm verfügen. Geht man in der Begründung rechtlicher Regelungen von diesem Praxisverständnis aus, so wird ersichtlich, dass es gar nicht der Leichnam und seine wie auch immer vorliegende Seinsweise ist, denen ein rechtlicher Schutz gilt. Praxis vollzieht sich dort, wo Menschen handeln. Handeln kann aber nicht der Leichnam, sondern handeln können nur lebendige Personen. Es ist die sich im Handeln dieser Personen ausdrückende Autonomie, die das Recht zu schützen hat: Die Konstruktionen, die das Recht zum Schutz der Persönlichkeit dieser beiden «Personengruppen» bereitstellt und die seit längerem kontrovers diskutiert werden, sind die des Andenkenschutzes und des postmortalen Persönlichkeitsrechts.

### 3. Der relationale Schutzgedanke – indirekter Schutz des Leichnams

[Rz 19] Nach ihrem Tod hinterlassen Menschen gewisse unverwechselbare Spuren wie Stimme, Bildnis, Körper, die vom Recht zum Teil unter den Schutz des Persönlichkeitsrechts gestellt werden. Das wohl prominenteste Beispiel für die Anerkennung eines «postmortalen Persönlichkeitsrechts» ist Marlene Dietrich.<sup>59</sup> Der deutsche Bundesgerichtshof hiess zweimal im Fall Dietrich Anträge gut, welche eine Anerkennung eines der Persönlichkeit inhärenten, vererblichen und

---

der Menschen eingegrabene Überzeugung» oder auf die «althergebrachten Sitten» eines «gebildete[n] Volk[es]» rechtfertigen lassen, sondern vielmehr unter Geltendmachung des Autonomiegedankens, wie er etwa im Persönlichkeitsrechts der Hinterbliebenen sowie der ehemals lebenden Person zum Ausdruck kommt. Zum Autonomiebegriff vgl. ausführlicher Kapitel 3 und 4 dieses Aufsatzes.

<sup>56</sup> In der Philosophie wird dieses Problem als Sein-Sollens-Spaltung bezeichnet. Wer aus dem Sein unmittelbar ein Sollen folgert, begeht einen «naturalistischer Fehlschluss». Eben dieses Problem liegt auch der oben diskutierten Ableitung normativer Ansprüche aus der Spezieszugehörigkeit des Leichnams zugrunde.

---

<sup>57</sup> Rechtswissenschaftliche Selbstbeschreibungen wie die von GMÜR («Das Recht ist für die Regelung der weltlichen Ordnung zuständig») legen ein solches normatives Rechtsverständnis nahe. Vgl. GMÜR, Art. 31 RN 15.

<sup>58</sup> Vgl. detaillierter: KERSTING, Der tote Körper aus der Perspektive der zweiten Person. in: KNOBLAUCH u.a. (Hrsg.), Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion, Berlin 2010, S. 57–71.

<sup>59</sup> EMMENEGGER, Marlene und die «Ich AG». Geburt einer neuen Rechtsfigur?, in: GAUCH/PICHONNAZ (Hrsg.), Figures juridiques, Rechtsfiguren, Festschrift für PIERRE TERCIER, Zürich/Basel/Genf 2003, 209 ff., 214.

übertragbaren Vermögensanspruches indizierten.<sup>60</sup> Obschon beide Fälle in Deutschland entschieden wurden, wird auch hierzulande eine gewisse Nachwirkung<sup>61</sup> der Persönlichkeitsrechte von Verstorbenen trotz und entgegen Art. 31 Abs. 1 ZGB diskutiert.<sup>62</sup> Dies geschieht unter dem doppeldeutigen Begriff «postmortales Persönlichkeitsrecht»: Primär wird hierunter der Andenkensschutz subsumiert, welcher direkt die Hinterbliebenen und nur indirekt die Verstorbenen, bzw. die ehemals lebende Person schützt. Sekundär ist aber auch der Schutz der ehemals lebenden Person selbst unter diesem Titel zu verstehen; wobei der Bestand eines rechtlichen «Anspruchs von Toten» in der Schweiz nach wie vor strittig ist.

### 3.1 Das Andenkensschutzprinzip

[Rz 20] Nach geltendem Recht endet mit dem Tod einer Person auch ihr Recht auf Persönlichkeitsschutz.<sup>63</sup> Da das Recht grundsätzlich die weltliche Ordnung regelt<sup>64</sup>, also das Leben der Menschen untereinander, zielt das Andenkensschutzprinzip<sup>65</sup> primär darauf ab, die Persönlichkeit der Hinterbliebenen zu schützen. Hintergrund des Andenkensschutzes ist die Überzeugung, dass Angehörige in der Regel ein emotional stark ausgeprägtes Andenken mit dem toten Menschen verbindet, welches es zu schützen gilt.<sup>66</sup> Zu denken ist beispielsweise an die Beschimpfung des zu Bestattenden vor den Angehörigen. Weiter können Organentnahmen zu Transplantationszwecken oder Obduktionen die Totenfeierlichkeiten und Kultushandlungen, die Erweisung der letzten Ehre beziehungsweise die Abschiednahme be- oder verhindern und sind damit gestützt auf die Andenkensschutztheorie prinzipiell zustimmungsbedürftig.<sup>67</sup> Obschon die Angehörigen einzig in ihrer Pietät verletzt sind, steht ihnen ein eigenes, direktes Persönlichkeitsrecht<sup>68</sup> zu, da Pietätsge-

fühle Persönlichkeitsschutz geniessen.<sup>69</sup> Somit steht dem eigentlich Verletzten – dem Toten, bzw. der ehemals lebenden Person – gemäss dem Andenkensschutzprinzip kein eigener Anspruch zu, da mit dem Tod die rechtlich geschützte Persönlichkeit erlischt.

[Rz 21] Grundsätzlich werden Persönlichkeitsrechte als absolute Rechte klassifiziert<sup>70</sup>, d.h. sie wirken erga omnes.<sup>71</sup> Sie sind nicht vermögensrechtlicher Natur und haben als solche keinen Geldwert.<sup>72</sup> Zu ihrer Rechtsnatur gehört ferner, dass sie höchstpersönliche Rechte i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB und somit vertretungsfeindlich sowie nicht vererbbar sind. Sie erlöschen mit dem Tod einer Person ipso iure.<sup>73</sup> Persönlichkeitsrechte sind – mit Ausnahme der aufgrund einer festgestellten Persönlichkeitsverletzung angefallenen Vermögensrechte – nicht übertragbar.<sup>74</sup> Zudem ist «ein Toter nicht parteifähig und kann weder Klage erheben noch Beschwerde führen.»<sup>75</sup>

[Rz 22] Sekundär kann das Persönlichkeitsrecht der Angehörigen auch einen Schutz der Persönlichkeit der ehemals lebenden Person und somit eine Drittwirkung entfalten. Probleme zeichnen sich allerdings insofern ab, als die Persönlichkeit der ehemals lebenden Person nur insoweit geschützt wird, als die Angehörigen Kenntnis vom Willen der ehemals lebenden Person haben und diesen auch durchsetzen. Demgemäss muss die Person zu Lebzeiten darauf vertrauen, dass ihre Angehörigen ihr gegenüber den juristischen Anstand wahren und ggf. wahrnehmen.<sup>76</sup> Wenn es aber keine Angehörigen gibt, sie den Willen der Person nicht kennen oder ihm gar bewusst zuwider handeln, dann versagt der Andenkensschutz als Schutz des Persönlichkeitsrechts zugunsten der ehemals lebenden Person.<sup>77</sup> Vertritt man wie etwa KNELLWOLF den Standpunkt, dass es ausser den «Bedürfnissen und Interessen der nächsten Hinterbliebenen»<sup>78</sup> keine zivilrechtlich schützenswerten Verhältnisse in Bezug auf den Leichnam

<sup>60</sup> EMMENEGGER, S. 214.

<sup>61</sup> «Après la mort et la fin de la personnalité, l'ordre juridique admet une prolongation de la protection de la personnalité, dont le respect est subordonné à l'intervention des proches ou autres ayants droit (...)» SCYBOZ/GILLIÉRON, Art. 31 S. 64.

<sup>62</sup> BGE 101 II 191.

<sup>63</sup> BGE 109 II 359.

<sup>64</sup> GMÜR, Art. 31 RN 15.

<sup>65</sup> TERCIER nennt dies auch «seconde conception», denn «la protection n'est assurée qu'indirectement par les sentiments de piété des proches.», vgl. TERCIER, le nouveau droit de la personnalité, n. 424 et n. 516.

<sup>66</sup> RIEMER, Das Personenrecht, § 6 RN 133.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a TxBG.

<sup>68</sup> Den Angehörigen des Verstorbenen steht gestützt auf Art. 28 Abs. 1 ZGB ferner das sog. Totenfürsorgerecht – ebenfalls ihr eigenes Persönlichkeitsrecht – zu. Dessen Inhalt zeigt sich als Ausfluss des Persönlichkeitschutzes umfangreich: Beispielsweise haben die Verwandten ein grundsätzliches Einspruchsrecht gegen physische Eingriffe am Leichnam, da das Totenfürsorgerecht der Angehörigen mit solchen Handlungen verletzt werden könnte. Hierzu: KUHN/POLEDNA, S. 774; MEILI in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM/GEISER (Herausgeber), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. A., Basel/Genf/München 2006, Art. 28 RN 35.

<sup>69</sup> RIEMER, Personenrecht des ZGB, Bern 1995, § 6 RN 133.

<sup>70</sup> Hierzu eingehend: DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutuelle, n. 529 ss.

<sup>71</sup> BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. A., Basel 1994, S. 159; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, S. 87; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 111 ff.

<sup>72</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 87.

<sup>73</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 88.

<sup>74</sup> BGE 95 II 503.

<sup>75</sup> BGE 127 I 161.

<sup>76</sup> BREITSCHMID/KAMP, S. 530.

<sup>77</sup> Freilich gibt es noch zahlreiche andere Gesetze, die in diesen Fällen greifen: Das Verfassungsrecht (Art. 53 Abs. 2 BV), das Strafrecht (Art. 175 und Art. 262 StGB) sowie das Friedhofs- und Bestattungsrecht. VerfechterInnen der Andenkensschutztheorie, wie etwa KNELLWOLF, halten diese anderen rechtlichen Regelungen für den Schutz der Persönlichkeit der ehemals lebenden Person für hinreichend, falls der Andenkensschutz aufgrund der hier erwähnten Einschränkungen ausfällt. Vgl. KNELLWOLF, Postmortaler Persönlichkeitsschutz Andenkensschutz der Hinterbliebenen, Zürich 1991, S. 97. Vgl. auch KÄLIN, S. 84.

