

Grundgesetz: GG

Sachs

10. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81738-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Regelungen spezifiziert sein. So bleibt etwa die **verdachtsunabhängige Identitätsfeststellung** eine begründungsbedürftige Ausnahme.²⁵⁶ Die Daten dürfen nur zu den gesetzlich bestimmten Zwecken verwendet – also auch nicht im Wege der Amtshilfe weitergegeben – und nicht auf Vorrat gesammelt werden, sofern sie nicht in anonymisierter Form zu statistischen Zwecken erhoben werden. Dabei sind zur Vermeidung des Missbrauchs besondere Vorkehrungen für Durchführung und Organisation der Datenerhebung und -verarbeitung nötig (BVerfGE 65, 1 (46 ff.) = NJW 1984, 419). Je tiefer die Daten in den Persönlichkeitsbereich hineinreichen und je umfassender sie benutzt werden sollen, desto strengere Anforderungen sind an den gesetzlichen Zweck und seine Bestimmtheit zu stellen.²⁵⁷

Die Abgrenzung rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes von missbräuchlicher Auskunftsverweigerung kann schwierig sein. So müssen Energieversorger dem Finanzamt Kundenkonten nennen (BVerfG NJW 2001, 811); ein Politiker muss hinnehmen, dass seine Anwaltsschriftsätze aus DDR-Zeiten veröffentlicht werden (BVerfG (K) NJW 2000, 2417). Unter Verletzung der Privatsphäre gewonnene Geheimdienstinformationen (insbes. Stasi-Unterlagen) dürfen nicht an die Presse gegeben werden.²⁵⁸ **121a**

Die Feststellung, Speicherung und Verwendung des DNS-Identifizierungsmusters („**genetischer Fingerabdruck**“) zur Aufklärung künftiger Straftaten berühren nicht den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit,²⁵⁹ greifen aber in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Sie lassen sich rechtfertigen, wenn sie verhältnismäßig sind, insbes. wenn wegen Art oder Ausführung einer bereits abgeteilten Straftat, der Persönlichkeit des Verurteilten oder anderer Umstände Grund zu der Annahme besteht, dass er erneut Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird.²⁶⁰ **121b**

Die präventive polizeiliche „**Rasterfahndung**“ (elektronischer Abgleich großer Datenmengen im Hinblick auf die Schnittmenge der für die Fahndung als bedeutsam angesehenen personenbezogenen Merkmale) lässt sich nach Auffassung des BVerfG nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, dass eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter gegeben ist (BVerfGE 115, 320 (344 ff., insbes. 360) = NJW 2006, 1939). Die dazu angestellten Verhältnismäßigkeitserwägungen sind freilich höchst problematisch.²⁶¹ Insbesondere erscheint fraglich, ob angesichts der Eigenart neuartiger (terroristischer) Bedrohungslagen der klassische Gefahrenbegriff geeignet ist, die rechtsstaatliche Grenze präventiver polizeilicher Informationseingriffe zutreffend zu beschreiben.²⁶² Im Urteil zur „**Online-Durchsuchung**“ (heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können) knüpft das BVerfG zwar gleichfalls an diesen Begriff an. Ein solcher Eingriff sei nur zulässig, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinwiesen.²⁶³ Allerdings müsse sich nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lassen, dass eine derartige Gefahr schon in näherer Zukunft eintrete.²⁶⁴ Es ist nicht zu verkennen, dass durch diese Lockerung der Anforderungen an die zeitliche Nähe, wie auch dadurch, dass bereits auf eine konkrete Gefahr hinweisende tatsächliche Anhaltspunkte – also ein Gefahrenverdacht – als ausreichend erachtet werden, der klassische Gefahrenbegriff nicht mehr unmittelbar selbst die Eingriffsschwelle beschreibt, sondern „nur“ noch als Referenzpunkt für die Bestimmung der Zulässigkeit von Maßnahmen im Gefahrenvorfeld dient. Die Ermächtigung des BKA zum **Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen zur Terrorismusabwehr** ist nur verfassungsgemäß, sofern diese **den sehr strengen materiellen und prozeduralen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** genügt.²⁶⁵ **121c**

Datenverarbeitung durch Private fällt in deren grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich (zB Informations-, Wissenschaftsfreiheit). Daher unterliegt sie nicht den gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen wie die staatl. Datenverarbeitung. Jedoch ist der Staat verpflichtet, auch insoweit das Persönlichkeitsrecht durch geeignete Regelungen zu schützen.²⁶⁶ **122**

²⁵⁶ MVVerfG DÖV 2000, 71 ff. = BeckRS 9998, 88351, Nichtigkeit eines Gesetzes, das ua zur verdachts- und anlasslosen Identitätsfeststellung aller Benutzer von Durchgangsstraßen ermächtigte. Vgl. hierzu auch Kastner VerwArch 2001, 216 ff. mwN.

²⁵⁷ Zu den Anforderungen an Datenerhebungen usw. näher Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984; Simitis NJW 1984, 398; Schlink STAAT 25 (1986), 233 ff.; Vogel-sang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987; Starck in MKS Rn. 116 mwN; Poppenhäger NVwZ 1992, 149 ff.; Gurliit NJW 2010, 1035 ff.

²⁵⁸ BVerwGE 121, 115 (133 ff.) = NJW 2004, 2462 – Fall Kohl; krit. dazu Heintschel v. Heinegg AfP 2004, 505 ff.

²⁵⁹ Jedenfalls soweit nicht Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten ermöglicht werden, BVerfGE 103, 21 (31 f.) = NJW 2001, 879.

²⁶⁰ Vgl. BVerfGE 103, 21 (33 f.); BVerfG (K) EuGRZ 2001, 249 ff. (252 ff.).

²⁶¹ Vgl. das kritische Sondervotum Haas BVerfGE 115, 371 ff. = NJW 2006, 1939; Bausback NJW 2006, 1922 (1923 f.); Hillgruber JZ 2007, 209 (212 f.); Horn DÖV 2003, 746 ff.

²⁶² Vgl. Schoch STAAT 43 (2004), 347 ff.; Hillgruber JZ 2007, 209 (213); Volkmann JZ 2006, 918 (919 f.); JURA 2007, 132 (136 f.).

²⁶³ BVerfGE 120, 274 (326, 328) = NJW 2008, 822. Aufgrund der Heimlichkeit des Zugriffs verlangt das BVerfG zudem einen Richtervorbehalt; außerdem seien Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu treffen, BVerfGE 120, 274 (325) = NJW 2008, 822.

²⁶⁴ BVerfGE 120, 274 (326, 328 f.) = NJW 2008, 822.

²⁶⁵ BVerfGE 141, 220 = NJW 2016, 1781.

²⁶⁶ Vgl. BVerfGE 117, 202 (229) = NJW 2007, 753; BVerfG MMR 2007, 93 = DVBl 2007, 111 (112); Starck in MKS Rn. 177. Kritik am nach seiner Auffassung unzureichenden Datenschutz ggü. Privaten übt Hassemer, Private sind schneller, schlauer und billiger als der Staat/Der Datenschutz braucht deshalb ein neues Konzept, Frankfurter Rundschau v. 19.4.1999, S. 11; s. auch Grimm JZ 2013, 585 (587 ff.).

