

Widerspruchslösung und Menschenwürde

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Begründbarkeit einer Organspendepflicht und zur Vereinbarkeit von Menschenwürde und Widerspruchslösung unter Berücksichtigung ethischer und medizinischer Aspekte

FRANZISKA KELLE

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Interdisziplinäres Zentrum
Medizin-Ethik-Recht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Hans Lilie

Prof. Dr. Hans Lilie (Hrsg.), Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, Band 31, 2011

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:

ISSN 1862-1619

ISBN 978-3-86829-378-4

Schutzgebühr Euro 5

Interdisziplinäres Zentrum Medizin-Ethik-Recht (MER)
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D- 06108 Halle (Saale)
mer@jura.uni-halle.de
www.mer.jura.uni-halle.de
Tel. ++ 49(0)345-55 23 142

I. Einleitung.....	2
II. Die Widerspruchslösung	4
III. Die Menschenwürde im Grundgesetz	4
1. Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung.....	4
2. Die Menschenwürde im System der Grundrechte	5
a) Zum Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG.....	6
b) Zum Menschenwürdekern der Grundrechte	7
3. Materieller Gehalt des Menschenwürdesatzes	8
a) Geistes- und verfassungsgeschichtliche Entwicklung.....	9
b) Negative Bestimmungen	11
c) Positive Bestimmungen.....	12
d) Zusammenführung der Ansätze	14
IV. Pflicht zur Duldung einer postmortalen Organspende.....	16
1. Begriffsbestimmung	17
2. Grund- und Solidarpflichten im Grundgesetz.....	18
a) Begründungsansätze	19
(1) Herleitung aus der Staatlichkeit des Verfassungsstaates	19
(2) Herleitung aus der Sozialität des Einzelnen	19
(3) Herleitung aus dem Gegenseitigkeitsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz	20
(4) Herleitung aus der Menschenwürde.....	20
b) Kriterien zur Bestimmung von Grundpflichten	21
3. Begründbarkeit einer Spendepflicht	21
a) Anwendung der objektiven Kriterien.....	21
(1) Unverzichtbarkeit und besondere Bedeutung für das Gemeinwesen	21
(2) Nennung im Verfassungstext als Indiz verfassungsrechtlicher Normativität	22
b) Anwendung der subjektiven Kriterien	25
(1) Höchstpersönlichkeit der Pflichterfüllung.....	26
(2) Unentgeltlichkeit.....	26
(3) Schwere der Belastung	26
(4) Dauer der Belastung und Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Inpflichtnahme	27
c) Zwischenergebnis	27
4. Resultat.....	27
V. Die Widerspruchslösung als Verletzung der Menschenwürde	28
1. Der Menschenwürdekern in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.....	28
a) Schutzbereich	28
b) Verletzung des Menschenwürdekerns	29
2. Der Menschenwürdekern in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	32
a) Schutzbereich	32
b) Verletzung des Menschenwürdekerns	33
c) Erklärungslast und negatives Selbstbestimmungsrecht.....	34
d) Schweigen als Zustimmung	36
(1) Qui tacet, consentire videtur.....	36
(2) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	37
3. Die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG.....	40
a) Zum Würdeschutz Verstorbener	41
b) Verletzung durch Widerspruchslösung.....	41
VI. Zusammenfassung	43
Literaturverzeichnis.....	46

I. Einleitung

Seit 1997 regelt das Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG), das im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2004/23/EG zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen¹ modernisiert wurde,² die Voraussetzungen und Verfahrensweisen der Organtransplantation. Neben der Feststellung des Hirntods und dem Fehlen medizinischer Kontraindikationen ist die Zustimmung des Verstorbenen selbst oder seiner nächsten Angehörigen eine der Bedingungen der postmortalen Organentnahme. Diese sog. erweiterte Zustimmungslösung³ ist jedoch nur eine der vor der Verabschiedung des Gesetzes diskutierten Lösungsansätze. In dem auf Landesebene bereits 1994 in Rheinland-Pfalz beschlossenen, aber wegen des öffentlichen Widerstandes nie in Kraft getretenen Transplantationsgesetzes war keine Zustimmungs-, sondern eine Widerspruchsregelung vorgesehen.⁴ Weitere Alternativen, die die Frage der Willensermittlung des Verstorbenen betreffen, sind die so bezeichnete enge Zustimmungslösung, die Informations- und die Erklärungslösung.⁵

Auch wenn in der Bevölkerung laut Umfragen eine positive Einstellung gegenüber der Organspende besteht, herrscht ein großer Mangel an Spenderorganen. In medizinischen und juristischen Fachkreisen wie auch in der Öffentlichkeit wurden und werden deshalb immer wieder Debatten darüber geführt, wie die Spendebereitschaft beziehungsweise die Zahl der zur Verfügung stehenden Organe erhöht werden kann. So veröffentlichte der Nationale Ethikrat am 24.04.2007 die Stellungnahme „Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland“⁶, in der ein die Erklärungs- und Widerspruchslösung kombi-

¹ ABl. Nr. L 102 vom 07.04.2004, S. 48.

² TPG vom 05.11.1997, BGBl. I, S. 2631; geltende Fassung laut Bekanntmachung vom 04.09.2007 (BGBl. I, S. 2206), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 17.07.2009 (BGBl. I, S. 1990).

³ Im Gegensatz zur sog. engen Zustimmungslösung können bei der sog. erweiterten Zustimmungslösung auch die Angehörigen nach dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen einer Organentnahme zustimmen, soweit dieser nicht zu Lebzeiten der Organspende widersprochen hat.

⁴ Vgl. dazu Weber / Lejeune, NJW 1994, S. 2392 (2393, 2395 f.); Nickel, S. 62 f. Zur Entwicklung der Regelung der Organtransplantation vgl. die Darstellung bei Nickel, S. 61-81; Deutsch, NJW 1998, S. 777 (777); ders. / Spickhoff, Rn. 873.

⁵ Vgl. Deutsch, NJW 1998, S. 777 (777 f.); ders. / Spickhoff, Rn. 872; Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1291-1293).

⁶ Siehe <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/Stellungnahme_Organmangel.pdf> (29.03.2011).

nierendes Stufenmodell vorgeschlagen wurde. Beim Forum Bioethik des Deutschen Ethikrates Ende Oktober 2010 wurde im interdisziplinären Kreis die Frage behandelt, ob der Staat verlangen kann, dass sich jeder Bürger zur Organspende äußert.⁷ Auch von politischer Seite wurden und werden Vorschläge laut. So will der derzeitige Bundesgesundheitsminister *Philipp Rösler* durch erhöhte Informationsarbeit mehr Menschen dazu bringen, einen Organspendeausweis auszufüllen. Dazu erwägt er, dass jedem bei der Abholung des Personalausweises oder des Führerscheins eine Informationsbroschüre und ein Organspendeausweis ausgehändigt werden.⁸ Demgegenüber plädiert der Unions-Fraktionsvorsitzende *Volker Kauder* für eine Art Entscheidungslösung, nach der jeder einmal in seinem Leben mit der Frage der Organspende konfrontiert werden soll.⁹ Der EU-Gesundheitskommissar *John Dalli* forderte Ende 2010, dass auch in Deutschland die Widerspruchslösung, die bereits in vielen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gilt, eingeführt wird.¹⁰ In diesem Sinne hat auch der Deutsche Ärztetag 2010 einem Entschließungsantrag zugestimmt, in dem er sich neben der Verbesserung der strukturellen, organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen dafür ausspricht, eine gesetzliche Neuregelung des Transplantationsrechts im Sinne der Widerspruchslösung vorzunehmen.¹¹

Vor dem Hintergrund des Grundgesetzes soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden, ob gegen die Einführung einer solchen Widerspruchslösung verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Dabei wird die Garantie der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt.

Nachdem zunächst die Widerspruchslösung vorgestellt wird, soll anschließend geklärt werden, was sich hinter dem Menschenwürdesatz des Grundgesetzes verbirgt. Dies ist notwendig, um zu untersuchen, ob die Regelungen der Widerspruchslösung mit der Würdegarantie vereinbar sind. Dabei wird sich die Darstellung auf die für die zugrunde liegende Frage maßgeblichen grundrechtlichen Konkretisierungen der

⁷ Vgl. <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/infobrief_2010-03.pdf> (29.03.2011).

⁸ Siehe das Interview des Spiegel mit Bundesgesundheitsminister Philipp Rösler vom 07.02.2011, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-76764201.html>> (29.03.2011).

⁹ Vgl. <<http://www.theeuropean.de/volker-kauder/5419-bereitschaft-zur-organspende>> (31.03.2011).

¹⁰ Vgl. Schiltz, EU pocht auf Reform der Organspende in Deutschland, in: Welt online vom 07.12.2010, abrufbar unter <<http://www.welt.de/politik/ausland/article11454035/EU-pocht-auf-Reform-der-Organspende-in-Deutschland.html>> (29.03.2011). Siehe den Überblick über die europäischen Regelungen bei Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, Einführung Rn. 11.

¹¹ Vgl. Klinkhammer / Richter-Kuhlmann, in: DÄBl. 2010, A 991.

Menschenwürde in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG konzentrieren. Wesentlich für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist dabei, ob sich – möglicherweise sogar aus Art. 1 Abs. 1 GG selbst – eine „Pflicht“ aus der Verfassung herleiten lässt, eine postmortale Organentnahme zu dulden, soweit kein Widerspruch erklärt wurde. Die Frage nach einer möglichen Verankerung einer solchen Pflicht im Grundgesetz soll aus diesem Grund vorangestellt werden.

Das Thema wird vor allem aus verfassungsrechtlicher Sicht bearbeitet; ethische und medizinische Aspekte dienen als Grundlage und Ergänzungen dieser Betrachtungen. Die Arbeit lässt die mutmaßlichen Auswirkungen der Widerspruchslösung auf die medizinische Praxis außen vor. Es soll nachfolgend allein die Frage des „ob“ der Einführung der Widerspruchslösung erörtert werden.

II. Die Widerspruchslösung

Nach der Widerspruchslösung ist jeder Hirntote potentieller Spender für eine postmortale Organspende, es sei denn, dass eine medizinische Kontraindikation vorliegt oder der Hirntote zu Lebzeiten der postmortalen Organentnahme widersprochen hat. Nur wenn ein solcher Widerspruch erklärt worden ist, wird keine Organentnahme durchgeführt. Damit könnte die Widerspruchslösung eine „positive Vermutungsregel“¹² dahingehend darstellen, dass bei fehlendem Widerspruch der Verstorbene mit der postmortalen Organentnahme einverstanden ist. Allerdings könnte die Widerspruchslösung auch so verstanden werden, dass bei Zugrundelegung einer bestehenden Pflicht zur Organspende dem potentiellen Organspender die Möglichkeit eröffnet wird, durch eine negative Willensäußerung der Inanspruchnahme zu entgehen.

III. Die Menschenwürde im Grundgesetz

1. Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung¹³

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

In eindrucksvoller und nachdrücklicher Weise betont das Grundgesetz mit seinen Anfangsworten die Würde des Menschen und benennt sie als Fundament der freiheitli-

¹² Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1292).

¹³ BVerfGE 35, 202 (225).

chen Staats- und Gesellschaftsordnung. Als Ausdruck „personaler Autonomie, individueller Selbstwerthaftigkeit und Subjektqualität des Menschen in seiner wechselseitigen Anerkennung mit anderen“ begründet Art. 1 Abs. 1 GG ein „Gegenprogramm zur totalitären Mißachtung des Individuums“.¹⁴ In diesem Sinne formulierte der Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee in Art. 1 „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen. Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar.“¹⁵

Der besondere normative Rang der Menschenwürde als „Grundnorm“¹⁶ der Rechtsordnung und eines der „tragenden Konstitutionsprinzipien“¹⁷ wird durch ihre doppelte Unantastbarkeit unterstrichen. Zum einen formuliert Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ausdrücklich, dass die Würde des Menschen unantastbar ist, woraus ihre Unabwägbarkeit abgeleitet wird. Jede Beeinträchtigung mit Eingriffscharakter stellt danach eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Verletzung der Menschenwürde dar.¹⁸ Zum anderen sind die Grundsätze des Art. 1 GG von der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst und damit einer möglichen Verfassungsänderung entzogen.¹⁹ Die in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Gebote verpflichten die staatliche Gewalt unmittelbar, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Die Träger hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG dürfen durch eigenes Handeln die Menschenwürde nicht verletzen. Zudem muss der Staat Übergriffe Dritter abwehren und sich gegen Herabwürdigungen des Einzelnen einsetzen.²⁰

2. Die Menschenwürde im System der Grundrechte

Unbestritten ist die hervorgehobene und „leitmotivische“²¹ Bedeutung der Menschenwürde in ihrer liberalen, egalitären und sozialen Dimension²². Umstritten ist je-

¹⁴ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 40. Vgl. auch Hofmann, Entdeckung, S. 11 und Brugger, S. 31-44.