<sup>78</sup> KNELLWOLF, S. 97.



gibt, dann stellt diese Grenze für die Andenkensschutztheorie freilich kein Problem dar. Unter dieser Prämisse wäre es tatsächlich legitim, die Sachqualität des toten Körpers von einem möglichen Andenken der Hinterbliebenen abhängig zu machen. Der Leichnam würde dann ab dem Zeitpunkt, ab dem keine Pietätsgefühle mehr für ihn bestehen, den Status einer Sache annehmen.<sup>79</sup> Doch dieser auf die Interessen der Hinterbliebenen fokussierte Blick ist einseitig, da er nur einen begrenzten Bereich gelebter Praxis, nämlich den der Hinterbliebenen im Umgang mit dem toten Körper, erfasst.<sup>80</sup> Er übersieht, dass der tote Körper nicht nur für Hinterbliebene einen besonderen Status hat, sondern schon die Person aufgrund ihrer Leibgebundenheit ihren künftig toten Körper u.U. nicht nur als Sache begreift. Sie kann ihren eigenen Leib als toten Körper antizipieren und sich in ein kritisches Verhältnis zu möglichen Umgangsweisen mit diesem setzen. Auf diesem Vermögen und der Einsicht, dass auch das Verhältnis zum eigenen künftig toten Körper in Selbstbestimmung gestaltet werden kann und sollte, gründen Rechte wie die der letztwilligen Verfügung oder der Zustimmungslösung im Bereich Organspende oder klinischer Sektion.<sup>81</sup> Sie gehen von der Annahme aus, dass das Wissen um eine bestimmte postmortale Praxis schon auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu Lebzeiten Auswirkungen hat. Diese Relation zwischen Leichnam und der Persönlichkeit der vormals lebenden Person wird in der Andenkensschutztheorie nicht berücksichtigt. Deshalb wird immer wieder die Konstruktion eines «postmortalen Persönlichkeitsrechts» als Alternative zum Andenkensschutz diskutiert. Der postmortale Persönlichkeitsschutz gilt als «die postmortale Vervollkommnung der Persönlichkeit zu Lebzeiten.»<sup>82</sup>

### 3.2 Postmortale Persönlichkeitsrechte

[Rz 23] Im Gegensatz zum Andenkensschutz wird unter dem postmortalen Persönlichkeitsrecht eine Verlängerung des

dem Menschen selber (nicht seinen Angehörigen) zustehenden Persönlichkeitsrechts diskutiert.<sup>83</sup> Um dem Persönlichkeitsrecht zu Lebzeiten zum vollkommenen Durchbruch zu verhelfen, muss der Mensch darauf vertrauen können, dass ihm ein Schutz post mortem gewährt wird. «Erst dieses Vertrauen in den postmortalen Schutz gewährleistet, dass sich der Mensch zu Lebzeiten frei entfalten kann.»<sup>84</sup> Das Persönlichkeitsrecht prae mortem sowie dasjenige post mortem sind folglich reziprok. Anders ausgedrückt, kann im postmortalen Persönlichkeitsschutz ein notwendiges Recht gesehen werden, das sich aus dem umfassenderen Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit zwingend ergibt.

[Rz 24] Der postmortale Schutz des Menschen wird vom Bundesgericht im Bereich der persönlichen Freiheit anerkannt (Art. 10 BV). Dessen Schutzbereich dauert – gemäss BGE 127 I 115 – über den Tod eines Menschen hinaus und erlaubt es jedem, zu Lebzeiten das Schicksal seines künftig toten Körpers festzulegen und jeden unzulässigen Eingriff<sup>85</sup> zu untersagen. Das Selbstbestimmungsrecht der ehemals lebenden Person geht sogar dem Bestimmungsrecht der noch lebenden Hinterbliebenen vor.<sup>86</sup> Diese kommen nur subsidiär zum Zuge, wenn keine entsprechende schriftliche oder mündliche Anordnung des Verstorbenen vorliegt.<sup>87</sup> Auch in strafrechtlicher Hinsicht anerkennt das Bundesgericht einen dem Leben nachhallenden Schutz, denn der Tote bleibt noch während einer gewissen Zeit – vom Eintritt des physischen Todes bis zur Bestattung – Inhaber von höchstpersönlichen Rechten.<sup>88</sup> Des Weiteren strahlt auch das Arztgeheimnis bezüglich des Schutzes der in einem Patientendossier enthaltenen Angaben über den Tod hinaus.<sup>89</sup> Nicht nur im Bereiche des Transplantationsgesetzes (TxG) wird dem Menschen in der Schweiz explizit gesetzlich ein postmortaler Schutz gewährt, sondern auch im Bereiche des Urheberrechts.<sup>90</sup> Hingegen lehnen das Bundesgericht sowie die Lehre einen postmortalen Persönlichkeitsschutz, bei welchem der Leichnam selber eigentlicher Rechtsträger wäre, mangels Rechtspersönlichkeit nahezu einhellig ab.<sup>91</sup> Anders als in der Bundesrepublik Deutschland durchkreist in der Schweiz

<sup>79</sup> Davon geht auch KÄLIN aus. Vgl. KÄLIN, S. 71.

<sup>80</sup> Zudem wäre zu fragen, ob sich dieses Verhältnis tatsächlich mit dem Interessensbegriff hinlänglich fassen lässt, oder ob es nicht angemessener wäre von einem leiblich-personalen Selbst- bzw. Fremdverhältnis auszugehen, was im Konfliktfall der Aufklärung bedarf. Um eine solche Aufklärung sollte es auch im Beratungsgespräch etwa der klinischen Sektion gehen: Das Beratungsgespräch soll nicht der Interessensabwägung oder gar -verhandlung dienen, sondern den Beteiligten die Möglichkeit bieten, sich über ihre Situation und ihr Verhältnis zum gerade Verstorbenen aufzuklären um somit überhaupt ihren Willen artikulieren zu können.

<sup>81</sup> Auch wenn ein Grossteil der schweizerischen Lehre die Idee des «postmortalen Persönlichkeitsschutzes» ablehnt, so ist ein postmortaler Schutz im Bereich der persönlichen Freiheit durchaus vom Bundesgericht anerkannt und ihn auszuüben ist gängige Praxis: So ist es der Person zu Lebzeiten erlaubt, das Schicksal ihres künftigen Leichnams festzulegen und jeden unzulässigen Eingriff zu untersagen, ob es sich um eine Organentnahme oder eine Autopsie handle. Das Selbstbestimmungsrecht der Person zu Lebzeiten geht dem Bestimmungsrecht der Hinterbliebenen vor. (BGE 129 I 173; Art. 7 ff. TxG).

<sup>82</sup> OTT/GRIEDER, S. 629.

<sup>83</sup> So auch BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, RN 222: «Certains droits liés à la personnalité restent valables au-delà du décès de l'intéressé, sans être transmis à ses héritiers.»

<sup>84</sup> OTT/GRIEDER, S. 629.

<sup>85</sup> Beispielsweise eine Organentnahme gestützt auf das TxG oder eine Autopsie.

<sup>86</sup> BGE 129 I 173; Art. 7 ff. TxG.

<sup>87</sup> Das verwaltungsrechtliche Subsidiaritätsprinzip wurde beispielsweise verankert in Art. 5 Abs. 1 TxG.

<sup>88</sup> BGE 118 IV 319; so kann der Verstorbene beispielsweise Opfer eines Deliktes im Geheim- oder Privatbereich und von Hausfriedensbruch sein.

<sup>89</sup> BGE 2P.339/1994 vom 26. April 1995.

<sup>90</sup> Vgl. OTT/GRIEDER, S. 630.

<sup>91</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 88.

grundsätzlich der Tod das Band zwischen Persönlichkeitsrecht und Person.<sup>92</sup>

[Rz 25] Doch gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht einzuwenden, es sei nicht mit Art. 31 Abs. 1 ZGB vereinbar, kann insofern nicht überzeugen, als dass dieser Einwand gerade die Pointe des *indirekten* Schutzgedankens übersieht. Den toten Körper durch ein postmortales Persönlichkeitsrecht unter einen rechtlichen Schutz zu stellen, der unabhängig vom Andenkensschutz der Angehörigen gilt, bedeutet nicht, dass dem toten Körper durch metaphysische oder religiöse Spekulation Rechtssubjekthaftigkeit angesonnen werden muss und er dadurch als ein Adressat von Rechten, als ein personales Gegenüber (der «Andere»)<sup>93</sup> oder als eine Person mit einem Anspruch auf Würde<sup>94</sup> aufgefasst werden muss. Alle diese Konstruktionen zielen auf einen *direkten* Schutz des toten Körpers. Damit sind sie aber gerade mit der Idee von Autonomie und Personalität als obersten Rechtswerten nicht vereinbar. In ihren Begründungen ist nämlich nicht die Autonomie der lebenden Personen oberste einschränkende Bedingung der genannten Verbindlichkeiten, sondern davon unabhängige *faktische* Werte, Gefühle oder Konventionen. Demgegenüber zielen die relationalen Begründungen nicht nur des Andenkensschutzes, sondern *auch* des postmortalen Persönlichkeitsrechts auf einen *indirekten* Schutz des Leichnams. Geschützt wird nicht der tote Körper, sondern die Persönlichkeit der ehemals lebenden Person sowie im Falle des Andenkensschutzes die Persönlichkeit der nahestehenden Hinterbliebenen, die angesichts eines bestimmten Umgangs mit dem Leichnam verletzt werden kann.

[Rz 26] Die Ablehnung des postmortalen Persönlichkeitsrechts in der Schweiz stösst namentlich auf Kritik von Seiten OTT/GRIEDER, welche grundsätzlich für ein postmortales Persönlichkeitsrecht analog zur Bundesrepublik Deutschland plädieren. Allerdings weisen die Autoren auch auf Schwächen in der Konzeption eines postmortalen Persönlichkeitsrechts hin: Diese liegen zum einen in der Festlegung einer Befristung des Persönlichkeitsrechts, da die Annahme eines unbefristeten Persönlichkeitsrechts unrealistisch sei.<sup>95</sup> Zum anderen sehen sie ebenfalls Probleme im zu engen Wortlaut von Art. 31 ZGB und schliesslich in der Festlegung der Wahrnehmungsberechtigten. Im letzten Punkt erkennen sie jedoch Parallelen zum Andenkensschutz, der bei fehlenden

Angehörigen ebenfalls nicht in der Lage ist, die Persönlichkeit der ehemals lebenden Person zu schützen.

[Rz 27] Auch BÜCHLER kritisiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts, indem sie zum Schluss kommt, das Bundesgericht werde seine Rechtsprechung dem Wandel der Zeit und den damit verstandenen Änderungen von Vermögensrechten und ideellen Rechten anpassen müssen. «In der Thematik der Vermarktung Verstorbener akzentuiert sich die Disfunktionalität zwischen Recht und Wirklichkeit, in ihr offenbaren sich die Leerstellen, die zu füllen mithin Aufgabe des Rechts ist.»<sup>96</sup> Sie erkennt den Schutz vor der Kommerzialisierung der Persönlichkeitsrechte nicht darin, deren ökonomische Nutzbarkeit (hinsichtlich Bildern, Stimmen, ...) zu verleugnen, um das «Dogma der Unvererblichkeit»<sup>97</sup> aufrecht zu erhalten, sondern vielmehr soll der in den Persönlichkeitsgütern verkörperte Vermögenswert nach dem Tod nicht dem Zugriff eines jeden beliebigen Dritten preisgegeben, sondern den Erben vorbehalten sein. «Zugunsten einer Lösung im Erbrecht spricht gerade, dass es die Funktion und das Wesen des Erbrechts ist, den Interessen und dem Willen des Verstorbenen Schutz über dessen Tod hinaus zu verleihen.»<sup>98</sup> Den Schutz von Images berühmter Personen – so BÜCHLER – mittels Erbrecht zu sichern, unterscheidet sich allerdings massgeblich vom Schutze des toten Körpers.<sup>99</sup> Im Gegensatz zum Einbezug des gestorbenen Körpers in die Erbmasse ist in der Schweiz die Möglichkeit *prae mortem* mittels letztwilliger Verfügung<sup>100</sup> über das Schicksal seines Leichnams zu entscheiden nicht nur anerkannt, sondern auch gesetzlich<sup>101</sup> verankert.

[Rz 28] Der Wandel des ZGB zeigt sich (unter anderem) deutlich beim Persönlichkeitsrecht von Art. 28 ff. ZGB. Während die Gewährung und der Schutz des absoluten subjektiven Rechts (des Persönlichkeitsrechts) eine eigentliche Pioniertat EUGEN HUBERS war, wird heute geradezu das Gegenteil – die Vermarktung der eigenen Persönlichkeit in Form der «Ich AG»<sup>102</sup> – propagiert. So plädiert EMMENEGGER für die höchstrichterliche Anerkennung der wirtschaftlich-kreativen Selbstvermarktung und der zeitgleichen Loslösung des historisch ideell geprägten Persönlichkeitsrechts hin zu einer «Ich AG» – der vollkommenen Vermarktung der eigenen

<sup>92</sup> TAG, Wem gehört mein Körper? In: Journal für Philosophie «der blaue reiter», Unser Körper Zwischen Ich und Welt, Ausgabe 26, S. 38 ff. ([http://www.derblauereiter.de/ausg\\_21-30/dbr26/dbr26\\_inha.html](http://www.derblauereiter.de/ausg_21-30/dbr26/dbr26_inha.html) [zuletzt besucht am 15. September 2010]); zit.: TAG, Wem gehört mein Körper?, S. 40.