- 123 b) Ehrenschutz.** Der Gesetzgeber ist seiner Pflicht zum Schutz des sozialen Geltungsanspruchs des Einzelnen durch die Straftatbestände der Beleidigung, der üblen Nachrede, der Verleumdung sowie durch zivilrechtliche Unterlassungs-, Widerrufs- und Schadensersatztatbestände sowie den presserechtlichen Gendarstellungsanspruch nachgekommen. Diese Vorschriften sind im Lichte des Persönlichkeitsrechts, aber zugleich im Lichte der Meinungs- und Pressefreiheit sowie der Kunstfreiheit auszulegen.
- 124** Eine bewusste Verletzung der Ehre ist mit Art. 2 I iVm Art. 1 I nicht vereinbar und durch andere Grundrechte nicht gedeckt. Verletzungen der Ehre sind Kränkungen, Herabwürdigungen, Missachtungen des berechtigten persönlichen Geltungsanspruchs,²⁶⁷ die die Würde des Betroffenen berühren; dagegen muss der Staat Schutz bieten. Eine Rechtfertigung – auch unter dem Aspekt konfligierender Grundrechte – kommt nicht in Betracht. Welches Verhalten anderer die Ehre verletzt, lässt sich allerdings nur **situationsbezogen beurteilen** und hängt ganz entscheidend auch von dem Vorverhalten des Betroffenen ab. Wer sich mit scharfen Äußerungen in den politischen Meinungskampf begibt, muss mit einem harten Gegenschlag rechnen.²⁶⁸ Aber auch unabhängig davon, ob der Einzelne selber andere attackiert, setzt er sich kritischen Meinungsäußerungen (auch in Form von Karikaturen oder Satiren) aus, wenn er sich – etwa als Politiker, Künstler, Wissenschaftler – in der Öffentlichkeit exponiert.²⁶⁹ So kann bspw. – abhängig vom Kontext – die Bezeichnung als „durchgeknallte Frau“ eine ehrverletzende Äußerung sein, die nicht mehr vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit gedeckt ist.²⁷⁰
- 125** Der **soziale Geltungsanspruch** des Einzelnen kann nicht von diesem allein definiert werden. Wenn dieser soziale Beziehungen eingegangen und in Kommunikation mit anderen getreten ist, bemisst sich der konkrete Inhalt des Geltungsanspruchs nach einem, in gewissem Umfang verselbstständigten sozialen Abbild, das dem Betroffenen ungeachtet etwa abweichender eigener Vorstellungen zugerechnet wird. Eine Ehrverletzung kann umso weniger festgestellt werden, je mehr die beanstandeten Äußerungen ein Bild des Betroffenen zeigen, das sein tatsächliches Auftreten objektiv zutreffend wiedergibt (BVerfG (K) NJW 1989, 3269).
- 126** Die **soziale Identität** einer Person wird gegen falsche Behauptungen uneingeschränkt geschützt, wenn deren Unwahrheit erwiesen ist.²⁷¹ Ein effektiver Schutz der Ehre ist das nicht: Gerade bei frei erfundenen rufschädigenden Behauptungen wird es dem Betroffenen oft nicht möglich sein, den Beweis dafür zu führen, dass er nicht getan hat, was ihm vorgeworfen wird. Dennoch hat das BVerfG die Beweislastregel des § 186 StGB, wonach eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung strafbar ist, wenn sie nicht erweislich wahr ist, zu Lasten des Betroffenen nahezu umgedreht: Eine „Übersteigerung der Wahrheitspflicht“ und die daran anknüpfenden Sanktionen könnten zu einer Einschränkung und Lähmung der Meinungsfreiheit, namentlich der Medien führen (BVerfGE 54, 208 (219 f.) = NJW 1980, 2072); die Anforderungen an die Wahrheitspflicht dürften nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet.²⁷² Dies führt dazu, dass auch in der zivilrechtlichen Rspr. der Schutz gegen rufschädigende Äußerungen auf ein Minimum reduziert ist.²⁷³
- 127** Werden dem guten Ruf abträgliche Tatsachenbehauptungen mit wertenden Stellungnahmen verbunden, sind sie nach der Rspr. als Meinungsäußerungen anzusehen und verstärkt geschützt: In Bezug auf Werturteile im öffentl. Meinungskampf spreche im Interesse des öffentl. Meinungsbildungsprozesses eine **Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede**.²⁷⁴
- 128** Diese Vermutung führt dazu, dass abwertende Meinungsäußerungen und damit verbundene Tatsachenbehauptungen in Fragen von Bedeutung für die öffentl. Meinungsbildung praktisch bis zur Grenze der **Schmähkritik** rechtmäßig sind; diese liegt nur vor, wenn nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.²⁷⁵ Zugunsten der Meinungsfreiheit wird so der **Schutz der Ehre auf ein Minimum reduziert**.²⁷⁶
- 129** Dies ist in der Lit. auf entschiedene **Kritik** gestoßen: Das BVerfG betone zwar zutreffend die konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie, verkenne aber, dass auch der

²⁶⁷ Dazu vgl. zB BVerfGE 90, 241 (248) = NJW 1994, 1779.

²⁶⁸ BVerfGE 12, 113 (131) = NJW 1961, 819; BVerfGE 24, 278 (286) = NJW 1969, 227; BVerfGE 54, 129 (138) = NJW 1980, 2069; BVerfGE 60, 234 (241) = NJW 1982, 2655.

²⁶⁹ Vgl. BVerfGE 54, 129 (138) = NJW 1980, 2069; BVerfGE 61, 1 (13) = NJW 1983, 1415; Mackeprang, Ehrenschutz im Verfassungsstaat, 1990, S. 150 f. mwN.

²⁷⁰ BVerfG NJW 2014, 764.

²⁷¹ Die Meinungsfreiheit deckt solche Tatsachenbehauptungen nicht, BVerfGE 54, 208 (219 f.) = NJW 1980, 2072; BVerfGE 61, 1 (8) = NJW 1983, 1415; BVerfGE 85, 1 (22) = NJW 1992, 1439; BVerfGE 90, 241 (247 ff.) = NJW 1994, 1779.

²⁷² BVerfGE 61, 1 (8) = NJW 1983, 1415; BVerfGE 85, 1 (15) = NJW 1992, 1439.

²⁷³ Stürmer JZ 1994, 865 (867) mN.

²⁷⁴ BVerfGE 7, 198 (212) = GRUR 1958, 254; stRspr. zB noch BVerfGE 85, 1 (16) = NJW 1992, 1439.

²⁷⁵ Vgl. BVerfGE 82, 272 (284) = NJW 1991, 95; BVerfGE 85, 1 (16) = NJW 1992, 1439; BVerfGE 93, 266 (294) = NJW 1995, 3303; BGH NJW 1984, 124 (126); Stürmer JZ 1994, 865 (868).

²⁷⁶ Vgl. Stürmer JZ 1994, 865 (867 f.); zur neueren Rspr. insbes. des BGH: Schertz NJW 2013, 721 ff.