¹⁵ Text in: JöR 51 (1951), S. 48.

¹⁶ BVerfGE 27, 344 (351); 34, 238 (245).

¹⁷ BVerfGE 50, 166 (175).

¹⁸ So hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorgehoben, dass „die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte [...] mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“ ist, vgl. BVerfGE 93, 266 (293). Siehe auch Häberle, in: HdbdStR, Rn. 56.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 30, 1 (25); Stern, Staatsrecht III/1, S. 26.

²⁰ Vgl. Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 4; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 135 f. Vgl. auch BVerfGE 45, 187 (227). Im Schutzauftrag ist zugleich eine Grundlage für die Lehre der grundrechtlichen Schutzpflichten zu sehen. Vgl. BVerfGE 49, 89 (142). Für den Parlamentarischen Rat war die Schutzverpflichtung aus der Menschenwürde von besonderer Bedeutung. Vgl. dazu Hermes, S. 137-140; siehe auch Geddert-Steinacher, S. 95-103; Dietlein, S. 28-33, 66 f., 145-149.

²¹ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 40.

doch der Charakter des Art. 1 Abs. 1 GG (als Grundrecht) und das Verhältnis zu den (anderen) Grundrechten.

a) Zum Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG

Nach *Günter Dürig* ist die Menschenwürde als subjektiv-rechtlicher Gehalt in allen Grundrechten enthalten, selbst jedoch kein Grundrecht. Dieser Gehalt sei von der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG erfasst und gemäß Art. 79 Abs. 3 GG dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen.²³ Auch *Horst Dreier* lehnt den Grundrechtscharakter von Art. 1 Abs. 1 GG ab. Wegen der „besonderen normativen Struktur“ sei die Bestimmung eines Schutzbereichs und die Unterscheidung verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriffe und ungerechtfertigter Verletzungen nicht möglich.²⁴

Überwiegend wird Art. 1 Abs. 1 GG in der Literatur und auch in der Rechtsprechung hingegen als „individuelles Grundrecht“²⁵ und als „Wurzel aller Grundrechte“²⁶ angesehen. Zwar kann dies weder mit Wortlaut noch Systematik eindeutig begründet werden.²⁷ Die Befürworter dieser Auffassung verweisen aber neben Rechtsschutz Gesichtspunkten²⁸ vor allem auf den Schutzzweck des Art. 1 Abs. 1 GG hinsichtlich der Würde des Subjekts. Die besondere Verpflichtung des Staates ergebe sich aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG und erschöpfe sich nicht allein in einem objektiv-rechtlichen Ge-

²² Ebd., Rn. 58-61 mit weiteren Nachweisen.

²³ Vgl. Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 4 f., 81, 85; ders., AöR 81 (1956), S. 117 (117-122); ders., in: FS Maunz, S. 41 (45, 49).

²⁴ Vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 124-130. Zu Recht kann mit Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 26 angemerkt werden, dass dies „konstruktiver Purismus“ ist. Mit ähnlichem Ergebnis wie Dreier unter anderem auch Geddert-Steinacher, S. 164-166; Brugger, S. 9, 19-29; Enders, 92-100, 380-382.

²⁵ So etwa BerVerfGH NJW 1993, S. 515 (517). Wenngleich ohne Begründung, spricht auch das Bundesverfassungsgericht vom „Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG“. BVerfGE 15, 249 (255). Siehe auch BVerfGE 1, 322 (343); 12, 113 (123); 28, 243 (263); 50, 256 (262); 61, 126 (137); 72, 105 (114-117); 109, 133 (149 f.); 117, 71 (89 ff.). Zu beachten ist jedoch, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung den Würdegedanken nicht an Art. 1 Abs. 1 GG selbst festmacht, sondern im Bezug zu anderen Grundrechten bestimmt, insbesondere bei Art. 2 Abs. 1 GG. Vgl. dazu Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28, 32.

²⁶ BVerfGE 93, 266 (293). Mit gleichem Ergebnis wie schon *Hans Carl Nipperdey* unter anderem Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28-32.; Stern, Staatsrecht III/1, S. 26; Häberle, in: HdbdStR, Rn. 74; Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 3.

²⁷ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29 mit weiteren Nachweisen.

²⁸ Siehe dazu mit besonderem Bezug zum Problem der Drittwirkung der Menschenwürde ebd., Rn. 31 f. mit weiteren Nachweisen sowie die Darstellung bei Geddert-Steinacher, S. 167-172 und Brugger, S. 20 f.

halt.²⁹ In diesem Sinne weist etwa *Reinhold Zippelius* darauf hin, dass die menschliche Würde über die in den Einzelgrundrechten verbürgten Dimensionen hinausgeht.³⁰

Für diese Auffassung spricht die in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG normierte Unantastbarkeit und die Einbeziehung der Menschenwürde in die besondere Garantie der sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG.³¹ Angesichts der in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltenen Verpflichtung wäre es „systemwidrig“, „wenn ausgerechnet die strukturgebende Fundamentalnorm des Grundgesetzes nur als objektiver Rechtssatz zu interpretieren wäre“.³² Gerade die Unantastbarkeit ist Ausdruck der prominenten Stellung der Menschenwürde in der Verfassung und besonders innerhalb der Grundrechte. Dies steht dem Grundrechtscharakter nicht entgegen. Die übrigen Grundrechte befinden sich bereits durch ihre unterschiedlichen Schrankenregelungen in einem abgestuften Rangverhältnis. Die normstrukturellen Besonderheiten des Art. 1 GG zeigen, dass es sich um ein in jeder Hinsicht besonderes Grundrecht handelt. Art. 1 Abs. 1 GG hat somit einen über die partiellen und einschränkbaren Schutzbereiche der Grundrechte hinausgehenden materiellen Gehalt.

b) Zum Menschenwürdekern der Grundrechte

Zudem wird diskutiert, ob es einen Würdegehalt in jedem Grundrecht gibt. Nach überzeugender Auffassung³³ konkretisiert sich die Menschenwürde in den nachfolgenden Grundrechten, die alle einen unantastbaren Würdekern haben.³⁴ Aufgrund der steuernden Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG ist bei einer etwaigen Verletzung der grundrechtlich geschützten Interessen auch immer die Berufung auf eine zumindest

²⁹ So etwa Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 30; Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 46-53; Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 26; ; Kloepfer, in: FS BVerfG, S. 77 (86), der aber darauf hinweist, dass der objektiv-rechtliche Gehalt wohl überwiegt (S. 87 f.); im Zweifel für ein subjektives Recht Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 1 Rn. 26.

³⁰ Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 1 Rn. 28.

³¹ Vgl. etwa Sodan, in: ders., Art. 1 Rn. 28. Siehe auch Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 33 f. Zum Verhältnis des Art. 79 Abs. 3 GG zum Wesensgehalt der Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 2 GG vgl. ebd., Rn. 34; Dreier, in: ders., Art. 19 II Rn. 16, 20 jeweils mit weiteren Nachweisen.

³² Kloepfer, in: FS BVerfG, S. 77 (86). Siehe auch Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 46-53.

³³ Gegen einen Menschenwürdekern spricht sich u. a. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 164-167 mit weiteren Nachweisen aus. Dabei kritisiert er Versuche, mit Hilfe von Auflistungen Grundrechte mit stärkerem oder schwächerem Menschenwürdegehalt zu bestimmen, wie ihn etwa Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 23, 43, 69 (mit Folgen für die Unantastbarkeit und Abwägbarkeit) vornimmt. Siehe kritisch dazu auch Enders, S. 426 f.

³⁴ Vgl. etwa Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, Art. 1 Rn. 8; Häberle, in: HdbdStR, Rn. 57; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 5; Bleckmann, S. 545.

mittelbare Verletzung der Menschenwürde möglich.³⁵ So hat sich umgekehrt nach Dreier „bisher [...] noch jede Berührung der Menschenwürde zugleich als Verletzung eines anderen Freiheits- oder Gleichheitsrechts dargestellt“³⁶. Trotz möglicher normtextlicher oder verfassungsimmanenter Schranken des Grundrechts führt der unantastbare Menschenwürdekern dazu, dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht möglich ist, wenn dieser berührt wird, da dann immer Art. 1 Abs. 1 GG selbst verletzt ist.³⁷ Wie sich aus der Formulierung „darum“ in Art. 1 Abs. 2 GG ergibt, steht Art. 1 Abs. 1 GG in einem „Fundierungsverhältnis“³⁸ zu den nachfolgenden Grundrechten, ohne jedoch ein Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbares Auffanggrundrecht zu bilden. Vielmehr ist das Verhältnis zu den anderen Grundrechten nach dem „Grundsatz der partiellen Spezialität und Subsidiarität“³⁹ zu beschreiben, sodass das grundrechtliche Interesse des Grundrechtsträgers vorrangig durch das im Schutzbereich speziellere Grundrecht gewährleistet wird.⁴⁰

3. Materieller Gehalt des Menschenwürdesatzes

Die Auslegung und Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 GG bereitet jedoch Schwierigkeiten. Sie beruhen nicht nur auf dem hohen Abstraktionsgrad des Menschenwürdesatzes, sondern auch auf den durch die Jahrhunderte und Epochen hindurch beeinflussten philosophischen und religiösen Wurzeln,⁴¹ ohne die der normative Inhalt nicht erschlossen werden kann. Als prägend werden dabei antike, christliche und in Renaissance und Aufklärung entwickelte Würdekonzepte angesehen.

³⁵ Vgl. Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 3.

³⁶ So Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 129, der hier auffälligerweise von „anderen Freiheits- oder Gleichheitsrechten“ spricht, obwohl er eigentlich die Grundrechtseigenschaft von Art. 1 Abs. 1 GG ablehnt. Vgl. auch Enders, S. 426 f.

³⁷ Vgl. BVerfGE 107, 275 (284); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 34; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 5; Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 65. Anders etwa Kloepfer, JZ 2002, S. 417 (420-423); Brugger, S. 22 und Herdegen, JZ 2001, S. 773 (774 f.), die durch die Abstufung des Würdegehalts eine Abwägung ermöglichen.

³⁸ Morlok, S. 69.

³⁹ Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 19, 65.

⁴⁰ Sodan, in: ebd., Art. 1 Rn. 28; Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 65; Häberle, in: HdbdStR, Rn. 58. Für eine strenge Subsidiarität Vitzthum, JZ 1985, S. 201 (203). Gegen das „rechtstechnische [...] Verständnis der Subsidiarität“ argumentiert Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 162, der die Menschenwürde vielmehr als „dirigierendes Prinzip“ beziehungsweise als „Auslegungsmaxime“ ansieht. Ähnlich auch Geddert-Steinacher, S. 166.

⁴¹ Vgl. Lorz, S. 275; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 1 f.

a) Geistes- und verfassungsgeschichtliche Entwicklung

Erste Ursprünge des Würdegedankens finden sich in der römischen Antike.⁴² Während Würde zunächst vor allem die hervorgehobene politische und soziale Würdigkeit und Anerkennung im öffentlichen Leben war,⁴³ vollzogen *Cicero* und *Seneca* in der Tradition der Stoa eine egalitär und universalistisch geprägte „Umdeutung des politischen Würdebegriffs“⁴⁴. Nach *Ciceros* Konzept der *dignitas*⁴⁵ kommt jedem gerade aufgrund seiner Eigenschaft als Mensch die gleiche Würde zu, die auf der von den Göttern geschenkten und ihn von den Tieren unterscheidenden Vernunftfähigkeit beruht.⁴⁶

In der Spätantike und im Mittelalter wurde dieser Gedanke durch die Scholastik und Patristik mit der jüdischen und christlichen Lehre der Gottesebenbildlichkeit verbunden.⁴⁷ Bezogen auf die erste Schöpfungsgeschichte⁴⁸ nahm der Mensch nach der *Imago-Dei-Lehre* eine Sonderstellung unter den Geschöpfen Gottes ein.⁴⁹

Giovanni Pico della Mirandola und *Blaise Pascal* rückten dann in der Renaissance und im Humanismus den vernunftbegabten Menschen als schöpferisches Individuum in das Zentrum der philosophischen Betrachtungen.⁵⁰ Die Fähigkeit zu selbstbestimmtem vernunftmäßigem Handeln wurde insbesondere bei *Samuel Pufendorf* Grundlage der naturgemäßen Gleichheit aller Menschen.⁵¹

⁴² Der griechischen Antike war der Begriff der Menschenwürde fremd. Insbesondere lässt sich aus der Nikomachischen Ethik des *Aristoteles* kein über die Anerkennung des Menschen als rationales Wesen hinausgehendes Konzept ableiten, das mit der Idee der Würde des Menschen in Zusammenhang gebracht werden kann. Vgl. Wetz, ARSP 87 (2001), S. 311 (312 f.).

