

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 327

Verfassungsrechtliche Aspekte der  
Organentnahme zu Transplantationszwecken

Von

Dr. Heidrun Kübler



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**HEIDRUN KÜBLER**

**Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme  
zu Transplantationszwecken**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 327**

# Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken

Von

Dr. Heidrun Kübler



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 03952 1**

# Inhaltsverzeichnis

## EINLEITUNG

<b>Der Diskussionsstand zur Transplantat-</b>	
<b>entnahme in Medizin und Recht</b>	
	<b>13</b>
<b>1. Die Situation im medizinischen Bereich</b> .....	<b>15</b>
11. Transplantatfähigkeit von Organen und Ersatzlösungen .....	15
12. Transplantationsfrequenz, Zeitfaktor und Überlebensrate .....	16
13. Internationale Aspekte .....	19
14. Medizin und Recht .....	20
<b>2. Die rechtlichen Grundlagen der Organentnahme</b> .....	<b>22</b>
21. Art und Umfang der ausländischen Regelungen .....	22
211. Sachverständigenkommission und Todeszeitpunktbestimmung ....	23
212. Einwilligungsproblematik und Nicht-Widerspruchs-Modell .....	25
22. Entwürfe und Vorschläge für ein Transplantationsgesetz in der BRD	26
221. Übereinstimmungen mit ausländischen Lösungen .....	27
222. Vorschläge zur Lösung der Einwilligungsproblematik .....	28
23. Entnahmemöglichkeiten ohne Einwilligung .....	30
231. Gesetzliche Regelungen von Ausnahmefällen .....	30
232. Anwendung von Sektionsvorschriften .....	31
233. §§ 9/10 des Antrags der CDU-Fraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin v. 22. 6. 1973 .....	32

## HAUPTTEIL

<b>Die Verfassungsmäßigkeit der Transplantat-</b>	
<b>entnahme vom toten Spender</b>	
	<b>34</b>
<b>1. Das Recht auf Verfügung über den Leichnam</b> .....	<b>35</b>
11. Die Verfügungsbefugnis über den lebenden Körper aus Art. 2 Abs. 2 GG .....	37

12.	Die Verfügungsbefugnis über den Leichnam .....	39
121.	Der Umfang der Schutzfunktion von Art. 2 Abs. 2 GG .....	39
122.	Die Verfügungsbefugnis über den Leichnam als Recht aus Art. 4 Abs. 1 GG .....	42
1221.	Meinungen zum Schutzbereich des Art. 4 GG .....	44
1222.	Die Verfügung als Ausdruck bestimmter religiöser oder weltanschaulicher Vorstellungen .....	50
1223.	Die Bewertung der Verfügungsbefugnis im Rahmen außerchristlicher Vorstellungen .....	53
1224.	Gewissensentscheidungen und Art. 4 GG .....	55
123.	Die Verfügungsbefugnis als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG .....	58
1231.	Der Persönlichkeitsbegriff des Art. 2 Abs. 1 GG .....	60
1232.	Entfaltungsfreiheit durch Fortwirken von Persönlichkeitsrechten nach dem Tod .....	62
124.	Verfügung und Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG .....	66
1241.	Der Persönlichkeitsschutz im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG .....	66
1242.	Die Bedeutung der Menschenwürde nach dem Tod .....	67
1243.	Die Freiheit des Gewissens als Ausdruck der Menschenwürde ....	72
<b>2.</b>	<b>Die Einschränkung der Verfügungsbefugnis über den Leichnam ..</b>	<b>73</b>
21.	Die Bedeutung des Grundrechts auf Leben für die Transplantatbeschaffung .....	77
211.	Leistungsrechtliche Aspekte der Grundrechtsauslegung .....	77
2111.	Grundrechte als Leistungsrechte .....	81
2112.	Drittwirkungsprobleme im Rahmen der Leistungsrechte .....	90
2113.	Sozialstaatsentscheidung und Leistungsrechte .....	92
212.	Leistungsrechtliche Aspekte der Numerus-clausus-Entscheidung des BVerfG .....	96
213.	Grenzen eines Rechts auf Transplantatversorgung .....	98
2131.	Krankenversorgung als Teil staatlicher Daseinsfürsorge .....	99
2132.	Vergleichszahlen über wartende Transplantatempfänger .....	101
22.	Der Schrankenvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung .....	102
221.	Die Schranken als Kompetenznorm und als Konkretisierungsmaßstab .....	102
222.	Die Bewertung der Sozialstaatsklausel im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung .....	104
223.	Der sittliche Bezug des Schrankenvorbehalts .....	108
23.	Die Beschränkung von Individualrechten im einzelnen .....	109
231.	Regelungen im Bereich des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit .....	109