Schutz der persönlichen Ehre nicht nur für die Würde des Menschen grundlegende Bedeutung habe, sondern auch unerlässliche Voraussetzung für einen offenen demokratischen Meinungsbildungsprozess sei. Einen verfassungsrechtlichen Vorrang der Meinungsfreiheit vor dem Recht der Ehre gebe es nicht; dieses habe ebenfalls Verfassungsrang. Deshalb sei es verfehlt, die dem Schutz der Ehre dienenden Gesetze einseitig im Lichte der Meinungsfreiheit restriktiv zu interpretieren, wie dies bei „allgemeinen Gesetzen“ iSv Art. 5 II zutreffend sei. Vielmehr müssten Ehrenschutz und Meinungsfreiheit so gegeneinander abgewogen werden, dass beiden Grundrechten soweit wie möglich Rechnung getragen und ein möglichst schonender Ausgleich zwischen ihnen gefunden werde.²⁷⁷ Wenn die Inhaltskontrolle von Meinungsäußerungen zugunsten eines offenen Meinungsbildungsprozesses zurückgenommen werde, dann sei es notwendig, kompensatorische Maßnahmen zur Wahrung des sozialen Geltungsanspruchs zu treffen, zB ein erweitertes Gegendarstellungsrecht einzuführen.²⁷⁸ – Entschieden abzulehnen ist die Ansicht,²⁷⁹ im Interesse des demokratischen Meinungskampfes müssten auch unbewiesene ehrenrührige Tatsachenbehauptungen grds. hingenommen werden, wenn sie in ein Werturteil eingebettet sind und ein wahrer „Tatsachenkern“ vorhanden ist. Im Streitfall muss das Gericht zumindest dem Kritisierten Gelegenheit geben, die Tatsachenannahmen auszuräumen.²⁸⁰ Lässt deren Wahrheit sich nicht klären, darf die ehrenrührige Tatsache auch nicht iVm persönlichen Wertungen als sicherer hingestellt werden, als sie ist. Der Aufklärungsfunktion der Meinungsfreiheit genügt dann der Bericht über jene Tatsachen, die den Verdacht stützen. Was weitergeht, schadet auch ihr.²⁸¹ Dies hat das BVerfG jetzt in Bezug auf Unterlassungsansprüche gegen **künftige Tatsachenbehauptungen** anerkannt (BVerfGE 114, 339 (350 ff.) = NJW 2006, 207).

Die persönliche Ehre kann auch durch ein **Kunstwerk** beeinträchtigt werden, bspw. durch einen Roman, dessen Protagonisten erkennbar lebende (Fall Esra)²⁸² oder verstorbene (Mephisto)²⁸³ Personen darstellen. Die Rspr. entscheidet hier aufgrund einer Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit.²⁸⁴ Ein Recht, nicht zum Vorbild einer Romanfigur zu werden, gibt es nicht (BVerfGE 119, 1 (28) = NJW 2008, 39). 129a

Hoheitsträger können sich für **herabsetzende Äußerungen** nicht auf die Meinungsfreiheit berufen. Sie unterliegen bei kritischen Stellungnahmen der Pflicht zur Mäßigung, Zurückhaltung sowie zur Sachlichkeit und zur Vermeidung unnötiger Abwertungen, zumal öffentl. Äußerungen des Staates nicht zuletzt wegen der mit ihnen in Anspruch genommenen Staatsautorität für die betroffenen Bürger schwerwiegende Folgen haben können. Die Kritik darf weder willkürlich noch besonders aggressiv sein.²⁸⁵ – Art. 2 I iVm Art. 1 I ist insoweit auch Grundlage eines verwaltungsgerichtlich durchsetzbaren Unterlassungsanspruchs.²⁸⁶ 130

Wenn die Staatsanwaltschaft im **Ermittlungsverfahren** die Vorwürfe gegen den Beschuldigten unter Nennung seines Namens veröffentlicht, liegt darin ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, der sich nicht schon damit rechtfertigen lässt, dass ein Anfangsverdacht besteht.²⁸⁷ 130a

c) Massenmedien, Internet. Berichterstattung und Kommentierung in den **Massenmedien** können wegen ihrer Verbreitung und der Intensität ihrer Beeinflussung das Persönlichkeitsrecht besonders intensiv verletzen,²⁸⁸ und zwar nicht nur bei falscher Berichterstattung²⁸⁹ oder Beleidigung, die unter dem Aspekt des Ehrenschutzes unzulässig sind, sondern auch unter dem Aspekt des Schutzes der **Privatsphäre**. Insoweit muss die Presse- bzw. Rundfunk- und Informationsfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht abgewogen werden. Je größer das öffentl. Informationsinteresse, desto intensiver der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, der sich rechtfertigen lässt.²⁹⁰ Dies schließt nicht aus, dass sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht sogar gegen inhaltlich zutreffende massenmediale 131

²⁷⁷ Kriele NJW 1994, 1897 ff.; krit. auch: Kiesel NVwZ 1992, 1129 ff.; Isensee AfP 1993, 619 ff.; Isensee FS Kriele, 1997, 5 (27 ff.); Sandler NJW 1993, 2157 f.; ZRP 1994, 343 ff.; Ossenbühl JZ 1995, 633 ff.; Starck JZ 1996, 1036 f.; Ehmann JuS 1997, 194 (198); Tettinger JZ 1997, 769 ff.

²⁷⁸ Stürmer JZ 1994, 865 (876).

²⁷⁹ Vgl. etwa BVerfG (K) NJW 1989, 3269; BGHZ 139, 95 (100 ff., insbes. 105 ff.) = NJW 1998, 3047 – Stolpe.

²⁸⁰ BVerfGE 99, 185 = NJW 1999, 1322 – Helnwein, mit einem umf. Rückblick auf die Rspr. zur Wahrheit belastender Äußerungen BVerfGE 99, 185 (193 ff.) = NJW 1999, 1322.

²⁸¹ Selbst solche „Verdachtsberichterstattung“ nach hinreichender Recherche belastet das Persönlichkeitsrecht noch empfindlich, vgl. BGHZ 143, 199 = NJW 2000, 1036 „korruptes“ Bauamt.

²⁸² BVerfGE 119, 1 ff. = NJW 2008, 39; dazu zB Wittreck JURA 2009, 128 ff.; Vosgerau STAAT 48 (2009), 107 ff.

²⁸³ BVerfGE 30, 173 ff. = NJW 1971, 1645; dazu zB Wittreck JURA 2009, 128 ff.

²⁸⁴ Sehr krit. dazu Vosgerau STAAT 48 (2009), 107 ff.; vgl. auch Enders JZ 2008, 581 (582); Ujica/Loef ZUM 2010, 670 ff.

²⁸⁵ Vgl. VGH Mannheim NJW 1986, 340; OVG Schleswig NJW 1993, 807 mwN.

²⁸⁶ Vgl. VGH Mannheim NJW 1986, 340; OVG Schleswig NJW 1993, 807 mwN.

²⁸⁷ Vgl. Trüg NJW 2011, 1040 ff.

²⁸⁸ Instruktiv Gounalakis AfP 1998, 10 ff.; Neujustierungen in BVerfG NJW 2020, 2622 (2629, 2631, 2636).

²⁸⁹ Vgl. zB BVerfGE 97, 125 (147 ff.) = NJW 1998, 1381, Gegendarstellung auf der Titelseite.