⁴³ Ebd.; Schild, Sp. 1539 (1539).

⁴⁴ Hilpert, Sp. 132 (134).

⁴⁵ Vgl. zum gegenüber *dignitas* älteren Begriff der *humanitas* Honecker, S. 192, 195 f.

⁴⁶ Die Würde des Einzelnen war jedoch abhängig von seinen Leistungen für das Gemeinwesen abgestuft und führte wegen der Gottgegebenheit nicht so sehr zu „Ansprüchen“ gegenüber der Gesellschaft, sondern vielmehr zu Verpflichtungen etwa in Bezug auf die Lebensweise, um nicht der nicht unveräußerlichen Würde verlustig zu gehen. Vgl. dazu Hilpert, Sp. 132 (134). Siehe auch Schild, Sp. 1539 (1539 f.).

⁴⁷ Vgl. Hilpert, Sp. 132 (134); Honecker, S. 192; Schild, Sp. 1539 (1540).

⁴⁸ Vgl. 1. Mose, 1, 26 f. Der Gedanke der Gleichheit der Menschen im Sinne der Gleichheit vor Gott wird bei Paulus deutlich, vgl. Gal. 3, 28.

⁴⁹ In der Imago-Dei-Vorstellung stand auf Grund der Verknüpfung mit Sündenfall und Erlösungshandeln Jesu der sündige und nur durch göttliche Gnade zu rettende Mensch im Mittelpunkt. Vgl. Hilpert, Sp. 132 (134); Schild, Sp. 1539 (1540-1542); Koch, Imago Dei, passim.

⁵⁰ Vgl. Bayertz, ARSP 81 (1995), S. 465 (466 f.).

⁵¹ Vgl. Schild, Sp. 1539 (1542). Zum Einfluss *Pufendorfs* auf die amerikanische Erklärung der Menschenrechte vgl. Honecker, S. 192; Enders, S. 187 f.; Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 I, Rn. 10.

Die Idee der Menschenwürde wurde daneben maßgeblich von *Immanuel Kant* beeinflusst. Nach seinem in der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ entwickelten Konzept hat Würde, „was [...] über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstatet“.⁵² Grund der menschlichen Würde ist für *Kant* die der Sittlichkeit entsprechende Selbstgesetzgebung des autonomen Willens.⁵³ Indem der Mensch als „Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauch für diesen oder jenen Willen“⁵⁴ existiert und bei seiner Selbstgesetzgebung die Menschheit in seiner eigenen und jeden anderen Person als Zweck beachten soll,⁵⁵ ist mit *Kants* Autonomiebegriff die Anerkennung jedes anderen Menschen als gleich und frei verbunden.⁵⁶

Trotz dieser ideengeschichtlichen Traditionen blickt die verfassungsrechtliche Verankerung der Menschenwürde selbst nicht auf eine lange Entwicklungsgeschichte zurück.⁵⁷ So fehlt sie insbesondere in den klassischen Grundrechtsdokumenten oder ist dort allenfalls im Sinne der *dignitas* verwendet.⁵⁸ In Ansätzen wurde in den Zusammenkünften der Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 über die Würde der Person diskutiert.⁵⁹ Als Reaktion auf die Forderungen der Arbeiterbewegung wurde die Menschenwürde in einer sozialstaatlichen Dimension in die Verfassung des Deutschen Reiches von 1919 aufgenommen.⁶⁰ In Anlehnung an Verfassungsentwürfe des deutschen Widerstandes,⁶¹ vorkonstitutionelle Landesverfassungen⁶² und internationale Dokumente⁶³ wurde die Menschenwürde schließlich, herausgerückt aus dem

⁵² Kant, S. 72. Dieses Verhältnis von Würde und Preis findet sich bereits bei *Seneca*. Vgl. dazu Hilpert, Sp. 132 (135). Zur begrenzten Übertragbarkeit des moralphilosophischen Konzepts auf die staatliche Rechtsordnung vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 13 f. mit weiteren Nachweisen.

⁵³ Vgl. Kant, S. 72-74. Dazu Schild, Sp. 1539 (1543).

⁵⁴ Kant, S. 63.

⁵⁵ Vgl. ebd., S. 65.

⁵⁶ Lorz, S. 119-130, 271-281; Enders, S. 189-201; Hilpert, Sp. 132 (135).

⁵⁷ Geddert-Steinacher, S. 38; Wetz, ARSP 87 (2001), S. 311 (315). Die wohl früheste ausdrückliche Normierung enthält die Verfassung Irlands vom 01. Juli 1937. Vgl. dazu und zu den nachfolgenden Verankerungen in Verfassungsdokumenten Spaniens und Portugals Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 19 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁸ Vgl. etwa Art. 6 Satz 4 der Französischen Menschenrechtserklärung von 1789, die von *dignités* spricht.

⁵⁹ Vgl. Stern, Staatsrecht III/1, S. 15 f.

⁶⁰ Vgl. Art. 151 Abs. 1 Satz 1: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“ Siehe dazu die Kommentierung bei Anschütz, Art. 151 WRV Anm. 1 und Schild, Sp. 1539 (1543).

⁶¹ Mommsen, S. 14 (25-33); Wetz, ARSP 87 (2001), S. 311 (316).

⁶² Vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 34 mit weiteren Nachweisen.

⁶³ Vgl. insbesondere Präambel sowie Art. 1 und 22 AEMR vom 10.12.1948, Präambel der UN-Charta vom 26.06.1945, Präambeln der UN-Pakte über bürgerliche und politische sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und die Konkretisierungen des Menschenwürdesatzes in Art. 3, 4 Abs. 1 und 8 EMRK.

sozialökonomischen Kontext des Art. 151 Abs. 1 Satz 1 WRV, „als zentrales Substantiv leitmotivisch an die Spitze der Verfassung“⁶⁴ gestellt und seitdem nicht verändert.⁶⁵ Als „Absage an das nationalsozialistische Regime“⁶⁶ und gegen die unbegreiflichen Entwürdigungen von Millionen von Menschen insbesondere in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde die Menschenwürde am Anfang des Grundgesetzes verankert.⁶⁷ Sie wurde zugleich als „Generalklausel für den ganzen Grundrechtskatalog“ und als „eigentliche[r] Schlüssel für das Ganze“⁶⁸ programmatisch und vorwärtsgerichtet für die Zukunft verstanden.

Diese ideengeschichtlich und religiös geprägte Entwicklung des Würdekonzeptes prägt auch die Auslegung des abstrakten und unbestimmten Rechtsbegriffs „Menschenwürde“ als Verfassungsnorm. Die verfassungsrechtlichen Ansätze zur inhaltlichen Bestimmung sollen im Folgenden dargestellt werden.

b) Negative Bestimmungen

Besonders in der Anfangszeit des Grundgesetzes wurde die Ansicht vertreten, die Menschenwürde sei eine „nicht interpretierbare These“⁶⁹ und einer Definition nicht zugänglich.⁷⁰ Die Menschenwürde sollte ihrer grundlegenden Bedeutung entsprechend auf das beschränkt werden, was auch im Falle der Nichtexistenz der Norm als selbstverständlich angesehen würde.⁷¹

⁶⁴ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 20.

⁶⁵ Zu den Einzelheiten des Herrenchiemser Entwurfs zu Art. 1 Abs. 1 und zur weiteren Entwicklung der Norm vgl. Parlamentarischer Rat, Band 5, S. 584-602; JöR 1 (1951), S. 48; Enders, S. 404-425; Wetz, ARSP 87 (2001), S. 311 (316-318). Fast vollständig textidentisch mit Art. 1 Abs. 1 GG enthält die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 den Menschenwürdesatz, der inzwischen auch in den Verfassungen vieler Mitgliedstaaten der Europäischen Union seinen Niederschlag gefunden hat. Vgl. ABl. Nr. C 303 S. 1. Vgl. auch Art. 2 des Vertrages über die Europäische Union in Form des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (Abl. Nr. C 306 S. 1, ber. Abl. 2008 Nr. C 111 S. 56 u. Abl. 2009 Nr. C 290), wonach die Achtung der Menschenwürde zu einem der Werte gehört, auf die sich die Union gründet. Zur Bedeutung der Menschenwürde im Europäischen Gemeinschaftsrecht vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 31-33 mit weiteren Nachweisen. Vgl. Art. 2 der griechischen Verfassung, Art. 1 der portugiesischen, Art. 10 der spanischen, Art. 41 der italienischen, Art. 1 der finnischen, Art. 2 der schwedischen und Art. 23 der belgischen Verfassung sowie die Präambel der irischen Verfassung.

⁶⁶ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 39.

⁶⁷ Vgl. v. Mangoldt, Parlamentarischer Rat, Band 5, S. 71, S. 361-379; Hofmann, Entdeckung, S. 11; Stern, Menschenwürde, S. 219 (223 f.).

⁶⁸ C. Schmid, Parlamentarischer Rat, Band 5, S. 64.

⁶⁹ So Heuss, JöR 1 (1951), S. 49; Parlamentarischer Rat, Band 5, S. 72.

⁷⁰ Siehe etwa Klein, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, 8. Aufl., Art. 1 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen.

⁷¹ Vgl. Lerche, S. 88 (101).

Auch in der gegenwärtigen Diskussion gibt es Bestrebungen, die Menschenwürde lediglich von negativer Seite her zu bestimmen. Ausgehend vom jeweiligen Verhalten, das eine Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG darstellen könnte, soll bestimmt werden, was im Einzelfall den Inhalt des Art. 1 Abs. 1 GG ausmacht.⁷²

In dieser Weise nähert sich auch das Bundesverfassungsgericht dem Begriff der Menschenwürde.⁷³ Es nimmt dabei die von *Dürig* in Anlehnung an *Kants* Instrumentalisierungsverbot⁷⁴ entwickelte sog. Objekt-Formel auf. Nach *Dürig* ist „die Menschenwürde als solche [...] getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.⁷⁵ Die Formel wurde erweitert durch einen subjektiven Ansatz,⁷⁶ wonach es gegen die Menschenwürde verstößt, wenn der Einzelne in einer seine Subjektqualität prinzipiell und willkürlich in Frage stellenden Weise zum Objekt staatlichen Handelns und ihm eine selbstbestimmte Lebensgestaltung unmöglich wird.⁷⁷ Das Subjekt ist die „mit der Fähigkeit zur eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‘Persönlichkeit‘“.⁷⁸ Dieses ist nach *Wolfram Höfling* nicht verletzt, wenn „der Subjektstatus des Menschen trotz seiner Verobjektivierung in spezifischen Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnissen durch Kompensationsmechanismen noch hinreichend gesichert ist“.⁷⁹

c) Positive Bestimmungen

Daneben gibt es aber auch Ansätze zur positiven Bestimmung des Menschenwürdesatzes.

Die sog. *Wert- oder Mitgifttheorien* beziehen sich auf die religiösen beziehungsweise ethischen Wurzeln der Menschenwürde, indem entweder die christliche *Imago-Dei-*

⁷² Vgl. Doehring, S. 281; Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 16; Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 28; Enders, S. 20-22.

⁷³ Vgl. etwa BVerfGE 1, 97 (104); 5, 85 (204); 7, 198 (205); 27, 1 (6); 30, 1 (25); 72, 105 (115-117). Vgl. auch HessStGH DVBl. 1974, S. 940 (943); BayVerfGH BayVBl. 1982, 47 (50) unter Aufzählung von würdeverletzenden Handlungen.