<sup>93</sup> Vgl. Bestimmungen des Leichnams im Anschluss an LEVINAS bei REHBOCK (a.a.O.) oder im Anschluss an MARGALIT bei GLAHN, Ob tot oder lebendig! Ein interaktionaler Menschenwürdebegriff, In: GROSS/GLAHN/TAG (Hrsg.), Die Leiche als Memento mori. Frankfurt/New York 2010. S. 45–78.

<sup>94</sup> Vgl. HÄRLE, Sektion aus Sicht der Theologie, In: KNOBLAUCH u.a., Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion. Berlin 2010. S. 295–308.

<sup>95</sup> OTT/GRIEDER, S. 629; BGE 129 I 302.

<sup>96</sup> BÜCHLER, Die Kommerzialisierung Verstorbener, Ein Plädoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsrechtsaspekte, AJP/PJA 2001, S. 11.

<sup>97</sup> BÜCHLER, S. 12.

<sup>98</sup> BÜCHLER, S. 12.

<sup>99</sup> Während bei ersteren zumindest die Möglichkeit zur ökonomischen Nutzbarmachung nicht verneint werden kann, ist dies beim Leichnam gem. Art. 21 BMÜ in der Schweiz gesetzlich verboten. Desgleichen wird der Leichnam – im Gegensatz zu den Images – nicht in die erbrechtliche Berechnungsmasse einbezogen werden können.

<sup>100</sup> Art. 467 ff. ZGB.

<sup>101</sup> Art. 7 ff. TxG.

<sup>102</sup> EMMENEGGER, gesamter Aufsatz.

Persönlichkeit.<sup>103</sup> Die sich in Bezug auf den toten Körper stellenden Fragen, auf die das postmortale Persönlichkeitsrecht eine Antwort sucht, weisen in eine andere Richtung: War den Angehörigen der Wille der Verstorbenen überhaupt bekannt? Wer kann sich für die Verstorbenen wehren, wenn die Angehörigen ihrem Willen zuwiderhandeln? Dass das ZGB heute wesentlich andere Fragen als noch zu Gründerzeiten zu beantworten hat, muss nicht zwingend zu einer weiteren Überregulierung im Bereich des Zivilrechts führen, andererseits auch nicht zwingend zu einer gesetzlosen Form der völligen Instrumentalisierung des eigenen Ichs analog zu EMMENEGGERS obigem Vorschlag. Zu denken ist des weiteren an praemortale Verfügungen, an Totenanwälte, an Normierungen analog zum Tierstatusartikel Art. 641a Abs. 1 ZGB, an eine Kombination von erbrechtlichen und erwachsenenschutzrechtlichen Normierungen<sup>104</sup> oder auch an eine Ausstrahlung des künftigen Humanforschungsgesetzes (HFG) ins Privatrecht.

#### 4. Ökonomisierung des toten Körpers

[Rz 29] Von den oben dargelegten vier Kriterien zur Zuschreibung von Sachqualität besagte das vierte Kriterium, dass ein körperlicher Gegenstand beherrscht – also erworben, angeeignet, genutzt – werden können müsse, um Sachqualität zu erlangen.<sup>105</sup> Die Anwendbarkeit dieses Kriterium auf den Leichnam gilt es nun im Folgenden zu prüfen: Neben der tatsächlichen Beherrschbarkeit soll in einem ersten Schritt insbesondere die rechtliche Beherrschbarkeit untersucht werden, welche bedingt, dass das Recht die Beherrschung auch zulässt.<sup>106</sup> Strittig und zu prüfen ist somit eine legale Ökonomisierungsmöglichkeit des toten Körpers in der aktuellen (nationalen wie auch supranationalen) Gesetzeslandschaft. So könnte uns ein allfälliges Ökonomisierungsverbot quasi als Hilfskriterium zur Nichteinordnung, resp. Einordnung des Leichnams als Sache Aufschluss geben. Während der rechtswissenschaftliche Beitrag (4.1.) gleichsam den «Ist-Zustand» aufschlüsseln wird, wird die philosophische Reflexion (4.2.) hernach Argumente dafür zu entwickeln versuchen, warum eine umfassende Kommerzialisierung unserer Praxen im Umgang mit dem Leichnam problematisch und kritikwürdig wäre.

<sup>103</sup> EMMENEGGER, S. 217. Ob der Vermarktung von Bild, Schrift, Stimme der in bundesgerichtlichen Augen nach wie vor ideell geprägte Charakter der Persönlichkeitsrechte im Wege steht oder nicht (vgl. EMMENEGGER, gesamter Aufsatz), ist hinsichtlich der Rechtsnatur des Leichnams von wenig Interesse.

<sup>104</sup> BREITSCHMID/KAMP, S. 531.

<sup>105</sup> SCHMID, § 1 RN 9; Mangels fester Umgrenzungen sind der Himmelskörper, die freie Luft, das fließende Wasser sowie das offene Meer nicht tatsächlich beherrschbar (vgl. FASEL, S. 8). Infolgedessen werden sie nicht als Sachen i.S.v. Art. 641 Abs. 1 ZGB bezeichnet.

<sup>106</sup> STUDER, S. 26.

#### 4.1 Die rechtlichen Grundlagen

[Rz 30] Einleitend muss auf eine in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich differenzierte Betrachtung der gesamten menschlichen Physis aufmerksam gemacht werden.<sup>107</sup> Nicht nur die Verfassung<sup>108</sup>, sondern beispielsweise auch BMÜ<sup>109</sup> und TxG<sup>110</sup> enthalten Unterscheidungen zwischen dem Körper, einzelnen (natürlichen oder unnatürlichen) Körperteilen<sup>111</sup> wie Organen, Zellen, Geweben, Blut, Substanzen<sup>112</sup> oder Transplantationsprodukten<sup>113</sup>. Diese geradezu anatomisch differenzierte Normierung des menschlichen Körpers zeigt nicht nur in der Verwendung mit dem Körper, sondern auch hinsichtlich seiner Kommerzialisierung Folgen.

[Rz 31] Auf internationaler Ebene sind keine Erkenntnisse betreffend eines Kommerzialisierungsverbotes mit toten menschlichen Körpern oder Körperteilen ersichtlich.<sup>114</sup> Interessant ist hingegen das europäische wie auch das nationale Recht. Das BMÜ<sup>115</sup>, erlassen durch den Europarat, enthält in Art. 21 ein auf europäischer Ebene geltendes explizites Verbot, namentlich: «Der menschliche Körper und Teile davon dürfen nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden.»<sup>116</sup> Dieses explizite Kommerzialisierungsverbot besteht für die Mitgliedstaaten des Europarates, die Staaten der Europäischen Union<sup>117</sup> sowie für zweiundzwanzig Vertragsstaaten – darunter die Schweiz. Art. 23 ff. BMÜ regeln als Nebenstrafrecht den Verstoss gegen Bestimmungen des

<sup>107</sup> Weiterleitende Gedanken beispielsweise in BREITSCHMID, Wenn Organe Sachen wären ... – Einige unorthodoxe Überlegungen zu einer noch zu diskutierenden Frage, S. 13.

<sup>108</sup> Bsp. Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV.

<sup>109</sup> Bsp. Art. 21 BMÜ.

<sup>110</sup> Bsp. Art. 6 TxG.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 2 ff. TxG.

<sup>112</sup> Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7.1 TxG.

<sup>113</sup> Art. 3 Bst. d TxG.

<sup>114</sup> Good Clinical Practice Guidelines, Ziff. 1.28, S. 5 des International Conference on Harmonisation (ICH); Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects des Weltärzteverbandes, Seoul, October 2008, vgl. Art. 18 Standesordnung FMH i.V.m. Anhang 1 zur Standesordnung FMH.

<sup>115</sup> Als sog. self-executing-treaty ist das BMÜ direkt anwendbar, d.h. es verleiht dem Einzelnen einen unmittelbaren Rechtsschutz. Bei einem sog. «self-executing-treaty» muss es sich um einen unmittelbar anwendbaren Staatsvertrag handeln, welcher hinreichend bestimmte und klare Rechtsätze enthält (HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, RN 1894). Wäre dies der Fall, so würde das BMÜ direkt als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes dienen können. Die für diese Abhandlung interessante Passage (Art. 21 BMÜ; vgl. oben) kann durchaus als hinreichend bestimmter und klarer Rechtssatz betrachtet werden. Einem unmittelbar anwendbaren Staatsvertrag steht nicht entgegen, dass die Schweiz Vorbehalten und Erklärungen zu Art. 6, 19 und 20 BMÜ abgegeben hat. Folgerichtig kann festgehalten werden, dass es sich beim BMÜ um einen sog. «self-executing-treaty» handelt. Es bedarf somit keiner innerstaatlichen Umsetzung.

<sup>116</sup> Art. 21 BMÜ.

<sup>117</sup> Europäische Gemeinschaft (EG), seit 7. Februar 1992 mittels Vertrag von Maastricht sog. Europäische Union (EU).

BMÜ; insofern kann beispielsweise eine Verwendung von Leichen zwecks Erzielung eines finanziellen Gewinns strafrechtlich sanktioniert werden.

[Rz 32] Auf nationaler Ebene spricht sich der Schweizer Gesetzgeber mit Erlass TxG<sup>118</sup> gegen den Handel mit Organen aus, und setzt dazu gleich auf zwei Ebenen an: das Kommerzialisierungsverbot in Art. 6 Abs. 1 TxG<sup>119</sup> und das Handelsverbot in Art. 7 Abs. 1 TxG<sup>120</sup>. In Übereinstimmung mit Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV<sup>121</sup> und Art. 21 BMÜ enthält Art. 6 TxG ein Kommerzialisierungsverbot. Diesem zufolge ist es verboten, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen.<sup>122</sup> Der wesentliche Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Spende von Organen, Geweben oder Zellen ist aber durch eine symbolische Geste der Dankbarkeit nicht verletzt.<sup>123</sup> Ausdruck des Grundsatzes sind einerseits Solidaritätsgedanken, andererseits der Versuch, dem Handel mit Organen entgegen zu wirken.<sup>124</sup> Des Weiteren ist es verboten mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von der Schweiz ins Ausland zu handeln sowie menschliche Organe, Gewebe oder Zellen, die gegen Entgelt oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind, zu entnehmen oder zu transplantieren.<sup>125</sup> Das «Handelsverbot»<sup>126,127</sup> in Art. 7 Abs. 1 TxG umfasst einzig – aber immerhin – solche Substanzen, welche von Art. 2 Abs. 1 TxG<sup>128</sup> erfasst sind;

restriktiver noch ist Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV, welcher einzig den Handel mit Organen untersagt. Indem der Gesetzgeber in den Wortlaut von Art. 7 i.V.m. Art. 69 TxG nebst den Organen auch Gewebe und Zellen aufnahm und vom Handelsverbot erfasste, ging er über Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV hinaus.<sup>129</sup> Nichtsdestotrotz handelt es sich um ein in sachlicher Hinsicht beschränktes Handelsverbot, was insbesondere in Bezug auf die Herstellung von Arzneimitteln vom Gesetzgeber beabsichtigt wurde.<sup>130</sup> Das Handelsverbot des Transplantationsgesetzes wurde in zweifacher Hinsicht präzisiert, resp. erweitert: Es erfasst – im Gegensatz zum Kommerzialisierungsverbot – nebst Handelstätigkeiten in der Schweiz auch solche von der Schweiz ins Ausland.<sup>131</sup> Zudem wendet es sich in Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG auch an Medizinalpersonen, denen explizit untersagt wird, gegen Entgelt oder durch Gewährung von Vorteilen erworbene Organe, Gewebe oder Zellen zu entnehmen oder zu transplantieren.<sup>132</sup>

[Rz 33] Daneben wird auf nationaler Ebene ein weiteres Kommerzialisierungsverbot in Art. 9 HFG<sup>133</sup> eingeführt werden. Es stimmt mit den Verboten in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV, Art. 119a Abs. 3 BV und Art. 21 BMÜ überein, indem es auf den Erwerb sowie die Veräusserung des menschlichen Körpers<sup>134</sup> oder Teilen davon zu Forschungszwecken abzielt. Das Verbot erstreckt sich jedoch nicht nur auf die Entgegennahme jeglicher finanzieller Leistungen (Entgelt), sondern auch auf die Gewährung oder Entgegennahme anderer geldwerter Vorteile.<sup>135</sup> Insofern steht es in Diskrepanz zu dem Kommerzialisierungsverbot des Transplantationsgesetzes, welches sog. Gesten der Dankbarkeit nicht untersagt. In Bezug auf die rechtliche Qualifizierung des toten menschlichen Körpers explizit wird die Botschaft zum Vorentwurf zum Humanforschungsgesetz mit dem Satz: «Der menschliche Körper oder dessen Teile sind ein Persönlichkeitsgut i.S.v. Art. 28 ZGB

<sup>118</sup> Am 1. Juli 2007 trat das schweizerische Transplantationsgesetz (TxG) in Kraft. Es soll den missbräuchlichen Umgang mit dem Leichnam in der Transplantationsmedizin, insbesondere den Handel mit Körpersubstanzen verhindern und die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit schützen (Vgl. Art. 1 Abs. 3 TxG). Daneben ebenfalls von Bedeutung die Transplantationsverordnung (SR 810.211) und die Transplantationsgebührenverordnung (SR. 810.215.7).