²⁹⁰ Vgl. BVerfGE 35, 202 (225 f.) = NJW 1973, 1226; BVerfGE 63, 131 (144) = NJW 1983, 1179; krit. Starck in MKS Rn. 182 f.; zum privatrechtlichen Persönlichkeitschutz ggü. den Medien zB Prinz NJW 1995, 817 ff. mwN; Prinz/Peters, Medienrecht. Die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999.

Berichterstattung durchsetzt.²⁹¹ Vor übermäßiger Beeinträchtigung schützt es in manchen Fällen sogar Personen der Zeitgeschichte, denen das verfassungsrechtlich unbedenkliche KUG weniger Privatheit lässt;²⁹² sie geben diesen Schutz jedoch preis, soweit sie ihre Prominenz selbst vermarkten. Der EGMR hat den Schutz der Privatsphäre gegen die **Bildberichterstattung** verstärkt: Prominente Privatpersonen, die keine öffentl. Ämter bekleideten, dürften nicht als „absolute Personen der Zeitgeschichte“ eingestuft werden; der Staat sei verpflichtet, sie gegen die Veröffentlichung von Fotos zu schützen, sofern diese keinen Beitrag zu einer öffentl. Debatte leisteten.²⁹³ – Kriminelle bewahrt auch eine verübte Strafe nicht generell davor, „in der Öffentlichkeit ... mit der Tat konfrontiert zu werden.“²⁹⁴

- 131a** Eine neue Dimension der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts eröffnet das **Internet** unter drei Aspekten: Die Digitalisierung ermöglicht die gezielte Recherche nach Daten über eine bestimmte Person. Diese Daten sind weltweit abrufbar (während eine Meldung in einer Lokalzeitung oder eine Schmähschrift in einer kleinen Gazette nur einen sehr begrenzten Leserkreis erreicht). Und va vergisst das Internet nichts, sondern hält Informationen über Jahrzehnte zurückliegende Ereignisse präsent, die in klassischen Zeitungsarchiven vor sich hingeschlummert wären. Dies wirft die Frage auf, ob hier neue Schutzmöglichkeiten (etwa Lösungsansprüche) zum Persönlichkeitschutz geschaffen werden müssen.²⁹⁵ Bewertungsportalbetreibern kommt in diesem Zusammenhang die Pflicht zu, Beanstandungen eingehend zu prüfen.²⁹⁶
- 132 d) Recht auf eigenverantwortliche Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes.** Das Persönlichkeitsrecht umfasst grds. das Recht auf eigenverantwortliche Gestaltung des äußeren Erscheinungsbildes, zB der Haar- und Bartracht oder des Ohrschmucks (BVerfG NJW 1991, 1477). Einschränkungen für Bundeswehrsoldaten sind aus Gründen der Hygiene oder der Funktionsfähigkeit anerkannt worden.²⁹⁷
- 133 e) Name und akademischer Titel.** Der **Name** ist Bestandteil des Persönlichkeitsrechts (BVerfGE 78, 38 (49) = NJW 1988, 1577) und genießt erheblichen Schutz (BVerfG StAZ 2001, 207 ff. = BeckRS 2001, 30174614). Die Einschränkung der freien Namensänderung verletzt Art. 2 I nicht (BVerwG NVwZ 1982, 111), auch nicht der Ausschluss des Familiendoppelnamens für Kinder, deren Eltern keinen gemeinsamen Ehenamen führen (BVerfGE 104, 373 (391 ff.) = NJW 2002, 1256). Dagegen soll eine Regelung, die ausschließt, dass Ehegatten zum Ehenamen einen durch frühere Eheschließung erworbenen Familiennamen bestimmen können, mit Art. 2 I iVm Art. 1 I unvereinbar sein (BVerfGE 109, 256 (265 ff.) = NJW 2004, 1155).
- 134** Das Recht zur Führung ordnungsgemäß erworbener **akademischer Titel** ist durch Art. 2 I geschützt. Jedoch besteht kein Anspruch auf Eintragung in die Namenspalte des Personalausweises (BVerwGE 57, 203 (206 f.) = BeckRS 2010, 53245).
- 134a f) Sexuelle Identität und Selbstbestimmung** gehören zur geschützten Persönlichkeitsphäre. So ist auch das Recht eines Transsexuellen auf Anerkennung seiner selbstbestimmten geschlechtlichen Identität geschützt (BVerfGE 121, 175 (190 f.) = NJW 2008, 3117; vgl. auch BVerfGE 128, 109 (124) = NJW 2011, 909). Das gilt auch für intersexuelle Menschen (BVerfGE 147, 1 = NJW 2017, 3643).²⁹⁸
- 135 g) Schulunterricht.** Staatl. Schulunterricht kann – obwohl er eine Leistung darstellt – in das Persönlichkeitsrecht der Schüler unzulässig eingreifen, wenn er mit den gesetzlich bestimmten Erzie-

²⁹¹ Vgl. zB BVerfGE 35, 202 (225 f.) = NJW 1973, 1226; BVerfGE 63, 131 (144) = NJW 1983, 1179; BVerfGE 101, 361 (393 f., 396) = NJW 2000, 1021 – „Caroline“; BVerfGE 103, 44 (64 ff.) = NJW 2001, 1633 – Fernsehaufnahmen in Gerichtsverhandlungen. Vgl. demgegenüber aber BVerfGE 120, 274 (326, 328 f.) = NJW 2008, 822.

²⁹² Vgl. etwa die diff. Beschlüsse des BVerfG (K) NJW 2000, 2189 ff. sowie BVerfGE 35, 202 (225 f.) = NJW 1973, 1226 – Lebach; BVerfGE 63, 131 (144) = NJW 1983, 1179; BVerfGE 101, 361 (391 ff.) = NJW 2000, 1021.

²⁹³ EGMR NJW 2004, 2647 Rn. 60, 72 ff. – Caroline; dazu zB Stürmer JZ 2004, 1018 ff.; Grabenwarter AfP 2004, 309 ff.

²⁹⁴ Fernsehfilm nahezu 30 Jahre nach einem Mord: BVerfG (K) NJW 2000, 1859 – Lebach II; vgl. BVerfGE 97, 391 (397 ff., insbes. 403 ff.) = NJW 1998, 2889, Selbstdarstellung des Opfers darf den Täter uU soweit nötig individualisierbar machen.

²⁹⁵ Dazu eing. Dreier FS Löwenheim, 2009, 67 ff.; Wilms in Hochhuth, Nachdenken über Staat und Recht, 2010, S. 23 ff.; vgl. auch Diedrichsen FS Müller, 2009, 507 ff.; BGH NJW 2010, 757, sieht Online-Archive von Massenmedien als unbedenklich an; vgl. auch BGH NJW 2010, 2432 ff.; NJW 2013, 229; krit. dazu Diesterhöft ZJS 2010, 251 ff.; Reich K&R 2013, 44 ff.; zu Bewertungsportalen BGH NJW 2009, 2888; dazu Kaiser NVwZ 2009, 1474 ff.; zum Schutz gegen behördliche Verbraucherinformationen über (angebliche) Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften („Internet-Pranger“) VGH München 18.3.2013 – 9 CE 12.2755 Rn. 19, 22, ZD 2013, 416; VGH Mannheim NVwZ 2013, 1022 (1023); Dannecker JZ 2013, 924 ff. (932). Allg. zu Persönlichkeitsrecht und Internet Pfeifer JZ 2013, 853 ff.