⁷⁴ Es heißt bei *Kant*, dass der Mensch „sich selbst und alle andere niemals bloß als Mittel, sondern jederzeit zugleich als Zweck an sich selbst behandeln solle“. Vgl. *Kant*, S. 71.

⁷⁵ Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (127).

⁷⁶ Das Bundesverwaltungsgericht war wegen der „über den einzelnen hinausgehenden Bedeutung“ anfangs dagegen, subjektive Vorstellungen über die Menschenwürde zu berücksichtigen. Vgl. BVerwGE 64, 274 (280).

⁷⁷ Zuletzt BVerfGE 109, 133 (149 f.); 116, 69 (85 f.); 117, 71 (89); siehe auch 30, 1 (26). Vgl. dazu Häberle, in: HdbdStR, Rn. 52; Höfling, in: Sachs, Art. 1 I Rn. 15; Sodan, in: ders., Art. 1 Rn. 10-13.

⁷⁸ BVerfGE 5, 85 (204). Zum Problem des Begriffs Person und seiner Bestimmung vgl. weiterführend Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1287 f.); Höfling, in: FS Schiedermaier, S. 363 (363-376).

⁷⁹ Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 16.

*Lehre*⁸⁰ oder der idealistische Ansatz *Kants*⁸¹ aufgegriffen werden. Würde ist danach eine in der menschlichen Vernunft wurzelnde Eigenschaft im Sinne einer besonderen Qualität, die dem Menschen generell und unabhängig von ihrer gegenwärtigen Aktualisierbarkeit zukommt.⁸²

Im Gegensatz dazu ist Würde nach den sog. *Leistungstheorien* etwas, was der Mensch nicht von Natur aus hat, sondern im Rahmen der Ausbildung seiner personellen Identität erst erlangen muss.⁸³

Ein dritter, von *Hasso Hofmann* entwickelter und als sog. *Kommunikationstheorie* bezeichneter Ansatz definiert Würde als „Relations- oder Kommunikationsbegriff“, der sich „in sozialer Anerkennung durch positive Bewertung von sozialen Achtungsansprüchen“ konstituiert. Würde ist danach eine „Kategorie der Mitmenschlichkeit des Individuums“, die im Zusammenhang mit einer „konkreten Anerkennungsgemeinschaft“ gedacht werden muss. Das Schutzgut des Art. 1 Abs. 1 GG ist nach *Hofmann* deshalb die „mitmenschliche Solidarität“.⁸⁴ Unter Hervorhebung der „staatsstrukturellen Bedeutung der Würdegarantie“ stellt er dar, dass Art. 1 Abs. 1 GG zum einen die Subjektqualität jedes Einzelnen schützt und zum anderen die Würde gerade um ihrer Achtung willen und in ihrer mitmenschlichen Dimension zur die Mitmenschen und den Staat verpflichtenden Grundlage der gemeinsamen Rechts- und Wertegemeinschaft bestimmt. Sie ist somit „Staatsfundamentierungsnorm“ in einem doppelten Sinne.⁸⁵

⁸⁰ Dürig, JR 1952, S. 259 (260 f.); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 3, 5.

⁸¹ Vgl. etwa Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Rn. 18.

⁸² Vgl. zu diesen Theorien Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (361) und Dreier, in: ders. Art. 1 I Rn. 54-57.

⁸³ Vgl. insbesondere Luhmann, S. 68-72. Zu *Niklas Luhmanns* Würdekonzept als „gelingende Selbstdarstellung“ vgl. Schild, Sp. 1539 (1543 f.). Vorläufer ist wohl Freuds Vorstellung, wonach Menschenwürde die Fähigkeit zur Ausbildung eines Selbstbildes zur Herausbildung und Reflexion des eigenen Verhaltens ist. Vgl. dazu Rorty, S. 38 (68). Zur Vorstellung der Leistung in antiken Würdevorstellungen vgl. Lampe, S. 288 (297).

⁸⁴ Vgl. alle Zitate bei Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (364). Ähnlich stellt auch *Häberle* unter dem Stichwort der „kommunikativen Mitmenschlichkeit“ auf den „Du-Bezug“ und die „von vornherein [...] kommunikative, soziale Dimension“ der Menschenwürde in der Anerkennung der gleichen Würde des Anderen ab. Vgl. Häberle, in: HdbdStR, Rn. 54, 80.

⁸⁵ Vgl. Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (363 f., 367, 369 f.). In diesem Sinne heißt es in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung Brandenburgs, dass die Menschenwürde die Grundlage einer solidarischen Gemeinschaft ist. Zur normativ grundlegenden Bedeutung der Menschenwürde siehe auch Hesse, Rn. 116. Zur Begründung bezieht *Hofmann* sich auf verschiedene Theorien zum Gesellschaftsvertrag, vgl. Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (371-373).

d) Zusammenführung der Ansätze

Für die Frage nach dem materiellen Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG ist festzuhalten, dass aus der jahrhundertealten geistesgeschichtlichen Entwicklung nur begrenzt Schlüsse gezogen werden können.⁸⁶ Auch wenn die Menschenwürde „als eine Art zivilreligiöser Anker“⁸⁷ gedeutet werden kann, ist sie eine objektiv und unmittelbar verbindliche Norm des Verfassungsrechts.⁸⁸ Ihre Garantie gilt in einer weltanschaulich-neutralen Rechts- und Gesellschaftsordnung. Religiöse oder weltanschauliche Auffassungen spielen – durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt – erst bei der Ermittlung des Willens und der selbstbestimmten Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen eine Rolle.

Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs scheinen deshalb die negativen Ansätze am ehesten geeignet, den gerade im Bereich der Bioethik teilweise inflationären Bezug zur Menschenwürde zu begrenzen.⁸⁹ Zudem kann damit auf neue Situationen und Fragen reagiert werden,⁹⁰ ohne auf bestimmte religiöse oder weltanschauliche Ansichten abzustellen, die ausschließende Wirkung haben könnten. Allerdings kann der für den Geltungsanspruch der Verfassungsaussagen notwendige Konsens bei der Auslegung des Menschenwürdesatzes nur in eindeutigen Fällen, wie etwa bei Folter u. Ä. erreicht werden. Gerade bei aktuellen und nicht von vornherein zu beantwortenden Fragen, wie etwa aus der Bioethik, ist der Rückgriff auf die einzelfallbezogene „Definition“ angesichts der dort aufeinander treffenden verschiedensten (ethischen) Positionen nur in begrenztem Maße dazu geeignet, Klarheit über die dort oft angeführte Menschenwürde zu erlangen.⁹¹

Auch die in Literatur⁹² und Rechtsprechung⁹³ aufgegriffene (subjektivierte) Objektformel ist mit Einschränkungen zu verwenden. Nicht jede „Instrumentalisierung“ des Menschen, in der er nicht nur als Zweck, sondern auch als Mittel behandelt wird,

⁸⁶ So auch Honecker, S. 193; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 1 f., 6 f., 14, 24. Zur Neutralität des Staates vgl. im Ganzen Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip.

⁸⁷ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 41.

⁸⁸ Vgl. Stern, Staatsrecht III/1, S. 26; Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 4; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 42.

⁸⁹ Vgl. Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (356); Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 45-49.

⁹⁰ Vgl. dazu Vitzthum, JZ 1985, S. 201 (202 f.).

⁹¹ Vgl. auch Auer, S. 13 (19-28); Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 52; Geddert-Steinacher, S. 28.

⁹² Unter anderem Stern, Staatsrecht III/1, S. 24 f.; Enders, S. 20-22.

⁹³ Vgl. etwa BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 45, 187 (228); 50, 166 (175); 50, 205 (215); 57, 250 (275); 72, 105 (116); 87, 209 (228).

kann mit den Fällen evidenter Menschenrechtsverletzungen gleichgesetzt werden.⁹⁴ Dies kann auch nicht durch eine Bezugnahme auf die Absicht oder Willkür des „Verletzenden“ ausgeschlossen werden⁹⁵, da es um eine objektive Bestimmung von Würdeverletzungen geht und es gerade auf den Willen oder die Absichten des Handelnden nicht ankommt.⁹⁶ Zudem besteht auch hier die Gefahr, dass die scheinbar weltanschaulich neutrale Objekt-Formel von den verschiedenen und gegensätzlichen Perspektiven und Positionen der beteiligten Akteure, insbesondere bei bioethischen Debatten, herangezogen werden kann.⁹⁷

Für eine positive Bestimmung im Sinne der Wert- oder Mitgifttheorien spricht der Umstand, dass die Anknüpfung an die Geschöpflichkeit des Menschen und seine Subjektivität maßgeblich war für die Mehrheit der Mitglieder des Parlamentarischen Rates⁹⁸ und gerade in problematischen Grenzfällen im Sinne der Menschenwürde argumentiert werden kann. Allerdings ist damit auch eine „biologisch-kurzschlüssige Gleichsetzung von Würde und Leben“⁹⁹ verbunden. Diese Theorien müssen notwendigerweise an ein bestimmtes religiöses beziehungsweise philosophisches Vorverständnis anknüpfen und können eine religiöse oder idealistische „Verherrlichung“ des Menschen als Geschöpf oder Vernunftwesen nach sich ziehen.¹⁰⁰

Demgegenüber lassen die Leistungstheorien religiöse und weltanschauliche Prämissen außen vor. Zudem nehmen sie die für die Identitätsbildung wichtigen Grundrechte und Staatszielbestimmungen, wie Rechts- und Sozialstaat, mit in den Blick. Gegen entsprechende Ansätze ist aber einzuwenden, dass Menschen, die aufgrund geistiger oder körperlicher Eigenschaften nicht in der Lage sind, sich als Individuum zu entwickeln und darzustellen, nicht als Träger von Würde angesehen werden, was angesichts des universalistischen Prinzips der Menschenwürde und vor dem Hinter-

⁹⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat dies selbst im sog. Abhör-Urteil eingeräumt, vgl. BVerfGE 30, 1 (25 f.) Dort heißt es: „Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß.“

⁹⁵ In BVerfGE 30, 1 (26) versucht das Bundesverfassungsgericht, die Unbestimmtheit der Objekt-Formel durch die Frage nach der willkürlichen Missachtung der Subjektqualität des Menschen durch den Handelnden zu umgehen.

⁹⁶ Vgl. nur Geddert-Steinacher, S. 46-51; Lorz, S. 281; Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (360); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 13.

⁹⁷ Vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 53.

⁹⁸ Vgl. JöR N. F. Band 1 (1951), S. 49-52; Stern Staatsrecht III/1, S. 21.

⁹⁹ Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (361).

¹⁰⁰ Vgl. Lerche, S. 88 (108); Vitzthum, JZ 1985, S. 201 (203); Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (361).

grund der Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 GG nicht mit dem dort enthaltenen Menschenwürdesatz vereinbar ist.¹⁰¹

Der Kommunikationsansatz hingegen kann mit der Betonung der doppelten Funktion der Menschenwürde den Schutzbereich des Grundrechts und zugleich den Schutz- und Achtungsauftrag klar beschreiben. Indem Würde die „gegenseitige Anerkennung des anderen in seiner Eigenart und individuellen Besonderheit mit allem, was er als Teil des Ganzen einbringt“, definiert, ist eine verallgemeinerbare und über den Einzelfall hinausgehende Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs im weltanschaulich-neutralen Staat möglich.¹⁰² Zugleich ist die Formel aber so offen, dass auch spezifische religiöse oder weltanschauliche Deutungen möglich sind.¹⁰³ Insoweit kann der Menschenwürdesatz eine integrative Funktion erfüllen. Kritisch anzumerken ist aber, dass auch bei diesem Ansatz wohl eine Kommunikationsfähigkeit notwendig ist, die nicht in allen Stadien und Facetten menschlichen Lebens uneingeschränkt gegeben ist.

Keiner der dargestellten Ansätze kann somit voll überzeugend die Garantie der Menschenwürde bestimmen und im Einzelfall hinlängliche Rechtssicherheit bieten. Der folgenden Untersuchung soll deshalb nicht eine bestimmte Auffassung zugrunde gelegt werden. Vielmehr sollen bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der Widerspruchslösung die unterschiedlichen Ansätze nebeneinander und sich ergänzender Art und Weise Berücksichtigung finden.