<sup>119</sup> «Es ist verboten, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen.»

<sup>120</sup> «Es ist verboten: a. mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland zu handeln; b. menschliche Organe, Gewebe oder Zellen, die gegen Entgelt oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind, zu entnehmen oder zu transplantieren.»

<sup>121</sup> «Die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen ist unentgeltlich. Der Handel mit menschlichen Organen ist verboten.»

<sup>122</sup> Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV i.V.m. Art. 6 Abs. 2 TxG.

<sup>123</sup> TAG, Das schweizerische Transplantationsgesetz – Überblick über die rechtlichen Bestimmungen und einige Überlegungen zu ethischen Fragen der Lebendspende sowie der postmortalen Organspende, Ziff. III 1.

<sup>124</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER, RN 914.

<sup>125</sup> Art. 7 Abs. 1 lit. a und b TxG.

<sup>126</sup> TAG, Das schweizerische Transplantationsgesetz – Überblick über die rechtlichen Bestimmungen und einige Überlegungen zu ethischen Fragen der Lebendspende sowie der postmortalen Organspende, Ziff. III 2.

<sup>127</sup> Handel ist das Beschaffen von Ware, deren Übernahme, der Transport, die Übergabe an andere Personen mit Einbezug aller Verhandlungen, die dabei zu führen sind (BBI 2001 057, S. 138).

<sup>128</sup> Das sind Substanzen, die zur Transplantation auf den Menschen bestimmt sind.

<sup>129</sup> Ausgenommen vom Handelsverbot sind hingegen die sog. Transplantationsprodukte (Art. 7 Abs. 2 Bst. b TxG).

<sup>130</sup> BBI 2001 057 S. 138: «Das Verbot soll aber auch einem mit Gewinn verbundenen Verkauf von Transplantatprodukten, d.h. von Organen, Geweben oder Zellen, die in standardisierten Verfahren aufbereitet und verarbeitet werden, nicht entgegenstehen (Abs. 2 Bst. b). Transplantatprodukte werden auf eine ähnliche Weise hergestellt wie gewisse biologische Arzneimittel und deshalb der gleichen Kontrolle unterstellt (vgl. Ziff. 2.6). Sie sollen deshalb ebenso wie diese Arzneimittel gehandelt werden dürfen. Ein grundsätzliches Profitverbot würde zur Folge haben, dass solche Erzeugnisse nicht mehr entwickelt und hergestellt würden, was sich zum Nachteil der Patientinnen und Patienten auswirken würde. Ausgeschlossen sein muss dabei allerdings der Verkauf derartiger Organe, Gewebe oder Zellen als solche; im Verkaufspreis darf somit keine Entschädigung für das Ausgangsmaterial enthalten sein.»

<sup>131</sup> Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG.

<sup>132</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER, RN 916.

<sup>133</sup> Der Bundesrat hat auf die Motion Plattner hin am 21. Oktober 2009 die Botschaft und den Entwurf des HFG verabschiedet und dem Parlament zur Beratung überwiesen. Aktuell steht die Beratung im Parlament an.

<sup>134</sup> Gleich wie in Art. 7 TxG sind auch hier die sog. Transplantationsprodukte nicht dem Kommerzialisierungsverbot unterstellt.

<sup>135</sup> BBI 2009 079, S. 56.

und nicht ein Vermögenswert; sie sind, mit anderen Worten, keine Handelsware.»<sup>136</sup> Zur Rechtfertigung des Grundsatzes der Unentgeltlichkeit stützt sich die Botschaft zum HFG einerseits auf die Bundesverfassung – namentlich den Grundsatz der Menschenwürde (Art. 7 BV) – andererseits auf das Obligationenrecht. So sind Verträge, die den Erwerb eines menschlichen Körpers<sup>137</sup> oder den Erwerb von Teilen dieses Körpers gegen Entgelt zum Inhalt haben, nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR, da sie gegen die guten Sitten verstossen.

[Rz 34] Nebst den Verboten in BMÜ, BV, TxG und HFG wird die Nichtökonomisierung des Leichnams auch in strafrechtlicher Hinsicht geschützt. Geschütztes Rechtsgut von Art. 182 StGB<sup>138</sup> ist – im Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen im TxG – das Recht auf Selbstbestimmung des Spenders, über Händler, Abnehmer und die Sache zu verfügen.<sup>139</sup> Hinsichtlich der Organspende post mortem kann Art. 182 StGB nicht relevant sein, da mit dem Tod des Menschen dessen Rechtsfähigkeit endet und somit sein Selbstbestimmungsrecht erlischt. Würde hingegen das Selbstbestimmungsrecht vor Ableben ausgeübt (beispielsweise mittels einer letztwilligen Verfügung), wären allenfalls Art. 261 und 262 StGB verletzt. Ersterer schützt «die Achtung vor dem Mitmenschen und seiner Überzeugung in religiösen Dingen und damit gleichzeitig auch den religiösen Frieden.»<sup>140</sup> Letzterer schützt das Pietätsgefühl der Angehörigen. Verfügungen über Leichen und Leichenteile unter Erzielung eines finanziellen Gewinns sind nicht nur hinsichtlich Art. 21 BMÜ widerrechtlich, sondern sie erfüllen gleichzeitig das objektive Straftatbestandsmerkmal der Wegnahme i.S.v. Art. 262 Ziff. 2 StGB. Wegnahme ohne Erzielung eines finanziellen Gewinns fielen hingegen nicht unter das BMÜ.<sup>141</sup> Ob nach der Wegnahme des Leichnams oder Leichenteils mit dessen Handel ein finanzieller Gewinn erwirtschaftet wird oder nicht, spielt im Lichte des Strafgesetzbuches keine Rolle; die Strafbarkeit besteht ohnehin bereits mit der Wegnahme. Somit steht fest, dass zwischen Widerrechtlichkeit inner- und ausserhalb des StGB unterschieden werden muss: Während

die ehemals lebende Person selbst nicht in eine Wegnahme i.S.v. Art. 262 Ziff. 2 StGB einwilligen kann, ist ihr dies ausserhalb des Strafgesetzbuches grundsätzlich (jedoch nicht gegen Entgegennahme eines finanziellen Vorteils) möglich.

[Rz 35] Somit wird ersichtlich, dass Art. 119a BV und Art. 21 BMÜ mit Art. 6 i.V.m. Art. 69 TxG hinsichtlich des Kommerzialisierungsverbot übereinstimmen.<sup>142</sup> Jedoch beschränkt sich Art. 21 BMÜ nicht auf ein Organ-, Gewebe- und Zellenhandelsverbot, sondern erfasst den Leichnam als Ganzes. BV und TxG sanktionieren hingegen einzig die kommerzielle Nutzung von Organen, d.h. Verstösse gegen das Prinzip der unentgeltlichen Spende, gegen das Handelsverbot und gegen das Verbot, sich an der Transplantation vorteilsbehafteter Organe zu beteiligen.<sup>143</sup> Im Gegensatz zu Art. 21 BMÜ beschränkt sich der (neben)strafrechtliche Schutz des TxG auf Handlungen, welche unmittelbar vor, während oder nach Transplantationen an menschlichen Bestandteilen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 TxG stattfinden. Der Gesetzgeber kommentiert das in Art. 9 HFG enthaltene Kommerzialisierungsverbot erstmals hinsichtlich der rechtlichen Qualifizierung des toten menschlichen Körpers, indem er klarstellt, dass der menschliche Körper oder dessen Teile kein Vermögenswert und somit keine Handelsware sind.<sup>144</sup>

[Rz 36] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verkehrsfähigkeit des toten Körpers schweiz- wie auch europaweit im Bereich von Medizin und Biologie ex lege und gerade nicht aufgrund eines möglicherweise begründbaren Eigentumsrechtes eingeschränkt, resp. untersagt wird.<sup>145</sup> KÄLIN unterstellte den Leichnam dem Sachenrecht mitunter gestützt auf das Argument, der tote menschliche Körper sei verkehrsfähig.<sup>146</sup> Dem kann spätestens seit Ratifizierung des BMÜ und mit künftigen Inkrafttreten des HFG nicht mehr gefolgt werden; insofern entfällt klarerweise das von KÄLIN angeführte Argument der Verkehrsfähigkeit. Neben diesem direkten Rückschluss auf die Qualifizierung, resp. Einordnung des Leichnams in bestehende Körperlichkeiten des ZGB lassen sich *ethische* Gründe für ein Kommerzialisierungsverbot entwickeln, die es innerhalb einer philosophischen Theorie zu rechtfertigen gilt. Während die bisherige Analyse auf die Aufklärung der faktischen Rechtslage abzielte, und die Frage zu beantworten suchte, ob und in welchem Masse der Leichnam im geltenden Recht verkehrsfähig *ist*, geht es im Folgenden um die Frage, ob und in welchem Masse der

<sup>136</sup> BBI 2009 079, S. 55.

<sup>137</sup> Unter menschlichem Körper oder Teilen davon sind gem. Botschaft Verstorbene, Embryonen, Föten aus Schwangerschaftsabbruch oder Sponangeburt inkl. Totgeburten sowie Organe, Gewebe und Zellen Lebender oder Verstorbener zu verstehen (BBI 2009 079, S. 56).

<sup>138</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0). Art. 182 Abs. StGB: «Wer als Anbieter, Vermittler oder Abnehmer mit einem Menschen Handel treibt zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der Ausbeutung seiner Arbeitskraft oder zwecks Entnahme eines Körperorgans, wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft. Das Anwerben eines Menschen zu diesen Zwecken ist dem Handel gleichgestellt.»

<sup>139</sup> KOTTMANN, Das Organhandelsverbot in der schweizerischen Rechtsordnung. Hintergrund und Regelungsgehalt der Schweizer Strafbestimmungen zum Organhandel, Jusletter 28. April 2008, RN 28.

<sup>140</sup> Vgl. BGE 86 IV 23.

<sup>141</sup> Eine Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV und Art. 7 Abs. 1 TxG ist unter dem Gesichtspunkt vom Schutze der Pietätsgefühle der Angehörigen jedoch nicht ohne weiteres auszuschliessen.

<sup>142</sup> Erkenntnisse betreffend eines Handelsverbotes mit Leichen oder Leichenteilen können den Good Clinical Practice Guidelines des ICH nicht entnommen werden. Gleiches gilt für die Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects des Weltärzteverbandes.

<sup>143</sup> KOTTMANN, Das Organhandelsverbot in der schweizerischen Rechtsordnung. Hintergrund und Regelungsgehalt der Schweizer Strafbestimmungen zum Organhandel, in: Jusletter 28. April 2008, RN 50.

<sup>144</sup> BBI 2009 079, S. 55.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu auch MAURER, Leichen als res extra commercium mit Marktwert?, ganzer Aufsatz.

<sup>146</sup> KÄLIN, S. 67 ff.