²⁹⁶ BGH BeckRS 2016, 06437.

²⁹⁷ Vgl. BVerwGE 46, 1 (2 f.) = NJW 1972, 1726; BVerwGE 76, 66 (67) = BeckRS 1983, 5918; BVerwGE 76, 60 (62) = BeckRS 1983, 109114; jüngst BVerwG NVwZ-RR-2014, 767; für Schüler: OLG Stuttgart NJW 1971, 2075 (2076). Ferner hierzu Michaelis JA 2015, 370.

²⁹⁸ Hierzu Rixen JZ 2018, 317 ff.

hungszielen nicht in Einklang steht,²⁹⁹ politisch, ideologisch oder weltanschaulich indoktriniert oder die Persönlichkeitsentwicklung sozialtechnologisch verplant.³⁰⁰ Schulische Sexualerziehung darf Jugendliche psychisch nicht verletzen und muss auf den geistig-seelischen Aspekt der Sexualität Rücksicht nehmen.³⁰¹

h) Menschenwürde. Sieht man die Menschenwürdegarantie (Art. 1 I) nicht als selbstständiges Grundrecht an,³⁰² sondern (nur) als objektivrechtliche Verpflichtung³⁰³ – dafür spricht die Formulierung von Art. 1 I, III –, dann ist **jede Verletzung** der Menschenwürde, jede menschenunwürdige Behandlung (→ Art. 1 Rn. 13 ff.), zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁰⁴ **136**

i) Strafprozess und -vollzug. Aus Art. 2 I iVm Art. 1 I folgt das Recht, sich **nicht selbst** einer Straftat **bezichtigen** zu müssen (→ Rn. 71, 73). Dieses Recht ist auf **jurist. Personen nicht anwendbar** (BVerfGE 95, 220 (242) = NJW 1997, 1841). Der Schutz gegen Selbstbelastungen (Selbstbelastungsfreiheit) wird hierbei (neuerdings) (BVerfGE 133, 168 Rn. 60 = NJW 2013, 1058; BVerfG (K) NJW 2014, 3506) (auch) auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt (Art. 2 I iVm Art. 20 III).³⁰⁵ Im Strafvollzug darf eine Inspektion von Körperöffnungen Strafgefangener nicht routinemäßig vorgenommen werden (BVerfG NJW 2013, 3291 Rn. 15 f.); ebenfalls unzulässig ist die Unterbringung in einem Raum mit Videoüberwachung bei vollständiger Entkleidung (BVerfG (K) NJW 2015, 2100 Rn. 30).³⁰⁶ **Sterbende Strafgefangene** (und andere in behördlichem Gewahrsam befindliche Personen) haben einen aus Art. 2 I iVm Art. 1 I folgenden Anspruch darauf, dass ein dem eigenen (ggf. religiösen, insofern iVm Art. 4 I, II) Selbstverständnis (→ Rn. 59 ff.) entsprechend Sterben auch in Gegenwart Angehöriger (insofern iVm Art. 6 I, II) ermöglicht wird.³⁰⁷ Ein Entlassungsanspruch resultiert daraus in aller Regel aber nicht.³⁰⁸ **136a**

j) Technische Ermittlungseingriffe. Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die Verwendung von Instrumenten technischer Observation erreichen in Ausmaß und Intensität typischerweise nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung.³⁰⁹ Beim Einsatz moderner Ermittlungsmethoden ist aber durch die Verfahrensgestaltung sicherzustellen, dass „additive Eingriffe“ – also parallel durchgeführte unterschiedliche Überwachungsmaßnahmen – nicht das mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch zu vereinbarende Ausmaß überschreiten (BVerfGE 112, 304 (319 f.) = NJW 2005, 1338). Zu „Rasterfahndung“ und „Online-Durchsuchung“ → Rn. 121 c. **136b**

k) Anordnung der Betreuung. Die Anordnung der Betreuung stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar und setzt eine belegbare, gravierende Gefährdung des Betroffenen oder anderer voraus.³¹⁰ Die Verlängerung einer Betreuung bedarf zu ihrer Rechtmäßigkeit einer Anhörung des Betroffenen.³¹¹ **136c**

V. Verhältnis zu anderen Grundrechten

1. Allgemeines Freiheitsrecht und Spezialrechte. **a) Die allgemeine Handlungsfreiheit** als „Auffanggrundrecht“ ist **subsidiär ggü. allen Spezialfreiheitsrechten**, kommt also nicht zur Anwendung, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich eines besonderen Freiheitsrechts gegeben ist,³¹² und zwar auch dann, wenn dieser gerechtfertigt und der Betroffene in dem speziellen Grundrecht nicht verletzt ist. Dies gilt auch im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.³¹³ Keine Subsidiarität besteht dagegen im Verhältnis zu den Gleichheitsrechten. Art. 2 I und zB Art. 3 I können **137**

²⁹⁹ Starck in MKS Rn. 150 mit Hinweis auf Evers, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979, S. 134 ff.

³⁰⁰ Starck in MKS Rn. 151 mwN.

³⁰¹ BVerfGE 47, 46 (74 ff.) = NJW 1978, 807; Oppermann JZ 1978, 289 ff.

³⁰² So aber zB BVerfGE 61, 126 (137) = NJW 1983, 559; Enders in Friauf/Höfling 13. EL 2005, Art. 1 Rn. 5 ff. mwN.

³⁰³ So zB Dürig in DHS, Erstfassung der Kommentierung, 1958, Art. 1 Rn. 4 mwN; Enders in Friauf/Höfling, 13. EL 2005, Art. 1 Rn. 47 ff., 60 ff.

³⁰⁴ In diese Richtung bereits Dürig in DHS, Erstfassung der Kommentierung, 1958, Art. 2 Abs. 1 Rn. 1 ff., 34 ff. Vgl. auch Di Fabio, in DHS, 39. EL 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 130.

³⁰⁵ Jarass in Jarass/Pieroth Rn. 68a.

³⁰⁶ Jarass in Jarass/Pieroth Rn. 72a.

³⁰⁷ Vgl., allg. zu einem „endlichkeitssensiblen“ Grundrechtsschutz Rixen VVDStRL 74 (2015), 293 (336 f.); zum Praxisproblem s. die Beiträge im „Informationsdienst Straffälligenhilfe“ Heft 1/2017 (hrsgg. von der Bundesarbeitsgemeinschaft Straffälligenhilfe BAG-S).

³⁰⁸ Vgl. EGMR GesR 2017, 364, zu Art. 2 EMRK.

³⁰⁹ BVerfGE 112, 304 (318) = NJW 2005, 1338 – GPS, mH auf BVerfGE 80, 367 (375) = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 (319) = NJW 2004, 999.

³¹⁰ BVerfG NJW 2010, 3360; NJW 2015, 1666 Rn. 26 f.

³¹¹ BVerfG FamRZ 2016, 1041.

³¹² BVerfGE 30, 292 (336) = NJW 1971, 1255; BVerfGE 58, 358 (363) = NJW 1982, 323.

³¹³ Vgl. Kunig in v. Münch/Kunig Rn. 91.