IV. Pflicht zur Duldung einer postmortalen Organspende

Widerspricht jemand nicht zu Lebzeiten der postmortalen Organentnahme, muss nach der Widerspruchslösung nach Eintreten des Hirntodes eine Entnahme geduldet werden. Fraglich ist, ob diese Duldung auf einer Pflicht beruht. Eine solche verfassungsrechtlich, möglicherweise sogar aus Art. 1 Abs. 1 GG, ableitbare „Pflicht zur Duldung“ könnte eine Verletzung der Menschenwürde durch die postmortale Organ-

¹⁰¹ Siehe dazu Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (362); In diesem Sinne auch BVerfGE 87, 209 (228).

¹⁰² So Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 57.

¹⁰³ So hat *Klaus Koch* eine Deutung der Kommunikationstheorie unter Bezugnahme auf die Imago-Dei-Vorstellung vorgenommen, die in spezifisch christlicher Weise die Gottesebenbildlichkeit als ein würdebegründendes „Kommunikationsverhältnis“ ansieht. Vgl. Koch, Perspektiven, S. 48 (53 f.).

entnahme ausschließen, da dann schon gar nicht der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG betroffen wäre.¹⁰⁴

1. Begriffsbestimmung

Das Grundgesetz selbst verwendet den Begriff der Grund- oder Solidarpflicht nicht. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Grundpflicht lediglich erwähnt¹⁰⁵ oder angedeutet¹⁰⁶, ohne dass eine Begriffsklärung oder dogmatische Einordnung erfolgt.¹⁰⁷

In der verfassungsrechtlichen Literatur finden sich jedoch verschiedene, hier beispielhaft aufgeführte Ansätze zur Begriffsbestimmung der Grundpflichten.¹⁰⁸

Nach *Rolf Stober* sind sie „ausschließlich das Gegenstück zu den Grundrechten“.¹⁰⁹ Als „Schöpfung der deutschen Staatsrechtslehre“¹¹⁰ definiert *Albrecht Randelzhofer* Grundpflichten als „Pflichten, die dem Individuum durch das Grundgesetz auferlegt werden und die gegenüber der staatlichen Gemeinschaft zu erfüllen sind“.¹¹¹

Nach *Otto Luchterhandt* sind sie „Ausdruck für alle jene Verfassungsbestimmungen, die dem einzelnen bestimmte Verhaltensweisen verbindlich vorschreiben“, wobei er wie *Randelzhofer* die verfassungsrechtliche Verankerung und die Bestimmung des Individuums als Subjekt der Pflichten hervorhebt.¹¹² *Luchterhandt* verfeinert diese Begriffsbestimmung in materieller Hinsicht, indem er Grundpflichten als „solche Pflichten“ bezeichnet, „die entweder (sofern formell in der Verfassung verankert) einer Verfassungsänderung beziehungsweise gesetzlichen Aufhebung entzogen sind

¹⁰⁴ Nach *Weyma Lübke* ist es bereits ethisch bedenklich, überhaupt zu Organspenden aufzurufen.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 61, 358 (372).

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.); 47, 327 (369); 50, 290 (353); 65, 1 (44).

¹⁰⁷ Siehe dazu im Einzelnen Luchterhandt, S. 26-29.

¹⁰⁸ Zu Diskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre siehe Stern, Staatsrecht III/2, S. 992-995; Luchterhandt, S. 310-337.

¹⁰⁹ Stober, Grundpflichten, S. 12.

¹¹⁰ Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 18. In die Staatswissenschaft hat *Hermann Schulze* den Begriff eingeführt. Siehe dazu Stern, Staatsrecht III/2, S. 990 f., Luchterhandt, S. 49 Anm. 222. Auf erste Erwähnungen des Begriffs 1769 im „Lehrbuch der praktischen Philosophie“ des Göttinger Philosophen *Johann Georg Heinrich Feder* weist Hofmann, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (59) hin. Als Rechtsbegriff ist die Grundpflicht beziehungsweise Grundpflichtigkeit erstmals für 1809 (§ 710 Badisches Landrecht) nachgewiesen, vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, Art. „Grundpflicht, Grundpflichtigkeit“, in: Deutsches Rechtswörterbuch online, <http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/> (17.03.2011) nachgewiesen. Zur Unterscheidung und Verhältnisbestimmung von moralisch-sittlichen und rechtlichen Pflichten vgl. Stern, Staatsrecht III/2, S. 985-990; Isensee, DÖV 1982, S. 609 (615-618); Badura, DVBl. 1982, S. 861 (863) und in Bezug zu den Grundpflichten Stern, Staatsrecht III/2, S. 997.

¹¹¹ Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 18.

¹¹² Luchterhandt, S. 49 f.

oder, auch unabhängig davon, herausragende Bedeutung für das Gemeinwesen besitzen und die insbesondere aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit, Unentgeltlichkeit, Schwere, Dauer und der Wahrscheinlichkeit ihrer Aktualisierung Freiheit und Eigentum des einzelnen regelmäßig in hohem Grade belasten“.¹¹³

Hasso Hofmann ordnet diese Pflichten als „Bürgerpflichten in dem klassischen [...] Sinn der Teilhabe am *status civilis*“ zu. Er bezeichnet sie als „Pflichten eines jeden Menschen“, zugleich als „Menschenpflichten“.¹¹⁴ Den Aspekt der Gemeinwohlbezogenheit hebt *Volkmar Götz* hervor, indem er Grundpflichten als „verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl“ definiert, deren Funktion die „verfassungsverbindlich gemachte Aktivierung und Mobilisierung der den Grundrechtsinhabern zustehenden Freiheiten und Vermögenspotentiale für die Zwecke des Gemeinwohls“ ist.¹¹⁵

Konsentiertere Begriffsmerkmale sind demnach die verfassungsrechtliche Verankerung, die Bestimmung des Individuums als Verpflichteter und die Verpflichtung gegenüber dem Staat. Besitzen die Grundpflichten auch eine auf den Mitmenschen bezogene Dimension,¹¹⁶ so können sie auch als *Solidarpflichten*¹¹⁷ bezeichnet werden.

2. Grund- und Solidarpflichten im Grundgesetz

Das Grundgesetz verwendet den Begriff der Grund- oder Solidarpflicht im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung¹¹⁸ nicht explizit. In unserer Verfassung sind jedoch ausdrücklich¹¹⁹ oder konkludent¹²⁰ zu entnehmende Pflichten enthalten.

¹¹³ Ebd., S. 587.

¹¹⁴ Hofmann, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (75).

¹¹⁵ Götz, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (12).

¹¹⁶ Vgl. Häberle, in: Rechtstheorie 11 (1980), S. 389 (413), der den „Solidaritäts- und Pflichtgedanken“ hervorhebt; Stober, NVwZ 1982, S. 473 (478); Luchterhandt, S. 445-452. Weitere Nachweise auch bei Stern, Staatsrecht III/2, S. 999 Anm. 89.

¹¹⁷ So etwa Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1289).

¹¹⁸ Siehe dazu Art. 109 ff. WRV und die einführende Kommentierung von Anschütz, Verfassung des Deutschen Reiches, S. 505-520 sowie die Darstellung bei Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 5-7; Luchterhandt, S. 284-337; Stern, Staatsrecht III/2, S. 992-995, 1011-1013; Badura, DVBl. 1982, S. 861 (864-867); Isensee, DÖV 1982, S. 609 (610 f.); Hofmann, in: HdbdStR, Rn. 15 f.; ders., in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (65-67); Götz, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (9-11).

¹¹⁹ Dazu gehören Art. 6 Abs. 2 Satz 1, 12 Abs. 2, 12a, 14 Abs. 2, 26 und 33 Abs. 4 GG. Vgl. dazu Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 30-35 mit weiteren Nachweisen.

¹²⁰ Dies sind etwa die Pflicht zum Gesetzesgehorsam, die Friedenspflicht und die Steuerpflicht. Vgl. Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 36-39.

a) Begründungsansätze

Einigkeit besteht in der Literatur hinsichtlich der auf einer langen verfassungsgeschichtlichen Tradition¹²¹ beruhenden verfassungsrechtlichen Verankerung der Grund- und Solidarpflichten. Auf welches konkrete Verfassungsprinzip oder Grundrecht sie gestützt werden können, ist dennoch nicht abschließend geklärt.

(1) Herleitung aus der Staatlichkeit des Verfassungsstaates

Christoph Gusy verweist auf die staatliche Herrschaft als Grundlage und Legitimation zur Begründung von Pflichten, denen sich der Unterworfene ohne Sanktion nicht entziehen kann. „Wer herrscht, kann Pflichten anderer ohne deren Zustimmung begründen.“¹²² In ähnlicher Weise stellt auch *Stober* fest, „daß es jedem Staat kraft seiner Souveränität freisteht, Grundpflichten zu setzen“. „Legitimationsschranken“ können sich nach ihm lediglich aus „innerstaatlichem Verfassungsrecht, insbesondere aus der konkreten Staatsform ergeben“¹²³ und damit ein Regulativ zur staatlichen Herrschaft geben. Unter Berufung auf *Richard Thoma* verweist *Josef Isensee* auf die Gehorsamspflicht gegenüber den staatlichen Gesetzen „als selbstverständliche Bedingung der rechtsstaatlichen Demokratie“.¹²⁴

(2) Herleitung aus der Sozialität des Einzelnen

Ein weiterer Ansatz geht von der Prämisse aus, dass dem Individuum als Teil der menschlichen Gemeinschaft bestimmte Grundpflichten auferlegt sind. So stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass „das Menschenbild des Grundgesetzes [...] nicht das eines isolierten souveränen Individuums [ist]; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden“.¹²⁵ Ausgehend vom Sozi-

¹²¹ Dazu Luchterhandt, S. 64-283; Hofmann, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (58-65); Klein, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 (153-155, 158); Isensee, DÖV 1982, S. 609 (609 f.); Badura, DVBl. 1982, S. 861 (861-864); besonders zu den (vorkonstitutionellen) Landesverfassungen nach dem 2. Weltkrieg Stern, Staatsrecht III/2, S. 1013-1017; Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 8-12; Luchterhandt, S. 365-394; verfassungsrechtsvergleichend Stober, NVwZ 1982, S. 473 (473).

¹²² Gusy, JZ 1982, S. 657 (657 f., 662 f.).

¹²³ Stober, NVwZ 1982, S. 473 (474).

¹²⁴ Isensee, DÖV 1982, S. 609 (612). Ob *Josef Isensee* tatsächlich diesem Ansatz zugeordnet werden kann, zieht Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 23 in Zweifel.

¹²⁵ BVerfGE 4, 7 (15 f.); siehe auch 12, 45 (51). Auch *Stober* stellt auf das Grundgesetz als „wertgebundene Ordnung“ und „sein Menschenbild“ ab. Vgl. Stober, Grundpflichten, S. 21.

alstaatsprinzip¹²⁶ formuliert *Otto Bachof* eine „Grundpflicht zu einem Mindestmaß an Solidarität“ beziehungsweise eine „Solidaritätspflicht“, die allen Grundpflichten zugrunde liegt.¹²⁷

(3) Herleitung aus dem Gegenseitigkeitsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz

Demgegenüber bilden für *Hofmann* das „Gegenseitigkeitsprinzip“¹²⁸ des Art. 2 Abs. 1 GG und der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 GG die Grundlage von „Unterlassungs-, Duldungs- und Leistungspflichten“. Sie dienen seiner Ansicht nach „der Aufgabe, die gleichen Freiheitsansprüche aller miteinander verträglich zu machen und gegeneinander zu sichern, sowie die Erfüllung aller anderen Gemeinschaftsaufgaben zu organisieren“.¹²⁹ Auch *Peter Badura* setzt die Grundpflichten in Bezug zu den Freiheitsrechten, wenn nach seiner Auffassung „die Grundpflichten als eine Dimension der Grundrechte behandelt werden“.¹³⁰ Ähnlich heißt es bei *Götz*, dass „das Verhältnis von Rechten und Pflichten [...] von den Rechten des einzelnen her bestimmt“ wird und „die Pflichten [...] den Rechten nach[folgen]“.¹³¹

(4) Herleitung aus der Menschenwürde

Nach *Wilhelm Wertenbruch* steckt in Art. 1 Abs. 1 GG ein „gemeinschaftsbildender Faktor“, der die „Pflichtigkeit jedes einzelnen Gliedes der staatlichen Gemeinschaft [...] voraussetzt“.¹³² Auch nach *Häberle* folgen aus dem „der Menschenwürde und Freiheit inhärenten Solidaritäts- und Pflichtgedanken“ Pflichten sowohl im Verhältnis zum Mitmenschen als auch zum Staat. Insbesondere ist „die Achtung des einen Mit-

¹²⁶ Siehe dazu schon *Bachof*, in: VVDStRL 12 (1954), S. 37 (46 f., 81 [These 7]). Obwohl in ähnlicher Weise auch *Konrad Hesse* zu dem Ergebnis kommt, dass aus dem Sozialstaatsprinzip Pflichten des Einzelnen gegenüber dem Staat folgen, erwähnt er den Begriff der Grundpflichten nicht. Vgl. *Hesse*, Rn. 213. *Albert Bleckmann* sieht im Sozialstaatsprinzip den Grund dafür, „daß das Individuum seinen Pflichten gegenüber Staat und Gesellschaft nachkommt“. Eine „planende Tätigkeit des Staates“ verlange, dass „das Individuum [] immer auch als Mittel zur Erreichung der Staatsziele eingeplant“ werde. Vgl. *Bleckmann*, § 21 Rn. 19 f.