Leichnam kommerzialisiert werden *sollte*. Für das Recht ist eine normativ-ethische Reflexion dieser Art insofern relevant, als dass erst durch sie Kriterien zur Beurteilung und Korrektur positiven Rechts bereitgestellt werden können. Sie ermöglichen auch dann eine Rechtfertigung und Verteidigung des Schutzgedankens, wenn die bestehenden Regelungen bspw. durch die Zunahme ökonomischer Interessen brüchig werden und unter Legitimationsdruck geraten.

## 4.2 Normativ-ethische Überlegungen zum Kommerzialisierungsverbot

[Rz 37] Das im Recht mittlerweile fest verankerte Kommerzialisierungsverbot erfährt vor allem in Bezug auf die Organspende immer wieder vehemente Kritik. So argumentieren Autoren wie KLIEMT und BREYER für eine Teilkommerzialisierung der postmortalen Organspende zum Zwecke einer Stärkung des Selbstbestimmungsrechts und der Vertragsfreiheit. Es sei nämlich schlicht «unfair», dass Mittlerfirmen am Verkauf von Leichengewebe verdienen, diejenigen, die «ihre «Haut dafür zu Markte tragen» jedoch leer ausgehen». Erst eine «offene Kommerzialisierung der Interessensverfolgung» könne letztlich auch den verdeckten Einbruch kommerzieller Interessen bekämpfen und somit zu einer Stärkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts beitragen.<sup>147</sup>

[Rz 38] Bemerkenswert an dieser Argumentation ist, dass sie den Begriff der Selbstbestimmung ins Zentrum stellt und damit gerade jenen Begriff für sich beansprucht, auf dessen Berufung Andere eine wirksame Kritik der Kommerzialisierung der Organspende zu leisten versuchen. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass eine solche Argumentation letztlich auf einem problematischen Verständnis von Selbstbestimmung beruht, da es die leibliche Dimension der Person und ihres Umgehens mit dem Leichnam ausblendet, und somit, entgegen der eigenen Absicht, tendenziell eher instrumentelle als autonome Selbstverhältnisse erzeugt.

[Rz 39] Das Kommerzialisierungsverbot trägt der ethischen Perspektive Rechnung, dass der Leichnam keine beliebig zu verwertende Sache ist, sondern vielmehr der gewesene Leib der ehemals lebenden Person. Denn vor dem Hintergrund eines dualistischen Subtraktionsmodells<sup>148</sup>, das den toten Körper bloss als Hülle eines davongegangenen Geistes vorstellt, kann das Kommerzialisierungsverbot gerade nicht hinlänglich begründet werden. Als blosse Hülle wäre der Leichnam nämlich tatsächlich eine Sache und damit beliebig funktionalisierbar. Für eine Begründung des Kommerzialisierungsverbotes ist es also erforderlich auszuweisen, dass und inwiefern der Leichnam nicht bloss als Sache zu begreifen ist und

welche begründungsrelevanten Unterschiede vorliegen. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass diese Unterschiede in der leiblich-personalen sowie persönlichkeitsrechtlichen Vergangenheit des Leichnams liegen. Die leiblich-personale Vergangenheit findet ihren manifesten Ausdruck in lebensweltlichen Praxen der Trauer, des Andenkens, des Bestattens. Die persönlichkeitsrechtliche Vergangenheit findet ihren Ausdruck in den Verfügungsrechten über den eigenen künftig toten Körper, die als Persönlichkeitsrechte der Person zu Lebzeiten vom Recht geschützt werden. Eine Bestimmung des Leichnams als Sache konnte hingegen als Abstraktion von der leiblichen sowie persönlichkeitsrechtlichen Vergangenheit des toten Körpers kritisiert werden. Eine Abstraktion, die, wenn sie rechtlich implementiert wird, Konsequenzen für unsere individuellen wie gesellschaftlichen Praxen hat.

[Rz 40] Eine Kommerzialisierung des toten Körpers zielt auf seine möglichst effektive Verwertung unter dem Primat ökonomischer Interessen. Sie erzwingt Verwertungspraxen, die die Dimension der leiblich-personalen Vergangenheit des Leichnams negieren. Denn im Rahmen dieser Praxen symbolisiert der tote Körper ja tatsächlich nicht mehr die ehemals lebende Person, sondern trägt die Bedeutung eines zu bestimmten Zwecken zu verwendenden materiellen Stoffes. Rein strukturell legen Verwertungspraxen also einen Begriff des Leichnams als ein blosses Körperding nahe. Gesellschaftliche Praxen im Umgang mit dem toten Körper prägen aber nicht nur unsere Vorstellungen vom toten Körper, sondern haben auch Auswirkungen auf die Vorstellungen, die wir von unserem lebendigen Körper haben. Dieser Zusammenhang wird deutlich, wenn man sich noch einmal das oben kritisierte Subtraktionsmodell vergegenwärtigt: Den toten Körper bloss als Resultat einer mit dem Tod eintretenden Subtraktion des Geistes von der Person zu begreifen, hiesse, schon den lebendigen Körper der Person zu Lebzeiten als einen von ihr zu trennenden Gegenstand zu betrachten. Da kommerzialisierte Verwertungspraxen die Vorstellung vom Leichnam als Sache evozieren, und da diese Vorstellung nur vor dem Hintergrund des Dualismus von Körper und Person stand hält, legen diese Praxen im Umgang mit dem Leichnam uns also zugleich tendenziell auf eine dualistische Auffassung unseres eigenen lebendigen Leibverhältnisses fest.

[Rz 41] Die prägende Wirkung eines bestimmten Umgangs mit dem toten Körper auf unser eigenes Leibverhältnis lässt sich mit den Überlegungen der Soziologin GESA LINDEMANN präzisieren: LINDEMANN konzeptualisiert das personale Körper-Leib-Verhältnis als ein «Verhältnis wechselseitigen Bedeutens»<sup>149</sup>. Im Anschluss an HELMUTH PLESSNER versteht sie unter dem Begriff des Körpers<sup>150</sup> ein Reservoir an gesell-

<sup>147</sup> KLIEMT Hartmut, Plädoyer für eine beschränkte Entgeltlichung der Gewebe- und Organspende, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Berlin, Duncker und Humboldt, 2007, S. 387, 389. BREYER, Die Knappheit von Spenderorganen aus ökonomischer Sicht, Konstanz 2003.

<sup>148</sup> Vgl. ausführlicher hierzu die Ausführungen unter 2.2.2.

<sup>149</sup> LINDEMANN, Zeichentheoretische Überlegungen zum Verhältnis von Leib und Körper, in: BARKHAUS u.a. (Hrsg.): *Identität, Leiblichkeit, Normativität*, Frankfurt 1996, S. 166.

<sup>150</sup> Vgl. die Erläuterungen zur Leib-Körper-Unterscheidung im Kapitel 2.2.2.

schaftlich, kulturell und wissenschaftlich vermitteltem Körperwissen<sup>151</sup>. Als Körperwissen kann allgemein all das Wissen bezeichnet werden, das wir von unserem Körper haben, also medizinisches und biologisches Wissen, aber auch das Wissen, das sich in gesellschaftlichen Praxen ausdrückt, wie bspw. Schönheitsideale. Lindemanns These des wechselseitigen Bedeutens von Körper und Leib besagt nun, dass sich das Wissen von unserem Körper darauf auswirkt, wie wir unseren Körper als Leib<sup>152</sup> wahrnehmen. Die Pointe dieser Fassung des Leib-Körper-Verhältnisses besteht darin, dass der Leib nicht als eine unverfügbare und unmittelbar gegebene Quelle genuiner Empfindungen des Selbst gilt, sondern das eigene Leibverhältnis immer schon vermittelt ist durch den Aspekt des Körperhabens, d.h. durch ein bestimmtes gesellschaftlich bedingtes Körperwissen. Auf der Grundlage dieses Vermittlungsgedankens kann dann gesagt werden, dass unser Körperwissen die Weise, in der wir uns selbst als leibliche Person wahrnehmen und verstehen, präformiert. Nun kann freilich auch die Vorstellung vom Leib als einem nach dem Tod beliebig zu verwertenden Gegenstand als ein spezifisches Körperwissen konzeptualisiert werden. Dieses Wissen beinhaltet aber nicht nur ein Wissen um den toten Körper, sondern, das hat die Kritik des Subtraktionsmodells gezeigt, auch ein Wissen vom lebendigen Körper. Als solches bestimmt es, so kann nun mit Lindemann gesagt werden, die Weise, in der ich mich selbst als leibliches Wesen wahrnehme. Der mit einer möglichen Kommerzialisierung verbundene Verwertungsprimat leistet also in der Konsequenz einem instrumentellen Verhältnis zum eigenen Körper Vorschub, indem er bereits unsere Vorstellung vom eigenen lebendigen Körper als einer zu verwertenden Sache prägt.

[Rz 42] Für das Recht ist dieser Zusammenhang zwischen gesellschaftlich vermitteltem Körperwissen und leiblichem Selbstverhältnis insofern relevant, als dass das Recht mit einer Normierung von Handlungen und Praxen auch unsere Überzeugungen<sup>153</sup> und letztlich auch unsere leiblich-per-

sonalen Selbstverhältnisse mitgestaltet. Für das Recht als normative Disziplin stellt sich damit die Frage, welche Überzeugungen vom toten Körper wir haben *sollten*. Welches normative Kriterium kann bei der Beantwortung dieser Sollens-Frage zur Geltung kommen?

[Rz 43] Die vorangegangene Diskussion um die Gültigkeit der vier Kriterien zur Einordnung des Leichnams hat gezeigt, dass sich der rechtliche Status des Leichnams nicht anhand empirisch beschreibbarer Sachverhalte bestimmen lässt. Eine rechtliche Qualifizierung des Leichnams kann nicht anhand empirischer, sondern muss anhand normativer Kriterien erfolgen, die es innerhalb einer ethischen bzw. rechtsethischen Reflexion zu entwickeln gilt. Die Analyse des Andenkensschutzes wie auch des postmortalen Persönlichkeitsrechts im zweiten Teil haben jeweils gezeigt, dass es die Idee der Autonomie und der freien Entfaltung der Persönlichkeit der ehemals lebenden Person sowie der Hinterbliebenen ist, aus der das Recht seine Kriterien zum indirekten Schutz des Leichnams gewinnt. Und hiermit ist auch eine Antwort auf die Frage angezeigt, welche Überzeugungen vom toten Körper das Recht schützen bzw. ermöglichen sollte: Eben jene, die es uns in unseren Praxen ermöglichen, uns selbst und die Anderen als autonome Person zu achten.

[Rz 44] Dies ist freilich ein sehr weit gefasstes Kriterium und es bedarf in der rechtlichen Ausgestaltung weiterer Spezifizierung. Zwar fordert das Recht die Wahrung und Beförderung der Autonomie der Person. Doch um diesen Anspruch auch realisieren zu können, muss es den Gedanken der Autonomie mit der konkreten Existenz der Menschen als *leiblichen* Wesen vermitteln, d.h. der zur Selbstbestimmung fähigen Person in ihrer *leiblichen Erscheinung, Entfaltung und auch Bedingtheit* sowie ihrem *Eingebundensein in soziale sowie interpersonale Praxen* Rechnung tragen. Die Notwendigkeit, eine solche anthropologisch-praktische Konkretisierung rechtlicher Grundbegriffe zu leisten, wird deutlich, wenn man sich noch einmal das eingangs zitierte Anliegen der Befürworter einer Kommerzialisierung des Leichnams vor Augen führt. Auch sie plädieren ja für eine umfassendere Realisierung der Autonomie. Insofern das Plädoyer für eine stärkere Kommerzialisierung nun innerhalb des Rechts zur Disposition steht, bedarf das Recht konkreter Massstäbe zur Beurteilung dieses Anliegens. Insofern diese in der Allgemeinheit des rechtlich verankerten Selbstbestimmungsrechts allein nicht mehr aufgewiesen werden können, ist die rechtswissenschaftliche Kritik dezidiert auf eine philosophische (anthropologisch-praktische sowie normativ-ethische) Reflexion angewiesen.