– unter verschiedenen sachlichen Gesichtspunkten – durch dieselbe Maßnahme nebeneinander verletzt sein.³¹⁴ Besteht jedoch die Verfassungswidrigkeit des Freiheitseingriffs in nichts anderem als darin, dass die Ermächtigungsgrundlage wegen Verstoßes gegen Art. 3 nichtig ist, dann ist insoweit Art. 3 als speziell anzusehen.³¹⁵

138 b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als unbenanntes Freiheitsrecht steht selbstständig neben anderen speziellen Freiheitsrechten. Es kann ggü. solchen Grundrechten, die ebenfalls den Schutz des Persönlichen bezwecken – insbes. Art. 10, 13 oder Art. 6 I – das speziellere sein, wie auch umgekehrt.³¹⁶ Nach der neueren Rspr. verdrängen aber Art. 10, 13 in ihrem Anwendungsbereich das informationelle Selbstbestimmungsrecht bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht,³¹⁷ sofern nicht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I „ein eigenständiger Freiheitsbereich mit festen Konturen erwachsen ist“. ³¹⁸ Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist ggü. dem informationellen Selbstbestimmungsrecht subsidiär (BVerfGE 120, 274 (302 f.) = NJW 2008, 822). Sieht man Art. 1 I als selbstständiges Grundrecht an (→ Art. 1 Rn. 5 f.), so ist er im Verhältnis zu Art. 2 I spezieller.

139 2. Art. 2 I als Auffangrecht für Ausländer. Einige Grundrechte (insbes. Art. 8, 9 I, 11, 12 I) gelten nur für Deutsche. Freiheitseingriffe, die zwar in den sachlichen, nicht jedoch in den personellen Schutzbereich dieser Grundrechte fallen – zB die Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung für einen türkischen Staatsangehörigen –, berühren den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, die eine **Auffangfunktion** auch **in personeller Hinsicht** – für Ausländer und Staatenlose – hat.³¹⁹ Im Lichte von **Art. 18 AEUV** ist allerdings zu bedenken, dass Grundrechte, die sich nach ihrem textlichen Fassung nur auf Deutsche beziehen („Deutschengrundrechte“), sofern die Bezugnahme auf Deutsche nicht wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts suspendiert ist, jedenfalls über Art. 2 Abs. 1 in einer das gleiche spezialgrundrechtliche Schutzniveau, wie es Deutschen zugutekommt, auf Angehörige von EU-Mitgliedstaaten anzuwenden sind.³²⁰ Im Übrigen kann Art. 2 I auch für Nicht-EU-Staatsangehörige stärkeren Schutz gewährleisten, wenn ein spezielles Grundrecht (zB Art. 4 I, II GG) schutzverstärkend hinzutritt.³²¹ Geht es um intensiv die Freiheit reduzierende Eingriffe (etwa Verhaltenspflichten mit auch strafrechtlicher Relevanz), ist Art. 2 I zugunsten von Ausländern un- eingeschränkt, also freiheitsschützend streng anzuwenden.³²²

140 Davon abgesehen ist zumindest im Ansatz davon auszugehen, dass Nichtdeutsche denselben Schutz, der deutschen Staatsangehörigen über die Spezialgrundrechte gewährleistet ist, über Art. 2 I erhalten. Dies würde die Entscheidung des GG, bestimmte Grundrechtsgarantien Deutschen vorzubehalten, unterlaufen. Schutz bietet Art. 2 I daher nur vor solchen Eingriffen, die von seinen Schranken nicht gedeckt sind.³²³ Dies bedeutet, dass Ausländer im Wesentlichen nur einen **Anspruch auf Beachtung des Vorhalts des Gesetzes** und der anderen rechtsstaatlichen Garantien haben.³²⁴ Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (wie auch des Willkürverbots) ist zwar einerseits zu beachten, dass die Verfassung im speziellen Regelungsbereich des sachlich einschlägigen Deutschengrundrechts den Ausländer jedenfalls regelmäßig nicht vergleichbar stark schützen will. Andererseits muss aber im Lichte des nicht nur symbolischen, sondern effektiv-normativen Bekenntnisses zu den für alle Menschen geltenden Menschenrechten (Art. 1 II GG) insbesondere im Rahmen der Zumutbarkeit genau geprüft werden, ob ein Zurückbleiben hinter der für Deutsche geltenden Schutzintensität für den Ausländer noch hinnehmbar ist oder bereits die von Art. 1 I garantierte elementare Basisgleichheit

³¹⁴ Vgl. BVerfGE 13, 21 (26, 30) = NJW 1961, 1667; BVerfGE 19, 206 (225) = NJW 1966, 147 und zB Kunig in v. Münch/Kunig Rn. 88.

³¹⁵ Vgl. BVerfGE 59, 128 (163) = NJW 1983, 103; so ist wohl auch BVerfGE 19, 206 (225) = NJW 1966, 147 zu verstehen.

³¹⁶ Vgl. etwa BVerfGE 35, 35 (39) = NJW 1973, 1643; BVerfGE 57, 170 (177 f.) = NJW 1981, 1943; krit. Cornils in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 168 Rn. 35.

³¹⁷ Vgl. BVerfGE 107, 299 (312) = NJW 2003, 1787 mwN; BVerfGE 109, 279 (325 f.) = NJW 2004, 999; BVerfGE 115, 166 (186 f.) = NJW 2006, 976; BVerfGE 124, 43 (53 ff.) = NJW 2009, 2431.

³¹⁸ So BVerfGE 115, 166 (187) = NJW 2006, 976, Wohnungsdurchsuchung (Art. 13 I) zwecks Sicherstellung von Datenträgern oder Mobiltelefonen, auf denen Telekommunikationsverbindungsdaten gespeichert sind (Art. 2 I iVm Art. 1 I).

³¹⁹ BVerfGE 35, 382 (399 ff.) = NJW 1974, 227; BVerfGE 49, 168 (180 ff.) = NJW 1978, 2446; BVerfGE 78, 179 (196 f.) = NJW 1988, 2290; BVerfGE 104, 337 (345 f.) = NJW 2002, 663; Di Fabio in DHS, 39. EL 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 30 ff., insbes. Rn. 32–34 mwN; Gundel in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 198 Rn. 5 f. (hM); aA zB Dürig in DHS, Erstfassung der Kommentierung, 1958, Art. 2 Abs. 1 Rn. 66; Schwabe NJW 1974, 1044 f.; Scholz AöR 100 (1975), 112 (118 ff.); Hailbronner NJW 1983, 2105 (2110 ff.); Stern StaatsR IV/1, § 104, S. 943 ff., 985; krit. auch Quaritsch in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB, 2. Aufl. 2000, § 120 Rn. 130 f.

³²⁰ In diesem Sinne (die Anwendbarkeit von Art. 12 I iErg ausschließend) BVerfG (K) NJW 2016, 1436; BVerfG BeckRS 2016, 44375 Rn. 22; s. auch (allerdings zu Art. 14 I GG) BVerfGE 129, 78 = NJW 2011, 3428.

³²¹ BVerfGE 104, 337 = NJW 2002, 663.

³²² Hierzu etwa BVerfGE 96, 10 (21 ff.) = NVwZ 1997, 1109.

³²³ BVerfGE 35, 382 (399) = NJW 1974, 227; BVerfGE 78, 179 (197) = NJW 1988, 2290.