¹²⁷ Beide Zitate stammen aus *Otto Bachofs* Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1982. Sie sind in VVDStRL 41 (1983), S. 98-100 abgedruckt.

¹²⁸ An dieser Stelle sei auf den von *Görg. Haverkate* in seiner Verfassungslehre entwickelten Ansatz der Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung verwiesen.

¹²⁹ Alle Zitate bei *Hofmann*, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (74 f.).

¹³⁰ *Badura*, DVBl. 1982, S. 861 (869 f.). In nicht ganz eindeutig von der vorhergehend dargestellten Ansicht abgrenzbar sieht er im Sozialstaatsprinzip „eine Generalklausel über die Grundpflichten“ „als regulativer Hinweis auf die Sozialgebundenheit grundrechtlicher Freiheit“.

¹³¹ *Götz*, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (13 f.).

¹³² *Wertenbruch*, S. 65.

menschen eine 'Grundpflicht', die der Staat [...] von den anderen Menschen verlangen kann".¹³³ *Luchterhandt*, der die Menschenwürde als „Wurzel der Grundpflichten“ definiert, unterscheidet zwischen mitmenschenbezogenen Grundpflichten aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und den aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ableitbaren staatsbezogenen Grundpflichten.¹³⁴

b) Kriterien zur Bestimmung von Grundpflichten

Aus der Analyse der anerkannten Grund- und Solidarpflichten hat *Luchterhandt* objektive und subjektive Kriterien entwickelt.¹³⁵

Objektive Merkmale sind danach die Unverzichtbarkeit und erhöhte Bedeutung der Grundpflicht für das Gemeinwesen, die Nennung im Verfassungstext und die damit verbundene verfassungsrechtliche Normativität sowie die traditionelle Einordnung als Grundpflicht.

Subjektive Merkmale, die den Belastungsgrad für den Einzelnen charakterisieren, sind die Höchstpersönlichkeit und Unentgeltlichkeit der Pflichterfüllung sowie die Schwere, Dauer und Wahrscheinlichkeit der Belastung.

3. Begründbarkeit einer Spendepflicht

Mithilfe dieser Kriterien soll im Folgenden geprüft werden, ob die Widerspruchslösung eine Grund- bzw. Solidarpflicht zur Duldung der postmortalen Organspende ausgestaltet.

a) Anwendung der objektiven Kriterien

(1) Unverzichtbarkeit und besondere Bedeutung für das Gemeinwesen

Nach *Luchterhandt* ist die Unverzichtbarkeit und besondere Bedeutung für das Gemeinwesen gegeben, wenn die Pflichten „für den verfassungsmäßigen Bestand des Gemeinwesens schlechterdings unverzichtbar, unentbehrlich sind“ und eine besondere Nähe zu öffentlichen Angelegenheiten und der Funktionsfähigkeit des Gemein-

¹³³ Häberle, in: *Rechtstheorie* 11 (1980), S. 389 (412-414).

¹³⁴ *Luchterhandt*, S. 444-462. Er verweist dabei auch auf ähnliche Ansätze bei Dürig und Hofmann, vgl. ebd., S. 444 mit Angabe der entsprechenden Literaturnachweise. Kritisch zur Begründbarkeit staatsbezogener Pflichten u. a. *Stober*, *Grundpflichten*, S. 27.

¹³⁵ Vgl. vertiefend *Luchterhandt*, S. 579-588.

wesens haben.¹³⁶ Die Förderung und Organisation des Gesundheitswesens gehört zu den grundlegenden sozialstaatlichen Aufgaben des Staates. Der Staat hat eine Schutzpflicht gegenüber dem Leben und der Gesundheit der Patienten auf der Warteliste. Allerdings lässt sich nach einhelliger Ansicht daraus weder ein Leistungsanspruch auf ausreichende Zurverfügungstellung von Organen ableiten,¹³⁷ noch ist die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens abhängig von der Zahl der zur Verfügung stehenden Organe. Auch kann die Spende nicht als eine schlechthin unentbehrliche Pflicht bezeichnet werden. Es ist denkbar, die Spendebereitschaft auf anderem Wege zu erhöhen, sodass in ausreichendem Maße Spenderorgane zur Verfügung stehen. Dabei ist etwa zu denken an vermehrte Werbekampagnen, bessere Koordination und Organisation in den Krankenhäusern und die – überfällige – Einrichtung der nach Landesrecht zuständigen Stellen zur Aufklärung der Bevölkerung nach § 2 Abs. 1 TPG.¹³⁸ Darüber hinaus ist selbst bei Unterstellung einer Leistungspflicht des Staates gegenüber den potentiellen Empfängern aber fraglich, ob die Bürger zu dieser nur bedingt dem Staat zugeordneten Aufgabe in so engem Bezug stehen, dass sie – vielleicht auch gegen ihren Willen – dazu herangezogen werden könnten.¹³⁹

(2) Nennung im Verfassungstext als Indiz verfassungsrechtlicher Normativität

Die formelle Erwähnung im Verfassungstext erlaubt nach *Luchterhandt* einen Rückschluss auf die materielle Bedeutung und Verbindlichkeit der Pflicht.¹⁴⁰ Eine Pflicht zur Organspende ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich genannt. Es ist jedoch zu prüfen, ob anhand der oben dargestellten Begründungsansätze zumindest eine verfassungsrechtliche Herleitung der Pflicht möglich ist.

¹³⁶ Ebd., S. 580.

¹³⁷ Vgl. Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1289); siehe auch Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 208, 211 Zur Frage der „Verpflichtung“ des Staates zur Errichtung von Grundpflichten Stober, NVwZ 1982, S. 473 (475). Siehe aber Seewald, VerwArch 88 (1997), S. 199 (228), nach dem die Widerspruchslösung „der staatlichen Schutzpflicht zugunsten von Leben und Gesundheit in bedarfsgerechter Weise gerecht wird“. Zu diesem Kriterium kritisch Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (136 f.); Forkel, JZ 1974, 593 (597, 599).

¹³⁸ Vgl. Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 2 Rn. 2-24; Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, § 2 Rn. 1-5; Kühn, MedR 1998, S. 455 (459); Maurer, DÖV 1980, S. 7 (11 f.) sowie allgemein Deutsch / Spickhoff, Rn. 893-898.

¹³⁹ Dies ist schon für die als Grundpflichten anerkannte Wehr- und Steuerpflicht nicht unumstritten. Vgl. dazu Luchterhandt, S. 459-462; Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 48; Merten, BayVBl. 1978, S. 554 (555). Siehe auch BVerfGE 12, 45 (50 f.); 48, 127 (161); dazu u. a. Badura, DVBl. 1982, S. 861 (870); Isensee, DÖV 1982, S. 609 (617); Götz, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (23-26, 33-35).

¹⁴⁰ Vgl. Luchterhandt, S. 580 f.

Folgt man der Ansicht, dass der Staat kraft seiner Souveränität Pflichten begründen kann, wäre es möglich, eine Pflicht zur Duldung der Organentnahme durch ein vom Gesetzgeber erlassenes Transplantationsgesetz zu formulieren. Die Vertreter dieses Ansatzes weisen jedoch teilweise selbst auf Grenzen der Herrschaftsbefugnisse hin, die sich aus der Verfassung beziehungsweise der Staatsform ergeben können. Mit dem Grundgesetz wurde ein liberales, der Freiheit des Einzelnen verpflichtetes Staats- und Gesellschaftssystem errichtet. Auch wenn deshalb nicht alle Pflichten der Bürger von vornherein ausgeschlossen sind, ergibt sich doch schon aus dem freiheitlichen Charakter der Verfassungen, dass die Inpflichtnahme nur begrenzt möglich sein kann.¹⁴¹ Allein aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Grundgesetzes konkrete Pflichten formulieren kann, führt nicht dazu, dass bereits mit Einräumung dieser Möglichkeit eine konkrete Pflicht mit Verfassungsrang besteht.

Auf den ersten Blick scheint auch eine „Solidaritätspflicht“ des gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums im Sinne des Menschenbildes des Grundgesetzes unter Einbeziehung sozialstaatlicher Aspekte ein geeigneter Legitimationsgrund zu sein. Die Mangelsituation im Transplantationsbereich und ihre Folgen könnte grundsätzlich eine Solidarpflicht begründen.¹⁴² Allerdings ist daraus wohl nur ein moralisch-sittlicher Appell, nicht jedoch eine rechtliche Verpflichtung abzuleiten.¹⁴³ Neben den Argumenten, die gegen ein bestimmtes Menschenbild der Verfassung sprechen¹⁴⁴, ist zu berücksichtigen, dass das Sozialstaatsprinzip in erster Linie den Staat verpflichtet. So muss der Bürger zwar sozialversicherungs- und steuerrechtlich relevante Daten den zuständigen Stellen zur Verfügung stellen. Die Aufopferung höchstpersönlicher Güter wie der körperlichen Unversehrtheit durch Zulassung einer Organentnahme kann aber nicht verlangt werden.

In Betracht kommt aber eine Verankerung im Gegenseitigkeitsprinzip des Art. 2 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Dafür

¹⁴¹ Vgl. Isensee, DÖV 1982, S. 609 (612); Merten, BayVBl. 1978, S. 554 (557); Klein, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 (157 f., 159, 166); Luchterhandt, S. 571; Bethge, NJW 1982, S. 2145 (2145); Stern, Staatsrecht III/2, S. 1034; Hofmann, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (57 f., 69, 74); Götz, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (13 f.).

¹⁴² Vgl. Kühn, MedR 1998, S. 455 (460); Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1291).

¹⁴³ Vgl. ausdrücklich für die Organspende Deutsch / Spickhoff, Rn. 905; siehe auch Badura, DVBl. 1982, S. 861 (871); Isensee, DÖV 1982, S. 609 (615-618); Klein, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 (158 f.); Stern, Staatsrecht III/2, S. 1034; Götz, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8 (37).

¹⁴⁴ Vgl. Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 168 f. mit weiteren Nachweisen.

spricht, dass die Situation, auf ein lebenswichtiges Organ angewiesen zu sein, jeden treffen kann. Dass jeder auch potentieller Empfänger sein könnte, legt die Verpflichtung nahe, dass jedermann auch potentieller Spender sein muss. Allerdings geht dieser Lösungsvorschlag von der Freiheit des Einzelnen aus, sodass die Pflichten vor allem einen Unterlassungscharakter haben.¹⁴⁵ Daraus lassen sich kaum Duldungs- oder Handlungspflichten, wie sie die Widerspruchslösung mit sich bringen würde, begründen.

Eine Spendepflicht könnte über die mitmenschenbezogenen Pflichten des Menschenwürdesatzes aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet werden. Die Einordnung als staatsbezogene Pflicht ist, wie bereits dargestellt, wohl nicht möglich.¹⁴⁶ Die Befürworter mitmenschenbezogener Pflichten gehen davon aus, dass die staatliche Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gerade zeigt, dass die Menschenwürde antastbar ist. Das für den Staat folgende Schutz- und Achtungsgebot zieht zum umfassenden Schutz der Menschenwürde auch Pflichten der Mitmenschen zur gegenseitigen Achtung der Würde nach sich. Dazu gehört nicht nur die Pflicht zur Unterlassung verletzender Handlungen, sondern darüber hinaus gehend auch Duldungs- und Handlungspflichten.¹⁴⁷ Der potentielle Organspender würde seine mitmenschenbezogenen Pflichten verletzen, wenn er die Würde des Organempfängers verletzen würde. Legt man die oben dargestellte Objektformel zugrunde, wäre dies dann der Fall, wenn der Empfänger zum bloßen Objekt gemacht und in seiner Subjekthaftigkeit völlig herabgewürdigt würde. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass ein Patient auf der Warteliste zum bloßen Objekt der Medizin oder gemacht wird.