[Rz 45] Eine solche Reflexion kann erweisen, dass die

Überzeugung ist die Frage danach, welche Überzeugungen oder Vorstellungen wir vom Leichnam haben sollten, nicht nur eine Frage der Moral, sondern auch des Rechts. (Zur Grundlegung des Pragmatismus vgl.: PEIRCE, *How to make our ideas clear*, in: PEIRCE, *Collected Papers*, Bd. 5, Harvard Univ. Press, 1960, S. 388–410.)

<sup>151</sup> Zum Zusammenhang von Körperwissen und Leichnam vgl. auch KNOBLAUCH/KAHL, *Der gesplante Leichnam. Die zwei Seiten des Todes, die Obduktion und der Körper*, in: MICHAEL MÜLLER (Hrsg.): *Körper Haben*, Wiesbaden 2011. Zum Begriff des Körperwissens in der Soziologie allgemein vgl. ROBERT GUGUTZER, *Soziologie des Körpers*, Bielefeld 2004. Vgl. auch: KNOBLAUCH, *Kulturkörper. Die Bedeutung des Körpers in der sozialkonstruktivistischen Wissenssoziologie*, in: MARKUS SCHROER (Hrsg.): *Soziologie des Körpers*. Frankfurt 2005, S. 92–113.

<sup>152</sup> Der Begriff des Leibes steht für das Spüren oder Wahrnehmen des eigenen Körpers bzw. seiner selbst als leibliche Person. Vgl. auch Kap. 2.2.2.

<sup>153</sup> Unter «Vorstellung» und «Überzeugung» wird hier keine subjektiv-private Einstellungen der Person oder gar eine Gesinnung verstanden, die der gleichsam «äusseren» Handlung oder Praxis gegenüber gestellt werden könnte. Der Begriff «Überzeugung» im hier vorgeschlagenen Sinne ist vielmehr als ein Prinzip oder eine Regel zu verstehen, unter der ein Handeln als Handeln gedacht werden muss. Unter einer solchen *pragmatischen* Perspektive wird schliesslich sichtbar, dass das Recht keine dem Individuum bloss äusserlichen Verhältnisse regelt, sondern mit der Gestaltung unserer Praxen auch das Wollen und Denken der Einzelnen mitgestaltet. Aufgrund dieses dialektischen Verhältnisses von Praxis und

oben skizzierte Argumentation von BREYER und KLIEMT einen hoch reduktiven Begriff von Selbstbestimmung in Anspruch nimmt. Ihre Argumentation impliziert nämlich die anthropologische Prämisse, dass sich letztlich auch die Perspektive der ersten und zweiten Person auf den toten Körper hinlänglich als ein *kommerzielles Interesse* an diesem auffassen liesse. Erst vor dem Hintergrund dieser Annahme kann man nämlich plausibel machen, dass eine Kommerzialisierung des Leichnams die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Betroffenen steigere. Doch eine solche Sicht ist dem leiblich-personalen Selbstverhältnis gänzlich unangemessen, da es dieses auf eine bloss zweckrationale Struktur reduziert, innerhalb derer die Freiheitsdimension praktischer Selbstbezüglichkeit gerade nicht mehr expliziert werden kann. Selbstverständlich können wir unseren eigenen künftig toten Körper als kommerzialisierbare Ressource begreifen, und tun dies wohl faktisch auch zunehmend, aber dieser materiale, nämlich ökonomische Eintrag in die Struktur erstpersionaler Bezogenheit auf den toten Körper ist selbst ein sozial und historisch relativer und der rein begrifflich aufklärbaren «personalen Struktur» selbst äusserlicher Eintrag. Ob, und wenn ja, unter welchen Bedingungen die ökonomische Einstellung zum eigenen Leichnam eine angemessene Einstellung ist, und ob sie darüber hinaus von unserem Rechtssystem in normativer Hinsicht geschützt oder gar eingefordert werden sollte, dass erfordert eine eigenständige Begründung. Eine solche Begründung ist auf eine anthropologisch reflektierte Aufklärung des Begriffes der Selbstbestimmung angewiesen. Dies gilt vor allem im Bereich von Tod und Sterben, in dem die personalen Ansprüche des jeweiligen Selbst oft kaum artikuliert sind und nur schwer artikuliert werden können. Erst auf der Grundlage einer anthropologisch-kritischen Reflexion dieser Ansprüche kann die Anrufung des verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts eine normative Bindungskraft entfalten. Ohne eine solche Kritik läuft sie Gefahr unter dem Deckmantel der Autonomie bloss partikulare Interessen rechtlich zu verwirklichen und die Ansprüche der ehemals lebenden Person sowie der nahestehenden Hinterbliebenen zu negieren, anstatt sie in ihr Recht zu setzen.

[Rz 46] Insofern Autonomie immer nur unter der Bedingung unserer leiblichen Existenz realisiert werden kann, muss für die jeweiligen Praxen konkretisiert werden, welche *Leibverhältnisse* der Autonomie der Person abträglich sind und welche sie befördern oder geradezu ausdrücken. Versteht man unter Autonomie das Ideal, das individuelle sowie gemeinsame Wollen unter der Idee der Freiheit zu orientieren und unser Handeln demgemäss gestalten zu können<sup>154</sup>, so wird

ersichtlich, dass ein instrumentelles Leibverhältnis gerade nicht Ausdruck von Autonomie sein kann. Denn instrumentelle Verhältnisse ermöglichen nicht Freiheit, sondern determinieren unser Handeln gemäss bestimmter vorgegebener Zwecke und erzeugen Anschlusszwänge: Wenn ich meinen Leib nicht mehr als unwillkürlichen Ausdruck meiner Selbst wahrnehme, sondern *bloss* noch als Instrument einsetze, um bspw. meinen finanziellen Lebensunterhalt zu sichern, dann bin ich unter Umständen auch bereit, Teile meines Leibes zur Existenzsicherung zu entäussern. Eine solche Selbstentäusserung wäre aber nicht Ausdruck, sondern vielmehr Negation der Autonomie<sup>155</sup>, da sie die für Autonomie und Würde der Person begründungsrelevante Dimension der personalen Leiblichkeit auf eine bloss Körperlichkeit reduzierte.

[Rz 47] Diese Überlegungen zur Kommerzialisierung des Leichnams und des strukturellen Zusammenhangs von Überzeugung und gesellschaftlicher Praxis erweitern das relationale Begründungsmodell zum Schutz des Leichnams nun noch um eine *gesellschaftliche* Dimension: Die Frage, wie wir innerhalb unserer Gesellschaft mit menschlichen Leichnamen umgehen sollen, bemisst sich nicht nur an den faktischen Einstellungen, Überzeugungen und Interessen der jeweils Betroffenen. Denn das Recht schützt nicht nur Personengruppen und ihre Interessen, sondern es *gestaltet* unsere gemeinschaftliche und gesellschaftliche Praxis. Wie am Beispiel der Kommerzialisierung gezeigt, werden durch die Gestaltung von Praxen überindividuelle Strukturen geschaffen, die gerade nicht mehr auf die Interessen und Überzeugungen der Einzelnen zurückgeführt werden können, gleichwohl aber auf die Individuen zurückwirken. Unter dieser Perspektive wird ersichtlich, warum eine Kommerzialisierung des Leichnams möglicherweise auch unter der Bedingung zu kritisieren wäre, dass alle von einer Kommerzialisierung betroffenen Personen und Parteien dieser Praxis zustimmen.<sup>156</sup> Kritikwürdig wäre sie deshalb, weil sie als Praxis der Verwertung des Leichnams eine zweckrationale Struktur im Umgang mit unserer eigenen Leiblichkeit gesellschaftlich implementiert. Eine Struktur, die tendenziell instrumentellen Leib- bzw. Selbstverhältnissen Vorschub leistet, und unter der ein im anspruchsvollen Sinn selbstbestimmtes Verhältnis zum eigenen Tod sowie zum Tod und zum Leichnam anderer Personen strukturell eher behindert als ermöglicht wird.

<sup>154</sup> Diese an KANT orientierte Bestimmung von Autonomie als einem «Ideal der Freiheit» grenzt sich explizit ab von dem Vorurteil, Autonomie sei eine bloss auf das Individuum zentrierte Struktur, die die Durchsetzung individueller Interessen normativ absichere. Dem entgegen impliziert das hier vertretene Autonomieverständnis a) die Idee eines reflektierten Willens, der sich über sich selbst aufzuklären vermag und b) einen Begriff von Freiheit, der sinnvoll nur im Rahmen interpersonal und sozial geteilter Praxis

zu denken ist.

<sup>155</sup> Wie unter 4.1 hiervoor ausgeführt, trägt das gegenwärtige Recht diesem Gedanken in einem umfassenden Kommerzialisierungsverbot von Leichen und Leichenteilen Rechnung. Vgl. Art. 119a Abs. 3 Satz 1 BV; Art. 21 BMÜ, sowie Art. 6 TxG.

<sup>156</sup> So hängt das *begründende* Element des Kommerzialisierungsverbotes auch nicht von der *faktischen* Zustimmung der Einzelnen ab.



## 5. Die rechtliche Sonderstellung des Leichnams in Analogie zum Tier

[Rz 48] Wenngleich die vorangehenden Abschnitte einheitlich zur Konklusion kamen, dass der menschliche Leichnam nicht als Sache i.S.v. Art. 641 ZGB einzuordnen ist, kann eine mögliche Lösung doch in einem Vergleich zu jüngeren sachenrechtlichen Überlegungen<sup>157</sup> gefunden werden. Diese erweisen hinsichtlich der rechtlichen Sonderstellung von Tieren, dass Gesetzgebung entwicklungsbedürftig aber auch -fähig ist.

### 5.1 Die rechtliche Qualifizierung von Tieren

[Rz 49] Seit dem 1. April 2003 gelten Tiere im Schweizer Zivilrecht nicht mehr als Sachen. Das Sachenrecht ist nur dann auf sie anzuwenden, wenn keine besonderen Regelungen bestehen.<sup>158</sup> Es war Richtungspunkt der Initiative Marty, das «Tier als lebendes und fühlendes Mitgeschöpf» anzuerkennen und seine Rechtsstellung zu verbessern.<sup>159</sup> Mit Artikel 641a ZGB wurde erstmals eine Subkategorie neben den beiden klassischen und bis anhin einzig gesetzlich verankerten Kategorien ins ZGB eingeführt. Bei den sogenannten «Sachoiden»<sup>160</sup> handelt es sich aber nicht um eine neue zivilrechtliche Kategorie, die die durch EUGEN HUBER geschaffene Unterscheidung von «Person» und «Sache» erweitern soll.<sup>161</sup> Tiere wurden von jeher als Rechtsobjekte ohne Rechtspersönlichkeit betrachtet und dies soll auch in Zukunft so bleiben. Mit der deklaratorischen Grundsatzbestimmung in Art. 641a ZGB und den bestehenden Sonderregelungen soll das Tier jedoch als «eine spezielle Art von Rechtsobjekt» aufgefasst werden.<sup>162</sup>

<sup>157</sup> Gleich wie in BGE 115 IV 254 und in 116 IV 364 das Tier als «lebendes und fühlendes Wesen, als Mitgeschöpf, dessen Achtung und Wertschätzung für den durch seinen Geist überlegenen Menschen ein moralisches Postulat darstellt» erachtet das Bundesgericht auch den Leichnam nicht als blosses Sache (BGE 112 IV 37), denn der Terminus Sache ist nicht als solcher zu verstehen, sondern als sog. Sachoid, d.h. ein Leichnam ist «ein Objekt, das nur in beschränktem Masse besonderen Rechtsbeziehungen unterworfen sein kann.»

<sup>158</sup> Vgl. Art. 641a 2 ZGB. BBl 2002 4164 5806 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/4164.pdf>).

<sup>159</sup> Parlamentarische Initiative «Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25. Januar 2002 Stellungnahme des Bundesrats vom 27. Februar 2002, S. 1 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/5806.pdf> [zuletzt besucht am 15. September 2010]; zit.: Initiative Marty).