2311.	Impfzwang, Zwangsheilungen, Meldepflichten und Obduktionsrechte zum Schutz für die Volksgesundheit .....	110
2312.	Obduktionsrechte zur Verbrechensbekämpfung .....	113
232.	Gemeinwohl und Freiheitsrechte .....	115
2321.	Verhältnismäßigkeit und Wirksamkeit der Freiheitsbeschränkungen	116
2322.	Zumutbarkeit und Wirksamkeit .....	117
2323.	Bindung an Art. 19 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG .....	117
24.	Transplantation im Vergleich .....	119
241.	Transplantation und Individualinteresse .....	120
242.	Transplantation und Gemeinschaftsinteresse .....	121
2421.	Transplantatentnahme für Organbanken .....	122
2422.	Wissenschaft und Forschung als Gemeinwohlaspekte .....	126
243.	Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit .....	128
2431.	Kommerzialisierung des Transplantationsbereichs .....	129
2432.	Zwangsmaßnahmen und Würde des Betroffenen .....	130
2433.	Würde und Persönlichkeit des Transplantatempfängers .....	132
244.	Gewissensfreiheit und Gemeinwohl .....	135
2441.	Die Funktion der Gewissensfreiheit in Art. 7 Abs. 2 und 3 GG ....	136
2442.	Die Gewissensklausel als Konkretisierung der Gewissensfreiheit ..	137
2433.	Würde und Persönlichkeit der Transplantatempfänger .....	132
<b>3.</b>	<b>Randfragen</b> .....	<b>141</b>
31.	Interessen und Rechte Dritter an der Leiche .....	141
32.	Gesetzgebungskompetenzen .....	141
	<b>Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	<b>144</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>152</b>





## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
Abg.haus	= Abgeordnetenhaus
abl.	= ablehnend
allerd.	= allerdings
amerik.	= amerikanisch
and.	= anders
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ausdr.	= ausdrücklich
ausf.	= ausführlich
Ausf.	= Ausführungen
BadVGH	= badischer Verwaltungsgerichtshof
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Bundesarbeitsgerichtsentscheidungen
BaWüGBL	= baden-württembergisches Gesetzblatt
BaWüVGH	= baden-württembergischer Verwaltungsgerichtshof
BayVerfGH	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshof usw., Teil II
BB	= Der Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHStE	= Bundesgerichtshof-Entscheidungen in Strafsachen
BGHZE	= Bundesgerichtshof-Entscheidungen in Zivilsachen
BJM	= Bundesjustizministerium
BRat	= Bundesrat
BReg	= Bundesregierung
BSeuchG	= Bundesseuchengesetz
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BT	= Bundestag
BT Drcks.	= Bundestagsdrucksache
bulg.	= bulgarisch
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Bundesverfassungsgericht-Entscheidungen
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Bundesverwaltungsgericht-Entscheidungen
d.	= der, die, das
dies.	= dieselbe
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
dt.	= deutsch
Dt. Ärzteblatt	= Deutsches Ärzteblatt
Dt. Gesundh.-Wesen	= Das Deutsche Gesundheitswesen
Dt. med. Wschr.	= Deutsche medizinische Wochenschrift
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
engl.	= englisch
epd	= evangelische Pressedokumentation
Erl.	= Erläuterung
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder

franz.	=	französisch
ges.	=	gesetzlich
Ges.	=	Gesetz
GeschlG	=	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten
GG	=	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GoldtA	=	Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
grds.	=	grundsätzlich
GVB1	=	Gesetz- und Verordnungsblatt
i. and. Zushg.	=	in anderem Zusammenhang
i. e.	=	im einzelnen
i. d. R.	=	in der Regel
i. ds. Zushg.	=	in diesem Zusammenhang
i. J.	=	im Jahre
ImpfG	=	(Reichs-)Impfgesetz
i. S.	=	im Sinne
i. ü.	=	im übrigen
i. V. m.	=	in Verbindung mit
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	=	Juristische Rundschau
JZ	=	Juristenzeitung
LaGB1	=	Landesgesetzblatt
LG	=	Landgericht
LVG	=	Landesverwaltungsgericht
LT	=	Landtag
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mill.	=	Million(en)
m. w. Nachw.	=	mit weiteren Nachweisen
Nds MB1	=	niedersächsisches Ministerialblatt
n. F.	=	neue Folge
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
obj.	=	objektiv
offens.	=	offensichtlich
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
RGB1	=	Reichsgesetzblatt
RG	=	Reichsgericht
RGZ	=	Reichsgericht-Entscheidungen in Zivilsachen
Runderl.	=	Runderlaß
SJZ	=	Schweizerische Juristen-Zeitung
staatl.	=	staatlich
ständ.	=	ständig
StGB	=	Strafgesetzbuch
StPO	=	Strafprozeßordnung
VersR	=	Versicherungsrecht
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	=	Verwaltungsrechtsprechung
VG	=	Verwaltungsgericht
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
Vhdlg.	=	Verhandlungen
VO	=	Verordnung
Vorbem.	=	Vorbemerkung
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
weit.	=	weitere
WHO	=	Weltgesundheitsorganisation
Wien. klin. Wschr.	=	Wiener klinische Wochenschrift
WP	=	Wahlperiode
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
WürttBadVGH	=	württemberg-badischer Verwaltungsgerichtshof
ZfSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Z.Rechtsmedizin	= Zeitschrift für Rechtsmedizin
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
zus.	= zusätzlich
Zusfg.	= Zusammenfassung
Zushg.	= Zusammenhang
zust.	= zustimmend



## EINLEITUNG

# Der Diskussionsstand zur Transplantatentnahme in Medizin und Recht

Das Verfügungsrecht über den menschlichen Körper steht im Mittelpunkt der Diskussion um die Organentnahme zu Transplantationszwecken<sup>1</sup>. Seine unterschiedliche rechtliche Beurteilung<sup>2</sup> ist mit eine der Ursachen dafür, daß es bisher nicht zu einer umfassenden gesetzlichen Regelung gekommen ist<sup>3</sup>.

Bis zum heutigen Tag<sup>4</sup> fand und findet die Diskussion nahezu ausschließlich unter zivilrechtlichen, teilweise auch strafrechtlichen Gesichtspunkten statt<sup>5</sup>. Das Verfügungsrecht ist als Teil eines umfassenden Rechts des Menschen an seinem und auf seinen Körper dem grundrechtlich gesicherten Bereich individueller Entfaltungsfreiheit zuzurechnen. Zivilrechtliche Ausformung und der strafrechtliche Schutz dieser Rechtsposition sollten ihre verfassungsrechtliche Verankerung nicht vergessen lassen. Die Frage, ob und wie weit Beschränkung, Gestattung oder etwa Zwang zur Organspende gesetzlich regelbar sind, ist somit primär eine verfassungsrechtliche<sup>6</sup> und sollte auch als solche gestellt werden.

---

<sup>1</sup> Forkel, JZ 1974, 593, Fußn. 2 und 20, weist darauf hin, daß dieses Thema bereits Jahrtausende alt ist.

<sup>2</sup> s. dazu Forkel, JZ 1974, 593 f., insbes. die Nachweise in Fußn. 11 - 14.

<sup>3</sup> Zu den neueren „legislatorischen Erwägungen“ s. Samson, NJW 1974, 2030 ff. Eine am 26. 3. 1974 erstmals zusammengetretene Bund-Länder-Kommission „Transplantation“ hat am 20. 8. 1975 einen Entwurf für ein Transplantationsgesetz vorgelegt. Ein im wesentlichen damit übereinstimmender Referenten-Entwurf ist vom Bundesjustizministerium am 29. 8. 1975 vorgelegt worden. Frühere Initiativen in den Länderparlamenten, so etwa ein entsprechender Antrag der FDP/DVP-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg vom 20. 6. 1974 und ein Antrag der CDU-Fraktion im Abgeordnetenhaus von Berlin vom 22. 6. 1973, sind ohne gesetzgeberische Ergebnisse geblieben.

<sup>4</sup> Stand 31. 1. 1977.