¹⁴⁵ Luchterhandt, S. 440 f.; Klein, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 (166); siehe auch Hofmann, in: HdbdStR, Rn. 38 f.; Hofmann, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43 (54-58).

¹⁴⁶ Lediglich nicht von vornherein ausgeschlossen mag eine solche Pflicht nur in dem äußerst konstruierten Fall sein, dass jemand, der keinen Widerspruch zu Lebzeiten erklärt hat, als einziger Spender in Frage kommt und vorher etwa durch einen (zumindest mit Eventualvorsatz herbeigeführten) Unfall einen anderen so verletzt hat, dass dieser auf ein Organ, und zwar gerade das des Anderen, angewiesen ist. Hier hat der Staat die (postmortale) Würde des hirntoten Unfallverursachers und die des Opfers sowie die staatliche Schutzpflicht gegenüber dessen Leben und körperlichen Unversehrtheit zu wahren. Da die Situation durch den Unfallverursacher herbeigeführt wurde, kommt dessen erhöhte Inpflichtnahme in Betracht. Allerdings müsste dazu die nicht unumstrittene Konstellation der Würdekollision begründet und eine Lösung bezüglich der Frage der Unantastbarkeit und Unabwägbarkeit der Menschenwürde gefunden werden. Abgesehen davon wären diese Grundsätze nicht auf den „Normalfall“ anwendbar, sodass sie zur Herleitung einer allgemein zu rechtfertigenden Organspendepflicht nicht geeignet sind. Siehe zum Problem der Würdekollision Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 34 f.; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 133 f.

¹⁴⁷ So Luchterhandt, S. 445 f., 452 f.; siehe auch Häberle, in: Rechtstheorie 11 (1980), S. 389 (412 f.). Kritisch zur Ableitung von Pflichten aus der Menschenwürde Stern, Staatsrecht, III/2, S. 1000.

Wertenbruch hebt die „Pflicht des einzelnen [...], das Leben eines anderen Menschen zu achten“, besonders hervor.¹⁴⁸ Nach *Luchterhandt* wird die sittliche Pflicht, den Mitmenschen zu helfen, zu einer Rechtspflicht. Allerdings setzt auch er dem Grenzen, indem er diese Pflicht auf den beschränkt, „der dem Hilflosen situativ am nächsten steht, [der] zur Hilfeleistung befähigt ist und sie auch in zumutbarer Weise erfüllen kann“.¹⁴⁹ Regelmäßig besteht aufgrund der Anonymität der postmortalen Organspende kein besonderes Näheverhältnis zwischen dem potentiellen Organspender und dem Patienten auf der Warteliste. Die mitmenschenbezogenen Pflichten sind zudem wechselseitig. Der potentielle Empfänger hätte nach dieser Ansicht auch die Pflicht, die Würde des potentiellen Spenders, der etwa aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen eine postmortale Organentnahme ablehnt, zu achten. Dies spricht gerade gegen die Annahme einer Pflicht im Einzelfall und würde zu einer Prüfung der Gründe für einen (unterbliebenen) Widerspruch führen, was aber nach der Widerspruchslösung nicht vorgesehen ist.

Zudem ist die Umdeutung einer rein sittlichen in eine unmittelbar verbindliche Rechtspflicht wegen der weitreichenden Folgen für die potentiellen Organspender nur schwer begründbar. Außerdem wird dadurch wie auch bei der Bezugnahme auf das Menschenbild des Grundgesetzes eine bestimmte Deutung der Menschenwürde und der sich daraus ergebenden ethischen Verpflichtungen vorgenommen. Schon die im Unterschied zur postmortalen Organentnahme vergleichsweise „harmlose“ Frage der Zulässigkeit von medizinisch indizierten Bluttransfusionen zeigt, wie unterschiedlich die ethischen/religiösen Auffassungen in der Bevölkerung sind. Dem Wesen eines weltanschaulich-neutralen, liberalen und pluralistischen Staates würde es widersprechen, auf dieser unsicheren Grundlage rechtliche Pflichten begründen zu wollen.

Es ist somit festzuhalten, dass keiner der Begründungsversuche die Ableitung einer Pflicht zur Organspende aus dem Grundgesetz erlaubt. Damit ist bereits nach objektiven Maßstäben eine Organspendepflicht zu verneinen.

b) Anwendung der subjektiven Kriterien

Weiterhin ist zu untersuchen, ob auch die subjektiven Kriterien gegen eine solche Pflicht sprechen.

¹⁴⁸ *Wertenbruch*, S. 144.

¹⁴⁹ *Luchterhandt*, S. 453.

(1) Höchstpersönlichkeit der Pflichterfüllung

Würde man eine Pflicht zur Organspende unterstellen, wäre ihre Höchstpersönlichkeit aufgrund der herausragenden Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter für den Einzelnen immer gegeben, namentlich Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.¹⁵⁰ Die Möglichkeit, einen Widerspruch zu erklären und damit der Organentnahme zu entgehen, hat mir der Höchstpersönlichkeit der Pflichterfüllung selbst nichts zu tun.

Zu Recht machen zudem unter anderem *Winfried Kluth* und *Birgit Sander*¹⁵¹ darauf aufmerksam, dass außer im Falle der – zudem zum 01.07.2011 ausgesetzten – Wehrpflicht auch bei den anerkannten Grund- und Solidarpflichten diese Aufopferung höchstpersönlicher Güter nicht verlangt wird, sodass dieses Kriterium wohl nur bedingt als Indiz für eine Grundpflicht herangezogen werden kann.

(2) Unentgeltlichkeit

Das Kriterium der Unentgeltlichkeit wäre auch bei der Widerspruchslösung gegeben, wenn die Regelungen der §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 17 und 18 TPG nicht geändert werden. Nach *Luchterhandt* stehen denkbare an den potentiellen Spender zu zahlende Aufwandsentschädigungen¹⁵² der Unentgeltlichkeit nicht entgegen.

(3) Schwere der Belastung

Die Schwere der Belastung richtet sich danach, „wie tief und fühlbar sie in einen persönlichen Lebensbereich eingreift“.¹⁵³ Bei einer Pflicht zur Duldung einer postmortalen Organentnahme sind schon zu Lebzeiten des „Verpflichteten“ seine höchstpersönlichen Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 (und gegebenenfalls auch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) in besonderer Weise betroffen; im Zeitpunkt der Entnahme zudem die postmortale Dimension der Menschenwürde. Da es sich dabei um höchstpersönliche Güter handelt, ist eine erhöhte Schwere der Belastung zu bejahen.

¹⁵⁰ Vgl. Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1291).

¹⁵¹ Ebd. So auch Stober, NVwZ 1982, S. 473 (477 f.).

¹⁵² Vgl. Luchterhandt, S. 583.

¹⁵³ Ebd., S. 584.

(4) Dauer der Belastung und Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Inpflichtnahme

Auch wenn die tatsächliche Organentnahme und damit der Eingriff in die postmortal wirkenden Achtungsansprüche aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nur wenige Stunden dauert, wird der Verpflichtete bis zur Erklärung des Widerspruchs beziehungsweise bis zum Eintritt des Hirntodes grundsätzlich lebenslang in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG belastet. Die Dauer der Belastung und die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Inpflichtnahme hängen deshalb davon ab, ob und wann ein Widerspruch erklärt wird.

c) Zwischenergebnis

Die Anwendung der Kriterien auf die Widerspruchslösung führt im Ergebnis dazu, dass eine verfassungsrechtlich begründete Spendepflicht wohl eher abzulehnen ist. Zwar ergeben gerade die subjektiven Indizien einen hohen Belastungsgrad, allerdings lässt sich unter objektiven Gesichtspunkten nicht erkennen, dass im Grundgesetz eine so weitreichende Solidarpflicht enthalten ist.

4. Resultat

Die Untersuchung hat gezeigt, dass keine Pflicht zur postmortalen Organspende besteht. Weitere, sich an die Begründung einer Grund- oder Solidarpflicht anschließende Fragen müssen deshalb an dieser Stelle nicht geklärt werden.

So kann offen bleiben, wie im Einzelnen das Verhältnis von Grundrechten und Grundpflichten zu bestimmen ist. In der Literatur finden sich Beschreibungen dieses Verhältnisses, die von einer Deutung der Grundpflichten als Schranken der Grundrechte¹⁵⁴ über eine Bestimmung als „Antipoden“¹⁵⁵ bis dahin reicht, dass sie „im Sinne eines sich gegenseitigen Bedingens“ in einer „auf Freiheit *und* Gemeinschaft angelegten Verfassung“¹⁵⁶ verankert sind. Erst bei Bejahung einer Pflicht würde eine genaue Verhältnisbestimmung notwendig, die freilich die herausgehobene Bedeutung der Menschenwürde besonders berücksichtigen müsste. Aufgrund ihrer Unantastbarkeit könnte die im Ergebnis wohl falsche Ansicht, die Grundpflichten als

¹⁵⁴ Nachweise der verschiedenen Ansichten bei ebd., S. 463-542.

¹⁵⁵ Merten, BayVBl. 1978, S. 554 (554).

¹⁵⁶ Randelzhofer, in: HdbdGR, Rn. 53.

Schranken der Grundrechte ansieht, schon gar keine Anwendung – zumindest in Bezug auf die Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG – finden.

Auch die Frage, ob über die verfassungsrechtliche Verankerung hinaus eine einfachgesetzliche Ausformung der Pflichtenstellung notwendig ist, muss nicht beantwortet werden, weil durch eine entsprechende gesetzliche Regelung der Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz eine solche Konkretisierung in jedem Fall vorliegen würde.

V. Die Widerspruchslösung als Verletzung der Menschenwürde

Nach der Feststellung, dass keine Grundpflicht zur Organspende besteht, muss geprüft werden, ob durch die Widerspruchslösung der Menschenwürdeschutz des Grundgesetzes verletzt wird. Dazu sollen zunächst möglicherweise betroffene „speziellere“ Grundrechte und anschließend Art. 1 Abs. 1 GG selbst in den Blick genommen werden.

1. Der Menschenwürdekern in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

a) Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit jeder lebenden natürlichen Person. Leben ist „das körperliche Dasein des Menschen i. S. einer lebenden biologisch-physischen Existenz“.¹⁵⁷ Nach dem Bundesverfassungsgericht ist es „die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“,¹⁵⁸ denn überall da, „wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“.¹⁵⁹ Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt vor Einwirkungen auf die körperliche Gesundheit in „biologisch-physiologischer Hinsicht“¹⁶⁰ und auf das psychische Wohlbefinden, soweit die Beeinträchtigung zu körperlichen Schmerzen mit vergleichbaren Folgen führt. Zudem wird die körperliche Integrität als solche geschützt.¹⁶¹

¹⁵⁷ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 25. Vgl. auch BVerfGE 115, 118 (139); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 192.

¹⁵⁸ BVerfGE 39, 1 (42).

¹⁵⁹ Ebd., 41.

¹⁶⁰ BVerfGE 56, 54 (73).

¹⁶¹ Vgl. Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 2 Rn. 83; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 33-38.

b) Verletzung des Menschenwürdekerns

Fraglich ist, ob die Widerspruchslösung in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingreift und dessen Menschenwürdekern berührt. Als Beeinträchtigung kommt einerseits die Definition des Hirntods als Todeskriterium und Voraussetzung der Organentnahme und die daran geknüpfte Folge der beendeten Grundrechtsträgerschaft in Betracht. Hat der Verstorbene zu Lebzeiten keinen Widerspruch erklärt, könnte andererseits die postmortale Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen zum Zwecke der Organentnahme ebenso einen Eingriff darstellen.