³²⁴ Vgl. zB BVerfGE 35, 382 (400) = NJW 1974, 227; BVerfGE 78, 179 (197) = NJW 1988, 2290.

(→ Art. 1 I Rn. 35) verletzt.³²⁵ Als materiellrechtliche Grenzen kommen neben Art. 1 I, II, die vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant werden, zB auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25) in Betracht. Im Rahmen von Art. 2 I sind zudem formale Aspekte der Rechtsstaatlichkeit (zB iVm Art. 20 III das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, → Art. 20 Rn. 126 ff.) zu prüfen.

C. Der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Abs. 2 S. 1)

I. Der Grundrechtstatbestand

1. Das Recht auf Leben. a) Der sachliche Schutzbereich. Art. 2 II schützt das Leben jedes Menschen, **verbietet** also grds. die gezielte **Tötung** von Menschen, aber auch solche Verhaltensweisen, die unbeabsichtigt den Tod eines Menschen herbeiführen. – Zur Konkretisierung des Schutzbereichs bedarf es der Klärung der Begriffe „Mensch“ und „Leben“. Was ein Mensch im Unterschied zu anderen Lebewesen ist, war bislang – im Kontext des Art. 2 II – noch nicht erläuterungsbedürftig, könnte jedoch angesichts der Möglichkeiten moderner Biotechnologie problematisch werden, wenn etwa menschlich-tierische Chimären erzeugt würden. Problematisch ist dagegen heute schon, von welchem Entwicklungsstadium ab ein menschliches Lebewesen als Mensch zu betrachten ist (→ Rn. 143 ff.). Der Begriff des Lebens³²⁶ ist im Zusammenhang mit seinem Ende problematisch geworden. Er kann nicht von vornherein mit naturwissenschaftlichen Begriffsbestimmungen gleichgesetzt werden, schon deshalb nicht, weil diese im Hinblick auf die Bestimmung der Grenzen keineswegs „objektiv“ sind, sondern wertende Elemente enthalten.³²⁷ Mit dem Leben des Menschen ist in Art. 2 II die physische Existenz des Menschen zwischen Beginn und Tod gemeint.³²⁸ Die Kriterien hierfür müssen normativ entwickelt werden.

Das menschliche Leben endet mit dem **Tod**, den die Medizin als **Hirntod**, nämlich als den vollständigen und irreversiblen Zusammenbruch der Gesamtfunktion des Gehirns, definiert.³²⁹ Der Zeitpunkt spielt va für Organentnahmen eine Rolle. Indem das Transplantationsgesetz auf das Hirntodkriterium abstellt, erleichtert es die Organentnahme zugunsten der von diesem Zeitpunkt an bereits geltenden „erweiterten Zustimmungslösung“ (Zustimmung durch den nächsten Angehörigen ausreichend). Das vom Transplantationsgesetz aufgenommene Hirntodkonzept sieht sich Kritik ausgesetzt.³³⁰ Der Hirntote sei ein sterbender, aber noch lebender Mensch. Das Hirntodkriterium sei pragmatisch begründet. Indem es anstelle der bei Lebenden rechtlich gebotenen „engen Zustimmungslösung“³³¹ (Zustimmung durch den Organspender selbst) die Anwendung der bei Verstorbenen zulässigen „erweiterten Zustimmungslösung“ ermögliche, solle die Zahl der verfügbaren Transplantate erhöht werden.³³² Der verfassungsrechtliche Schutz des Lebens dürfe aber nicht von Zweckmäßigkeitsabwägungen abhängen. Dem wird entgegengehalten, dass mit dem Hirntod der unumkehrbare Verlust der Wahrnehmungs-, Empfindungs-, Denk- und Entscheidungsfähigkeit einhergehe. Deshalb sei der betroffene Mensch nicht mehr ein Lebewesen in körperlich-geistiger oder leiblich-seelischer Einheit.³³³ Ob es gerade hierauf verfassungsrechtlich ankommt, ist aber fraglich. Dass die Unumkehrbarkeit des Sterbeprozesses mit dem Tod gleichzusetzen sei, ist noch nicht zwingend begründet worden. Gerade beim Leben als der natürlichen Basis jeder Grundrechtsausübung wird man im

³²⁵ Damit nähert sich bei Freiheitsrechten die Verhältnismäßigkeitsprüfung (namentlich auf der Stufe der Zumutbarkeit) im Lichte von Art. 1 II der Sache nach einer allerdings auf die elementare Basisgleichheit des Art. 1 I beschränkten Gleichheitsprüfung.

³²⁶ Dazu ausf. Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (356 f.).

³²⁷ Zutr. Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (356 f.).

³²⁸ Damit wird der Mensch nicht auf seine Körperlichkeit reduziert. Er ist physischpsychisch-geistige Einheit. Gegenstand der Art. 1 des Art. 2 II 1 ist aber die nur physische Existenz als notwendiges Element dieser Einheit, vgl. Dürig in DHS, Erstfassung der Kommentierung 1958, Art. 2 Abs. 2 Rn. 9; aA Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (362 f.).

³²⁹ Wiss. Beirat der BÄK Dt. Ärzteblatt 1982, 35 ff., fortgeschrieben Dt. Ärzteblatt 1986, 2940 ff.; Dt. Ärzteblatt 1991, 2855 ff.; Dt. Ärzteblatt 1993, 1975 ff.; jurist. zust. zB Eser/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB Vorb. § § 211 ff. Rn. 19 ff. mit umfangreichen Nachw.; Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (367 ff.); Müller-Terpitz in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 147 Rn. 32; krit. Stern StaatsR IV/1, § 98, S. 146 ff.; für Herztod Herdegen in DHS, 55. EL 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 56.

³³⁰ Höfling JZ 1995, 26 (32 f.); JZ 1996, 615 ff., MedR 1996, 6 ff. und → Art. 1 Rn. 63; Grewel ZRP 1995, 217 ff.; Rixen, Lebensschutz am Lebendende, 1999, S. 23 ff., 288 ff., 390 ff.; Rixen ZRP 1995, 461 ff.; Beckmann ZRP 1996, 219 ff.; Tröndle FS Hirsch, 1999, 779 ff. (790 f.); Esser, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, 2000, S. 17 ff., 25.

³³¹ Höfling JZ 1995, 26 (31); Tröndle ZfL 1997, 3; Schachtschneider/Siebold DÖV 2000, 129 (131, 134).

³³² Vgl. Tröndle FS Hirsch, 1999, 781 (784 ff., 790); Schachtschneider/Siebold DÖV 2000, 129 (137); Ugowski, Rechtsfragen der Lebendspende von Organen, 1998, S. 16.

³³³ Erklärung Deutscher Wissenschaftlicher Gesellschaften zum Tod durch völligen und endgültigen Hirnausfall, FAZ v. 28.9.1994, S. N 3, zit. bei Beckmann ZRP 1996, 221; jurist. Verteidigung des Hirntodkonzepts: Heun JZ 1996, 213 ff.; Lang ZRP 1995, 457 ff.; Kluth/Sander DVBl 1996, 1285 (1287 ff.); Seewald VerwArch 1997, 199 (209 ff.); Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (367 ff.).