<sup>5</sup> Statt vieler s. etwa Forkel, JZ 1974, 593 ff., neuerdings wieder Bieler, JR 1976, 224 ff. Aus strafrechtlicher Sicht von Bubnoff, GoldtA 1968, 65 ff. Dagegen wird die Diskussion im Schweizer Recht ausschließlich von verfassungsrechtlichen Aspekten beherrscht, vgl. schon Fleiner, SJZ 1919, 2 ff., aus letzter Zeit z. B. J. P. Müller, ZfSR 1971, 457 ff. Ähnlich auch in den USA, s. Note in Columbia Law Review 1969, 696 ff.

<sup>6</sup> Nur am Rande fanden bisher verfassungsrechtliche Erwägungen Eingang in die Argumentation, sei es im Rahmen strafrechtlicher Güterabwägung,

Es erscheint deshalb nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu notwendig, trotz der in den letzten Jahren zahlreich erschienenen Beiträge sich erneut mit diesem Thema unter Berücksichtigung seiner verfassungsrechtlichen Aspekte zu beschäftigen.

---

so z. B. bei der Prüfung des übergesetzlichen Notstandes durch LG Bonn, JZ 1971, 56 ff., oder zur Bewertung zivilrechtlicher Persönlichkeitsrechte des Toten, so etwa Forkel, JZ 1974, 598 f., ebenso Hilchenbach, Diss. S. 113 ff. Primär verfassungsrechtlich argumentiert allerdings Kohlhaas, NJW 1970, 1224 ff., ebenso NJW 1973, 548 ff. Neuerdings deutlich auch Linck, JZ 1973, 759 ff., und ZRP 1975, 249 ff. (251). Ausschließlich verfassungsrechtlichen Schutz will auch J. P. Müller, ZfSR 1971, 457, gewähren.

## 1. Die Situation im medizinischen Bereich

Als Zukunftsperspektive war im Gesundheitsbericht des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit aus dem Jahre 1971 zu lesen:

„Transplantationen der meisten Organe werden selbstverständlich, Immunreaktionen werden ausgeschaltet, Tiere werden als spezielle Organspender gezüchtet. Künstliche Herzen werden verbessert, leistungsfähige, bioelektrisch gesteuerte Gliedmaßen und Organe erleichtern die weitgehende medizinische und berufliche Rehabilitation<sup>1</sup>.“

### 11. Transplantatfähigkeit von Organen und Ersatzlösungen

Wieweit dies tatsächlich als „Futorologie“<sup>2</sup> im Gesundheitswesen bezeichnet werden muß oder auch schon damals ein Teil der medizinischen Wirklichkeit war, zeigt ein Blick in das medizinische Schrifttum zu Fragen der Organtransplantation<sup>3</sup>. Erfolgreiche Transplantation ist, dank erheblicher Fortschritte der immunsuppressiven Therapieforschung, nahezu mit allen Organen möglich<sup>4</sup>. Die Probleme, die eine möglichst kurz zu haltende Ischämiezeit<sup>5</sup> mit sich bringt, können im wesentlichen durch technisch-organisatorische Verbesserungen verringert werden. Hier konnten bisher die Möglichkeiten nur für Knochenmarksübertragungen wegen der extrem kurzen Ischämiezeit von 4 Minuten nicht verbessert werden. Als fast problemlos kann die Übertragung von Knochen, Hornhaut und u. U. auch von Nieren gelten. Diese machen den größten Anteil vorgenommener erfolgreicher Transplantationen aus<sup>6</sup>. Eine ganz erhebliche Bedeutung kommt der Bluttransfusion als einer weitgehend einfach und sicher durchführbaren

---

<sup>1</sup> S. 171/172.

<sup>2</sup> So Gesundheitsbericht, S. 172.

<sup>3</sup> Zu Einzelheiten hinsichtlich Stand von Konservierungstechnik, Histokompatibilität und Immunologieproblemen s. WHO Bulletin 1969, 909 ff., vgl. auch die Beiträge in Studium Generale 23 (1970), 297 - 466.

<sup>4</sup> Einzelheiten dazu Brendel, Dt. Ärzteblatt 46 (1971), 3078 ff.

<sup>5</sup> Das ist die sog. organspezifische Überlebenszeit, d. h. die Zeit, die ein Organ extrakorporal überleben kann, ohne wesentliche Zellstrukturschäden davonzutragen.

<sup>6</sup> s. Übersicht bei Brendel, Dt. Ärzteblatt 46 (1971), 3078.