<sup>160</sup> FIOŁKA, in: Basler Kommentar II, Art. 262 RN 30. Eine andere Bezeichnung für «Sachoiden» ist «Sachen sui generis» oder Teil- oder «Scheinpersönlichkeit». Die Namensvielfalt allein deutet auf die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung der beiden (ursprünglichen) Hauptkategorien Person und Sache hin.

<sup>161</sup> BBl 2002 4164 5806.

<sup>162</sup> Initiative Marty, S. 1; vgl. hierzu auch GOETSCHEL/BOLLIGER, Das Tier im Recht, insb. S. 145 ff.

### 5.2 Rückschlüsse auf die Qualifizierung der Rechtsnatur des Leichnams

[Rz 50] Will man den zivilrechtlichen Status des Leichnams in Analogie zum Tierrechtsartikel bestimmen, dann ist es notwendig, sich der Begründung dieses Artikels zu vergewissern. Denn es hängt von der Art der Begründung des Art. 641a ZGB ab, ob ein Analogieschluss zur rechtlichen Regelung des Leichnams trägt oder nicht. In der Stellungnahme des Bundesrates vom 25. Januar 2002 bekräftigt der Bundesrat ausdrücklich die «Auffassung, dass sich das Volksempfinden gegenüber Tieren gewandelt hat und dass die Rechtsstellung des Tieres entsprechend zu verbessern ist.»<sup>163</sup> Diese Äusserung ist aufschlussreich, da sie deutlich macht, dass die Sonderstellung des Tieres nicht durch den Verweis auf empirisch bestimmbare Eigenschaften des Tieres selbst begründet wird, sondern mit Verweis auf das *besondere Verhältnis* der Menschen zum Tier. So ist etwa die Tatsache, dass Tiere empfindende Wesen sind, kein begründendes Element von Art. 641a ZGB. Ausschlaggebend ist nicht dieser Sachverhalt, sondern die Tatsache, dass dieser Sachverhalt *für* die Bürgerinnen und Bürger heute eine andere *Bedeutung* hat als noch zu Zeiten der Entstehung des ZGB. Genau genommen steht damit aber gar nicht das Tier, sondern das *besondere Verhältnis* der Menschen zum Tier seit 2003 unter einem rechtlichen Schutz. Damit wird zugleich sichtbar, dass es sich auch beim Schutz des Tieres um einen *indirekten* Schutz handelt, der vermittelt ist durch den direkten Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit der Menschen.

[Rz 51] Vergleicht man die Begründung des Tierrechtsartikels mit der in diesem Aufsatz vertretenen Begründung des indirekten Schutzes des Leichnams, so fällt auf, dass beide Begründungen dieselbe Struktur aufweisen. Im ersten Kapitel dieser Arbeit konnte gezeigt werden, dass der rechtliche Schutz des Leichnams nicht in empirischen Fakten, wie der Annahme einer blossen Körperlichkeit des Leichnams, fundiert werden kann. Im zweiten Kapitel wurde der relationale Schutzgedanke expliziert, der die normative Konzeption der Persönlichkeit und der Autonomie der Person zum begründenden Element des Schutzes erklärt. Der Schutz, so konnte gezeigt werden, gilt nicht dem Leichnam direkt, sondern vielmehr dem je besonderen Verhältnis der ehemals lebenden Person sowie der Hinterbliebenen zum toten Körper. Es sind also im Fall des Leichnams, wie im Fall des Tieres die je besonderen praktischen Verhältnisse, die das Recht zu berücksichtigen und die es gemäss den obersten Rechtswerten zu gestalten hat.

[Rz 52] Aufgrund dieser strukturellen Ähnlichkeit sollte unseres Erachtens eine analoge Regelung zu Art. 641a ZGB auch in Bezug auf den Leichnam in Betracht gezogen werden. Ob es sich bei den «Sachoiden» um eine neue Kategorie oder

<sup>163</sup> Initiative Marty, S. 1.

um eine Subkategorie von Sachen handelt, ist dabei eine rein dogmatische Frage. Fest steht jedenfalls, dass seit Inkrafttreten des Art. 641a ZGB kein Grund mehr besteht, den Leichnam aus Notstand an alternativen Kategorien<sup>164</sup> einer bestehenden Kategorie zuzuordnen, in welche er unter korrekter Anwendung der existierenden Qualifikationskriterien gar nicht angemessen eingeordnet werden kann. Damit erweist sich zugleich auch das vorgenannte und letzte Argument, das KÄLIN zur sachenrechtlichen Einordnung des Leichnams anführt, als hinfällig. Unklar ist hingegen, ob diese Erkenntnis zwingend in einer Neunormierung der Rechtsnatur des Leichnams zu bestehen hat, oder ob das geltende Recht für eine Neuinterpretation insbesondere mit Einbezug des HFG hinreichend ist.

## 6. Schlusswort

[Rz 53] «Das Recht ist für die Regelung der weltlichen Ordnung zuständig»<sup>165</sup> – doch die Welt, die es zu regeln antritt, ist eine Welt, in der nicht nur gelebt, sondern auch gestorben wird. Insofern das Recht seiner Struktur nach eher Fälle als Einzelfälle normiert, besteht die Gefahr, auch den Tod der einzelnen Person als blossen Fall und den Leichnam in der Konsequenz als ein Ding unter Dingen zu betrachten. Will das Recht dieser Gefahr entgehen, muss ein angemessenes Verständnis der lebensweltlich praktischen Perspektive auf den Leichnam erarbeitet werden. Dieser Artikel versteht sich als Beitrag zur Erarbeitung dieser Perspektive.

[Rz 54] Dazu wurde zunächst gezeigt, dass eine Bestimmung des Leichnams als Sache, die sich einerseits ausschliesslich an empirischen Kriterien orientiert, andererseits Rechtsetzung und -sprechung seit der Jahrtausendwende unberücksichtigt lässt, fehlgeht. Eine solche und bis anhin praktizierte Bestimmung abstrahiert den Leichnam vom vergangenen personalen Leben der verstorbenen Person und begreift ihn in der Folge als einen bloss materiellen Körper aus der anonymen Perspektive der dritten Person. Eine solche Bestimmung ist aber, so konnte gezeigt werden, nicht nur der personalen Vergangenheit des Leichnams, sondern auch dem Recht unangemessen, sofern das Recht gar keine deskriptive, sondern eine normative Disziplin ist. Die Analyse der Andenkenschutztheorie sowie des postmortalen Persönlichkeitsrechts hat ein solches Rechtsverständnis bestätigt, indem der gegenwärtig geltende rechtliche Schutz des Leichnams gar nicht dem Leichnam und seiner wie auch immer bestimmten Körperlichkeit direkt dient, sich also nicht aus empirischen Merkmalen ableiten lässt, sondern der ehemals lebenden Person, sowie den Angehörigen und Nahestehenden gilt. Insofern schützt das Recht selbst dezidiert die *personale Perspektive* auf den Leichnam und sollte konsequenter Weise dieser Tatsache auch in der rechtlichen

Qualifizierung des Leichnams Ausdruck verleihen. Konkretisiert wurden diese Überlegungen schliesslich anhand des Kommerzialisierungsverbots. Die Analyse der bestehenden Gesetzeslage konnte nachweisen, dass der Leichnam nicht auf legale Weise kommerzialisierbar und somit im Resultat verkehrsunfähig ist. Bereits die geltenden, gesetzlich verankerten Kommerzialisierungsverbote sprechen folglich klar gegen eine (einzig) sachenrechtliche Lösung. Die philosophisch-anthropologische und normativ-kritische Analyse kam in der Auseinandersetzung mit gegenwärtigen Kommerzialisierungsbestrebungen im Bereich der Organspende zu dem Ergebnis, dass auch eine partielle Lockerung des Kommerzialisierungsverbotes letztlich problematisch wäre. Erstens, weil sie einem instrumentellen Leibverhältnis Vorschub leisten würde, das seinerseits auf der reduktiven und dualistischen Darstellung des menschlichen Leib-Seele Verhältnisses beruht. Zweitens, weil ein solcher Dualismus in einem problematischen Spannungsverhältnis zur Vorstellung einer Einheit von Person, Leib und Geist stünde, von der auch in der aktuellen Gesetzeslage ausgegangen wird. Schliesslich würde eine solche Vorstellung drittens die umfassende Verwirklichung von Autonomie, die alle wesentlichen Dimensionen des menschlichen Daseins einschliessen muss, auf den Gedanken der Verfügungsmacht über den eigenen Körper reduzieren.

[Rz 55] Die mit Entwurf des HFG eingeführte Vereinheitlichung der (prae- und postmortalen) Rechtsnatur des Menschen als Person, lässt sich unseres Erachtens in dieser Pauschalität nicht ohne explizite Kodifizierung in die geltende Gesetzeslage integrieren. Zumal unklar ist, ob der Gesetzgeber bei der Festlegung der Rechtsnatur des menschlichen Körpers den Leichnam überhaupt bedacht hatte. Und obschon die neuere Lehre zusehends eine Klassifizierung des Leichnams als Person für möglich erachtet, bleibt – unter anderem – als Evergreen die Frage der Klagelegitimation<sup>166</sup> von Toten zur Durchsetzung allfälliger Persönlichkeitsverletzungen bestehen. Aus rechtsphilosophischer Perspektive wäre es jedenfalls nicht sinnvoll, den Leichnam als Person zu klassifizieren. Eine solche Identifizierung von Leichnam und Person würde nämlich einen anspruchsvollen Personenbegriff, der die Möglichkeitsbedingungen von Recht und Moral im Rahmen eines Begründungsdiskurses expliziert, auflösen.<sup>167</sup>

<sup>164</sup> Vgl. KÄLIN, S. 68.

<sup>165</sup> EGGER, Art. 31 RN 15.

<sup>166</sup> BGE 129 I 302: «(...) le défunt n'a pas la capacité d'être partie et personne ne peut former en son nom un recours de droit public.» Eine gewisse Auflockerung dieses doch sehr absolut gehaltenen Grundsatzes gelang dennoch, indem: «Le Tribunal fédéral a cependant refusé de tirer toutes les conséquences de son choix, puisqu'il a accepté que les proches poursuivent l'action que le défunt a ouverte de son vivant.» TERCIER, le nouveau droit de la personnalité, n. 517. Wobei TERCIER hiermit nicht nur die Beschränkung der Durchsetzbarkeit von Persönlichkeitsrechten – und zwar einzig durch die Angehörigen der Verstorbenen – aufzeigt, sondern zugleich das Bundesgericht kritisiert mit: «La solution se justifie sans doute pour des motifs pratiques, mais elle démontre aussi ce que la construction a d'artificiel.»

<sup>167</sup> Zur Frage, warum der Leichnam nicht mehr Person sein sollte, vgl.:

[Rz 56] Dass sich der Leichnam rechtlich weder als Sache noch als Person angemessen bestimmen lässt, ist kein Defizit des Rechts, sondern vielmehr Ausdruck der vielfältigen Bedeutungen, die der tote menschliche Körper als gestorbener Leib einer Person in unserer praktischen Lebenswirklichkeit hat. Für das Recht erwächst daraus allerdings die Aufgabe, die verschiedenen Perspektiven auf den Leichnam und die in ihnen erhobenen Ansprüche – die Autonomie der ersten Person, das Persönlichkeitsrecht und die Pietätsgedühle der zweiten Person sowie die vielfältigen gesellschaftlichen, kulturellen und ökonomischen Ansprüche, die aus der Perspektive der dritten Person konzeptualisiert werden – in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu setzen. Um eine solche Vermittlung auch in Zukunft produktiv und unter Berücksichtigung der sich wandelnden gesellschaftlichen Bedingungen reflektiert leisten zu können, ist es geboten, die verschiedenen Bedeutungsdimensionen des toten Körpers, in denen die verschiedenen Perspektiven gründen, nicht auf eine Qualität – nämlich die der Sache – deklaratorisch zu reduzieren. Inwiefern unser Vorschlag, die Rechtsnatur des Leichnams in Analogie zur jüngeren gesetzlichen Entwicklung (hier am Beispiel von Art. 641a ZGB) zu bestimmen, rechtstauglich ist, bedarf sicherlich weiterer Analysen und rechtswissenschaftlicher Diskussion. Dass aber eine Lösung erzielt werden muss, in der alle drei Perspektiven auf den Leichnam angemessen zur Geltung gebracht werden können, sollte durch die vorangegangenen Überlegungen deutlich geworden sein. Erst eine solch deklaratorische *Offenheit* der Rechtsnatur des Leichnams ermöglicht es, in der juristischen Beurteilungspraxis eine dem Einzelfall angemessene Konkretisierung zu leisten.