Zweifel, die das Schutzgut effektiver schützende Auslegungsmöglichkeit wählen müssen,³³⁴ und daher den Tod erst bei völligem Zusammenbruch des gesamten Organismus annehmen können.³³⁵

143 Das Leben im verfassungsrechtlichen Sinne **beginnt** nicht erst mit der Geburt, sondern nach noch überwiegender Ansicht schon mit der **Befruchtung der Eizelle**. Denn damit wird ein Prozess kontinuierlicher biologischer Entwicklung in Gang gesetzt, in dem das von Anfang an in seiner genetischen Identität vorhandene menschliche Leben durch ständige Modifikation allmählich menschliche Gestalt gewinnt.³³⁶ Jedenfalls ab Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter (Nidation) handelt es sich um nicht mehr teilbares Leben, das sich in dem Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt (BVerfGE 88, 203 (251 f.) = NJW 1993, 1751). Ob die Unterscheidungen, die das BVerfG vor längerer Zeit und ausschließlich mit Blick auf die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs entwickelt hat, in jeder Hinsicht plausibel auf neuere biomedizinische Fragestellungen übertragen werden können, erscheint zweifelhaft. Denkbare Differenzierungen, die dem objektivrechtlich fundierten Schutzauftrag zugunsten des menschlichen Lebens gerecht werden, bedürfen sorgfältiger Prüfung (→ Rn. 223a ff.).

144 Da Art. 2 II mit dem Begriff des Lebens auf natürliche Zusammenhänge verweist, liegt es nahe, den **normativen** mit dem deskriptiven **Begriff des Lebens** zu identifizieren. Zwingend ist das zwar nicht, doch müsste eine Abweichung durch den – nur aus dem Regelungszusammenhang erfassbaren – Normzweck begründet werden. Das BVerfG sieht Art. 2 II im normativen Zusammenhang mit der Menschenwürde und vertritt die Auffassung, dass jedem menschlichen Leben, das biologisch existiert, also **auch dem ungeborenen menschlichen Leben, Menschenwürde** zukommt.³³⁷ Somit erstreckt sich der Schutz des Art. 2 II auch auf das ungeborene Leben.³³⁸

145 Offen gelassen hat das BVerfG die Frage, ob der grundrechtliche Schutz erst mit der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter (**Nidation**) beginnt **oder** bereits mit der **Verschmelzung von Ei- und Samenzelle**.³³⁹ Diese Frage bedarf va im Hinblick auf die extrakorporale Befruchtung einer Antwort. Stellt man auf die Nidation ab,³⁴⁰ genießt extrakorporal erzeugtes und sich entwickelndes Leben keinen Schutz. Mag es auch gute Gründe dafür geben, dass der strafrechtliche Schutz der Leibesfrucht erst mit der Nidation beginnt,³⁴¹ so wird man auch ohne oder vor der Einnistung in die Gebärmutter menschlichem Leben den Schutz des Art. 2 II nicht absprechen können, wenn man die Auffassung des BVerfG teilt, dass jedes menschliche Leben Menschenwürde besitzt. Nach überwiegender Auffassung³⁴² setzt daher der verfassungsrechtliche Schutz des Lebens bereits mit erfolgter Konzeption ein.

145a Unproblematisch ist das nicht (→ Rn. 143). Zwar beginnt das menschliche Leben mit der Befruchtung. Doch schützt Art. 2 II 1, wie das BVerfG annimmt, **das menschliche Leben oder** – wie der Wortlaut nahe legt – **das Leben des Menschen?** Und besteht insoweit ein sachlicher Unterschied? Die Vorschrift sagt, „jeder“ habe das Recht auf Leben. „Jeder“ heißt im Grundgesetz immer „jeder Mensch“. Ist also der Embryo bereits ein Mensch im Sinne dieser Vorschrift? Das BVerfG hat diese Frage – gegen den allgemeinen und auch den sonstigen jurist. Sprachgebrauch³⁴³ – mit Blick auf die Entstehungsgeschichte³⁴⁴ und auf Sinn und Zweck des Grundrechts bejaht. „Jeder“ bedeute „jeder Lebende“, „jedes Leben besitzende menschliche Individuum“ (BVerfGE 39, 1 (37) = NJW 1975, 573).

145b Dies wird weithin für überzeugend gehalten, weil zu diesem Zeitpunkt die das Menschsein konkretisierenden Kriterien (Spezieskriterium – „ich gehöre zur Gattung Mensch“, Potentialitätskriterium

³³⁴ Vgl. Rixen, Lebensschutz am Lebensende, 1999, S. 310 f.; Höfling MedR 1996, 6 (7 f.); Esser, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, 2000, S. 25 mwN.

³³⁵ Höfling JZ 1996, 615 (617); Rixen, Lebensschutz am Lebensende, 1999, S. 389 f.

³³⁶ Müller-Terpitz in Isensee/Kirchhof StaatsR–HdB § 147 Rn. 16 mwN; krit. dazu Hilgendorf NJW 1996, 758 ff.

³³⁷ BVerfGE 39, 1 (41) = NJW 1975, 573; BVerfGE 88, 203 (251 f.) = NJW 1993, 1751. Zur Diskussion in der Lit. um Ver- oder Entkoppelung von Menschenwürdegarantie und Lebensgrundrecht vgl. Enders in Friauf/Höfling, 13. EL 2005, Art. 1 Rn. 54 mwN.

³³⁸ HM; aA Hoerster JR 1995, 51 ff.; vgl. auch Hoerster JuS 1995, 192 ff.; NJW 1997, 773 ff.; JuS 2003, 529.

³³⁹ BVerfGE 39, 1 (37) = NJW 1975, 573; BVerfGE 88, 203 (251) = NJW 1993, 1751.

³⁴⁰ So zB Hofmann JZ 1986, 253 (258 f.); Anderheiden KritV 84 (2001), 353 (378 ff.); Di Fabio in DHS, 43. EL 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 25; Jarass in Jarass/Pieroth Rn. 82.

³⁴¹ Vgl. zB Meresson, Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht, 1984, S. 143 ff. Der extrakorporal erzeugte Embryo ist strafrechtlich nach dem ESchG (BGBl. 1990 I 2746) geschützt.

³⁴² Vgl. Starck, Gutachten zum 56. DJT, Bd. I, 1986, S. 1 (16 f.); Starck in MKS Rn. 192; Fechner JZ 1986, 653 (660); Laufs JZ 1986, 769 (774); Graf Vitzthum MedR 1985, 249 (252); Herzog JR 1969, 441 (442); Lorenz in Isensee/Kirchhof StaatsR–HdB, 1. Aufl. 1989, § 128 Rn. 12; Müller-Terpitz in Isensee/Kirchhof StaatsR–HdB § 147 Rn. 25, 16; Stern StaatsR III/1 S. 1057 f.; Kunig in v. Münch/Kunig Rn. 49; Steiner, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 11; Morsey in Wagner, Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung I, 2000, S. 293, 301 f. mwN; Höfling, Reprogenetik und Verfassungsrecht, 2001, S. 20 ff.

³⁴³ Vgl. dazu Lübke ZfP 1989, 138 (142).

³⁴⁴ BVerfGE 39, 1 (38 ff.) = NJW 1975, 573. Krit. dagegen zB Lübke ZfP 1989, 138 (143 f.).