## Literaturverzeichnis

Die folgenden Werke werden mit dem Namen des Autors, der Seitenzahl und/oder der Randnote zitiert.

BIRNBACHER DIETER, Philosophisch-Ethische Überlegungen zum Status des menschlichen Leichnams, in: STEFENELLI, NORBERT (Hrsg.), Körper ohne Leben. Begegnung und Umgang mit Toten, Wien 1998, S. 927–932.

BORGHI MARCO, L'image de la mort en droit public, in: L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990.

BREITSCHMID PETER, Einige unorthodoxe Überlegungen zu einer noch zu diskutierenden Frage, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Prof. REY, Wenn Organe Sachen wären ..., Zürich 2003, S. 13–19.

BREITSCHMID PETER/KAMP ANNASOFIA, Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen, Festschrift für Prof. Dr. ÖZTAN F., Ankara 2010.

BREYER FRIEDRICH, Die Knappheit von Spenderorganen aus ökonomischer Sicht, Konstanz 2003.

BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. A., Basel 1994.

BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 4e édition, Bâle/Genève/Munich 1999.

BÜCHLER ANDREA, Die Kommerzialisierung Verstorbener, Ein Plädoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsrechtsaspekte, AJP/PJA 2001, S. 3 ff.

CARRANZA CARLOS JAICO/MICOTTI SÉBASTIEN, Les droits réels, 2e édition, Bâle 2006.

DE BIASIO GIORGIO/FOGLIA ALDO, Introduzione ai codici di diritto privato svizzero, seconda edizione ampliata e rinnovata, Torino 2008.

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne 2001.

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004.

EBERLE UTE, Forschung am Sterbebett in: DIE ZEIT 9. Juni 2005, Nr. 24 ([www.zeit.de/2005/24/M-Totenforschung](http://www.zeit.de/2005/24/M-Totenforschung) [zuletzt besucht am 22. August 2011]).

EMMENEGGER SUSAN, Marlene und die «Ich AG». Geburt einer neuen Rechtsfigur?, in: GAUCH PETER/PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), Figures juridiques, Rechtsfiguren, Festschrift für PIERRE TERCIER, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 209 ff.

FASEL URS, Repetitorium zum schweizerischen Sachenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003.

FRANK RICHARD, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983.

GAUGLER H.V., Über die rechtliche Zulässigkeit der klinischen Leichensektion, SJZ 35/1938–39 S. 377 ff.

GLAHN JULIA, Ob tot oder lebendig! Ein interaktionaler Menschenwürdebegriff, in: DOMINIK GROSS/JULIA GLAHN/BRIGITTE TAG (Hrsg.), Die Leiche als Memento mori, Frankfurt/New York 2010. S. 45–78.

GMÜR MAX, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1–10), Das Personenrecht (Art. 11–89), 2. A., Bern 1930.

GOETSCHEL ANTOINE F./BOLLIGER GIERI, Das Tier im Recht, Zürich 2003.

GUGUTZER ROBERT, Soziologie des Körpers, Bielefeld 2004.

GUILLOD OLIVIER, Droit des personnes, Neuchâtel 2009.

GUILLOD OLIVIER/DUMOULIN JEAN-FRANCOIS, Définition de la mort et prélèvement d'organes – aspects constitutionnels, Neuchâtel 1999.

GURTI-FORRER EUGENIO, Codice civile svizzero, annotato, Bellinzona 1911.

- HAFTER ERNST, Leichensektion und Strafrecht, ZStR 54/1940 S. 259.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, 6. A.
- HÄRLE WILFRIED, Sektion aus Sicht der Theologie, in: KNOBLAUCH HUBERT/ESSER ANDREA/GROSS DOMINIK/TAG BRIGITTE/KAHL ANTJE (Hrsg.), Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion, Berlin 2010, S. 295–308.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2006.
- HOFER PASCAL, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Köln 2006.
- JANKÉLÉVITCH VLADIMIR, Der Tod, 2. Aufl. Frankfurt 2005.
- KÄLIN OLIVER, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zürich 2002.
- KELLER MARTINA, Ausgeschlachtet, Berlin 2008.
- KELLER MARTINA, Alles muss raus, Frankfurter Allgemeine FAZ.NET. 10. November 2008. <http://www.faz.net/-00q6q2> [zuletzt besucht am 22. August 2011]
- KERSTING DANIEL, Der tote Körper aus der Perspektive der zweiten Person, in: KNOBLAUCH HUBERT/ESSER ANDREA/GROSS DOMINIK/TAG BRIGITTE/KAHL ANTJE (Hrsg.), Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion, Berlin 2010, S. 57–71.
- KNELLWOLF ESTHER, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen, Zürich 1991.
- KNOBLAUCH HUBERT, Kulturkörper. Die Bedeutung des Körpers in der sozialkonstruktivistischen Wissenssoziologie, in: SCHROER MARKUS (Hrsg.): Soziologie des Körpers, Frankfurt 2005, S. 92–113.
- KNOBLAUCH HUBERT/KAHL ANTJE, Der gespaltene Leichnam. Die zwei Seiten des Todes, die Obduktion und der Körper, in: MÜLLER MICHAEL (Hrsg.): Körper Haben, Wiesbaden. 2011.
- KUHN MORITZ W./POLEDNA THOMAS, Arztrecht in der Praxis, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007.
- LINDEMANN GESA, Zeichentheoretische Überlegungen zum Verhältnis von Leib und Körper, in: BARKHANS ANNETTE (Hrsg.), Identität, Leiblichkeit, Normativität. Frankfurt 1996, S. 146–176.
- MATTERN RAINER, Der Leichnam als Wissensquelle in der Unfallforschung, in: Zeitschrift für Semiotik, Bd. 27, 2005/4, S. 379–387.
- MAURER SUSAN, Leichen als res extra commercium mit Marktwert?, in: GROSS DOMINIK, GLAHN JULIA, TAG BRIGITTE (Hrsg.), Leiche als memento mori, Frankfurt/New York 2010.
- MERLEAU-PONTY MAURICE, Phänomenologie der Wahrnehmung, Berlin 1974.
- PLESSNER HELMUTH, Der Mensch als Lebewesen, in: Ders., Gesammelte Schriften VIII, MARQUARD ODO u.a. (Hrsg.), Frankfurt 2003, S. 314–327.
- PEDRAZZINI MARIO O./OBERHOLZER NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIKLIN FRANZ, Strafrecht BT, 10. A., Fribourg 2008, <http://www.unifr.ch/lman> [zuletzt besucht am 22. August 2011].
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS, Basler Kommentar Art. 111–392 StGB, 2. A., Basel 2003.
- OTT WALTER/GRIEDER THOMAS, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz, AJP/PJA 2001, S. 627 ff.
- REHBERG JÖRG/SCHMID NOKLAUS/DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8. A., Zürich/Basel/Genf 2003.
- REHBOCK THEDA, Personsein in Grenzsituationen. Zur Kritik der Ethik medizinischen Handelns, Paderborn 2005.
- RIEMER HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB, Bern 1995.
- RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Eine Einführung, 2. A., Bern 2003.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil., Zürich/St. Gallen 2009, S. 94.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das ZGB im Wandel: Rückblick und Ausblick, recht 2008, S. 53-57.
- SCHENK STEPHAN, Die Totensorge – ein Persönlichkeitsrecht, Zivilrechtliche Untersuchung der Verfügungsbefugnis am toten menschlichen Körper, Hamburg 2007.
- SCHMID JÖRG, Sachenrecht, Zürich 1997.
- SCHMID VICTOR, Recht ist, was auch anders sein kann, Baden 1992.
- SCYBOZ GEORGES/GILLIÉRON PIERRE ROBERT, Code civil suisse et code des obligations, Annotés, 8e édition, Bâle 2008.
- SPLISGARDT MARC, Widerrechtlichkeit von klinischen Obduktionen, Basel 2007.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome premier, Berne 1990.
- STRATENWERTH GÜNTHER/JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafrecht BT I, 6. A., Bern 2003.
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht BT II, 5. A, Bern 2000.
- STUDER JOSEF, Repetitorium Sachenrecht, Zürich 2004.
- TAG BRIGITTE, Zum Umgang mit der Leiche, Rechtliche

Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteile durch Plastination, MedR 1998, Heft 9, S. 387ff.

TAG BRIGITTE, Rechtliche Aspekte im Umgang mit dem toten Körper, Eine thematische Einführung, in: TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK/ESSER ANDREA/KNOBLAUCH HUBERT (Hrsg.), Tod und toter Körper, Der Umgang mit dem Tod und der menschlichen Leiche am Beispiel einer klinischen Obduktion, Kassel 2007, S. 101–117.

TAG BRIGITTE in: Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer zur Autopsie, 2005, S. 5 und 33 ff. <http://www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/Empfidx/Autopsie> [zuletzt besucht am 22. August 2011].

TAG BRIGITTE, Das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen – Die Schweizerische Rechtslage zur Transplantationsmedizin, in: Festschrift für KNUT AMELUNG zum 70. Geburtstag, Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, BÖSE MARTIN/STERNBERG–LIEBEN DETLEV (Hrsg.), Schriften zum Strafrecht, Heft 202, Berlin 2009, S. 519.

TAG BRIGITTE, Das schweizerische Transplantationsgesetz – Überblick über die rechtlichen Bestimmungen und einige Überlegungen zu ethischen Fragen der Lebendspende sowie der postmortalen Organspende, in: Problems of medical ethics and law in organ and tissue transplantation, 1. international congress on medical ethics and law, congress proceeding book.

TAG BRIGITTE, Rechtliche Rahmenbedingungen zur Verwendung von Leichen und Leichenteilen in der medizinischen Forschung sowie Aus-, Weiter- und Fortbildung, in: Verwendung von Leichen und Leichenteilen in der medizinischen Forschung sowie Aus-, Weiter- und Fortbildung, Empfehlungen der SAMW vom 27. November 2008, Anhang.

TAG BRIGITTE, Wem gehört mein Körper?, in: Journal für Philosophie «der blaue reiter», Unser Körper Zwischen Ich und Welt, Ausgabe 26, S. 38 ff. ([http://www.derblauereiter.de/ausg\\_21-30/dbr26/dbr26\\_inha.html](http://www.derblauereiter.de/ausg_21-30/dbr26/dbr26_inha.html) [zuletzt besucht am 22. August 2011]).

TERCIER PIERRE, le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984.

TRECHSEL STEFAN ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008.

VON TOBEL WALTER, Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion, Zürich 1946.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009.

WITTWER CAROLINE/BREITSCHMID PETER, Entwicklungen im Transplantationsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: Jusletter 22. November 2010.

WITTWER HÉCTOR, Der Leichnam aus der Sicht der Philosophie, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Bd. 56. 2008/1, S. 97–117.

---

**Daniel Kersting**, Philipps-Universität Marburg, arbeitet derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter unter der Leitung von Frau Prof. Dr. Andrea Esser am Institut für Philosophie in dem von der Volkswagen-Stiftung geförderten interdisziplinären Forschungsprojekt «Tod und toter Körper. Zur Veränderung des Umgangs mit dem Tod in der gegenwärtigen Gesellschaft». Im Rahmen des Forschungsprojektes promoviert er zum Thema: «Personaler Tod. Zur praktischen Bestimmung des Verhältnisses von Person, Leib und totem Körper».

lic. iur. **Susan Maurer** arbeitet aktuell im Rechtsdienst Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht bei der AXA ARAG. Ihr Forschungsschwerpunkt bei der berufsbegleitenden Dissertation betreut durch Herrn Prof. B. Rüttsche, Universität Luzern, liegt im Bereiche der Grundprinzipien des Biomedizinrechts.

---

\* \* \*