Ein Eingriff setzt voraus, dass der Hirntote noch dem Schutzbereich des Grundrechts unterfällt. Die Grundrechtsträgerschaft endet nach allgemeiner Auffassung mit dem Tod des Menschen.¹⁶² Aufgrund der medizinischen und technischen Fortschritte wird nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft nicht mehr der Stillstand von Herz und Kreislauf, sondern der Ganzhirntod mit irreversiblen Ausfall der Hirnströme und unumkehrbarem Verlust der Fähigkeit zum Fühlen, Denken und Entscheiden als Kriterium für den eingetretenen Tod des Menschen angesehen.¹⁶³

In der verfassungsrechtlichen Diskussion werden gegen diesen – nach Ansicht *Dietrich Murswicks* durch das Hirntodkriterium vorverlagerten¹⁶⁴ – Todeszeitpunkt verschiedene Argumente vorgebracht.¹⁶⁵ So hebt unter anderem *Wolfram Höfling* hervor, dass Hirntote „sterbende Menschen, nicht aber Leichname“ seien und „prinzipielles Nichtwissen“¹⁶⁶ über das Ende des Sterbeprozesses bestehe. *Stephan Rixen* weist auf fortbestehende Körperfunktionen bei Hirntoten hin.¹⁶⁷ Aufgrund der besonderen Bedeutung des Lebensrechts für die Ausübung aller anderen Grundrechte befürwortet *Murswiek* deshalb eine „das Schutzgut effektiver schützende Auslegungs-

¹⁶² Vgl. Kunig, in: v. Münch / Kunig, Art. 2 Rn. 61; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 30, 39; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 2 Rn. 81. Vgl. auch BVerfGE 115, 118 (139). Anders Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (133 f.), die nicht von vornherein ausschließen, dass auch Hirntote Inhaber des Rechts auf Leben sind. Ähnlich auch Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 63 mit weiteren Nachweisen, der Hirntote als „sterbende Menschen, nicht aber Leichname“ ansieht.

¹⁶³ Zur Feststellung des Hirntods vgl. Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Richtlinien zur Feststellung des Hirntods, zuletzt in: DÄBl. 1998, A-1861-1868.

¹⁶⁴ Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 207 Anm. 393.

¹⁶⁵ Vgl. die Nachweise im Einzelnen bei Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 31; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 142.

¹⁶⁶ Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 63; ders., MedR 1996, S. 6 (7 f.); ders., JZ 1995, S. 26 (31-33); Vgl. auch Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (134).

¹⁶⁷ Rixen, Lebensschutz, S. 277 f.

möglichkeit“, die „den Tod erst bei völligem Zusammenbruch des gesamten Organismus“ annimmt.¹⁶⁸ Die Gegner des Hirntodkriteriums sehen die Feststellung des Hirntods lediglich als ein formelles Entnahmekriterium und wenden sich gegen seine Deutung als materielle Todesdefinition. Dabei wird auch unter Bezugnahme auf den Parlamentsvorbehalt und die Wesentlichkeitstheorie auf das Problem der Deutungshoheit der Mediziner und speziell der Bundesärztekammer hingewiesen, die gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TPG den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft zur Feststellung des Todes des Menschen in Richtlinien festlegen.¹⁶⁹

Angesichts der fundamentalen Bedeutung des Grundrechts auf Leben für die Wahrnehmung der anderen Grundrechte ist solch ein weites Tatbestandsverständnis, das nach dem Grundsatz *in dubio pro vita* einer effektiven Grundrechtswahrnehmung dient,¹⁷⁰ zu befürworten. Dies würde jedoch eine Erweiterung und Ausdehnung des Schutzbereiches notwendig machen, da auch der Hirntote als Grundrechtsträger des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst wäre. Eine dann – wenn auch mit Einwilligung des Hirntoten – vorgenommene Entnahme lebenswichtiger Organe würde immer eine Tötung darstellen.¹⁷¹ Zu beachten ist zudem, dass die beim Hirntoten auftretenden „Lebenszeichen“ gerade Folge der Aufrechterhaltung der Körperfunktionen durch die Herz-Lungen-Maschine sind, die normalerweise mit dem Ausfall der Hirnaktivität nicht mehr auftreten bzw. wiederkehren würden. Zudem wird auf das Weiterwachsen der Haare oder Nägel als ein typisches Phänomen bei Leichen hingewiesen.¹⁷² Es ist deshalb nur schwer begründbar, den Lebensschutz bis zum Erlöschensein der letzten vegetativen Vorgänge aufrechtzuerhalten.¹⁷³ Außerdem fassen die Hirntodkriterien sichere Anzeichen des eingetretenen Todes zusammen.¹⁷⁴ Weiterhin ist zu beachten, dass mit der Bezugnahme auf die medizinisch bestimmten Hirntodkriterien an einen biologischen bzw. medizinischen Sachverhalt angeknüpft wird. Die damit ver-

¹⁶⁸ Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 142. Vgl. dazu auch Rixen, Lebensschutz, S. 310 f., 389 f.; Höfling, MedR 1996, S. 6 (7 f.); ders., JZ 1996, S. 615 (617).

¹⁶⁹ Vgl. Höfling / Rixen, S. 112; dies., in: Höfling, TPG Kommentar, § 3 Rn. 18; in der Schmitt, in: ebd., Anhang zu § 3 Rn. 1-8, 30-59; Höfling, MedR 1996, S. 6 (7); Höfling, JZ 1995, S. 26 (28-31); ebd., S. 615 (615-618); Gallwas, JZ 1996, S. 851 (851 f.); Laufs, in: FS Mikat, S. 145 (145-163).

¹⁷⁰ Vgl. BVerfGE 39, 1 (38); vgl. dazu Alexy, S. 278-299; Höfling, in: Universitas 1995, S. 357 (357-364); Rixen, Lebensschutz, S. 310; Kluth, ZfL 1996, S. 3 (9).

¹⁷¹ Heun, JZ 1996, S. 213 (218); Wagner / Brocker, ZRP 1996, S. 226 (228 f.).

¹⁷² Vgl. Klinge, S. 143 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 30 f.

¹⁷³ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 31; Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1288); Heun, JZ 1996, S. 213 (214); Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (720).

¹⁷⁴ Vgl. Angstwurm, S. 7 (7-10); Klinge, S. 166-182; Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1288).

bundene Rechtsfolge des Endes des Lebens und zugleich der Grundrechtsträgerschaft ist eine normative Wertung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse, die allerdings immer wieder überprüft und ggf. modifiziert werden muss. Sie kommt dem Gesetzgeber im Rahmen seines, wenn hier auch sehr eingeschränkten, Beurteilungsspielraums zu und zieht im Sinne der Rechtsklarheit notwendigerweise die Festlegung eines maßgeblichen Zeitpunkts nach sich.¹⁷⁵ Dies gilt ebenso für die Auslegung, dass es zwischen Leben und Tod als sich gegenseitig ausschließende Zustände des menschlichen Lebens kein Übergangsstadium gibt, sodass Sterbende noch den Lebenden zugerechnet werden könnten.¹⁷⁶ Hirntote unterfallen deshalb im Ergebnis nicht dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Schon mangels Grundrechtsträgerschaft greift das Hirntodkriterium der Widerspruchslösung deshalb nicht in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und den enthaltenen Menschenwürdekern ein.¹⁷⁷ Festzuhalten ist aber, dass die die Transplantation vorbereitenden Maßnahmen auch erst nach Eintritt und Feststellung des Hirntods vorgenommen werden dürfen, soweit keine gesetzliche Ermächtigung oder eine (eher unwahrscheinliche) Einwilligung des möglichen Spenders vorliegt.¹⁷⁸

Unabhängig von der Frage, ob der Hirntod aus medizinischer Sicht das „richtige“ Kriterium für die Bestimmung des Todeszeitpunkts ist und was aus philosophisch-anthropologischer Sicht den Menschen und das Leben des Menschen ausmacht,¹⁷⁹ wird die grundsätzliche „Unverfügbarkeit menschlichen Lebens“¹⁸⁰ durch die Ableh-

¹⁷⁵ Vgl. Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 141; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 30 f.; Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1289); Rixen, Lebensschutz, S. 32-34; Klinge, S. 122 f., 166-168, 185-191; Wagner / Brocker, ZRP 1996, S. 226 (230). Siehe aber anders Schmidt-Jortzig, DÖV 2001, S. 925 (926).

¹⁷⁶ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 30; Höfling, MedR 1996, S. 6 (7 f.).

¹⁷⁷ Vgl. Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 207; Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 205; Kluth, ZfL 1996, S. 3 (8 f.); ders. / Sander, DVBl. 1997, 1285 (1291); Seewald, VerwArch 1997, S. 199 (227); Schreiber, in: FS Remmers, S. 593 (593, 598 f.).

¹⁷⁸ Vgl. Maurer, DÖV 1980, 7 (14).

¹⁷⁹ Siehe zur interdisziplinären Diskussion die Aufsatzsammlungen bei Albert u. a. (Hrsg.), Transplantationsmedizin; Schwarz / Bonelli (Hrsg.), Status des Hirntoten; Ach / Quante (Hrsg.), Hirntod und Organverpflanzung. Vgl. zudem Deutsche Stiftung Organtransplantation (Hrsg.), Der Hirntod als der Tod des Menschen, S. 56-60; 68; Grewel, ZRP 1995, S. 217 (218 f.); Wagner / Brocker, ZRP 1996, S. 226 (227); Spittler, in: Universitas 1995, S. 313 (313-327); Hoff / in der Schmitt, in: Universitas 1995, S. 328 (328-243); Birnbacher, in: Universitas 1995, S. 343 (343-356); Grewel, ZRP 1996, S. 217 (218); in der Schmitt, in: Höfling, TPG Kommentar, Anhang § 3 Rn. 36-59; Kluth, ZfL 1996, S. 3 (4-8); ders. / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1286-1288). Hingewiesen sei besonders auf die jüngst in der medizinischen Wissenschaft geführte und in einem Themenheft der „Ethik in der Medizin“ wiedergegebene Diskussion zur Hirntoddiagnostik, die aber aufgrund der vorliegenden Fragestellung nicht wiedergegeben werden soll. Die Frage war auch Gegenstand von Debatten im Nationalen Ethikrat.

¹⁸⁰ Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1288).

nung der Grundrechtsträgerschaft im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht eingeschränkt.

Ob die eingangs genannten möglichen Beeinträchtigungen die Menschenwürde des Verstorbenen verletzen, ist keine Frage des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Entgegen der in der Verhältnisbestimmung nicht ganz eindeutigen Rechtsprechung¹⁸¹ und den Vertretern einer unter anderem von *Michael Kloepfer* vorgetragenen Ansicht, die wegen des gleichen Bezugsobjekts „Mensch“ sowohl des Lebensschutzes als auch des Würdeschutzes die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG als Einheit ansehen,¹⁸² sind diese als eigenständig zu betrachten. Dafür spricht auf der einen Seite die Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG und auf der anderen Seite die Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG.¹⁸³

2. Der Menschenwürdekern in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Dimension als Selbstbestimmungsrecht schützt den Grundrechtsträger darin, über seine Angelegenheiten selbst entscheiden zu können. In negativer Hinsicht ist davon auch das Recht umfasst, sich mit bestimmten Fragen nicht beschäftigen zu müssen bzw. die Entscheidung für sich zu behalten.¹⁸⁴ Dazu gehören insbesondere (gegebenenfalls rechtfertigend wirkende) Entscheidungen über (Heil-)Eingriffe bzw. darüber, wie mit dem Körper und den Organen nach dem Tode verfahren werden soll.¹⁸⁵

Die Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 1 GG betrifft nicht dessen grundrechtlichen Gehalt, sondern erhöht als „objektiv-rechtliche Interpretationsrichtlinie“¹⁸⁶ die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen.¹⁸⁷

¹⁸¹ Siehe BVerfGE 39, 1 (41 f.).

¹⁸² Kloepfer, in: FS BVerfG, S. 77 (78-80); Heun, JZ 2002, S. 517 (518). Gegen eine völlige „Entkopplung“ der Grundrechte Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 67.

¹⁸³ Vgl. Hermes, S. 140-143; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 20, 118; Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 208; Heun, JZ 2002, S. 517 (518, 523).

¹⁸⁴ Vgl. Sengler / Schmidt, DÖV 1997, 718 (722).

¹⁸⁵ Vgl. dazu Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 73; Maurer, DÖV 1980, S. 7 (10 f.); Nickel, S. 150-157; Kramer, S. 113-125; Koppnack, S. 54-59, 169-178.

¹⁸⁶ Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 1 Rn. 15.

¹⁸⁷ Vgl. BVerfGE 47, 344 (351); Dreier, in: ders., Art. 2 I Rn. 68; Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 1 Rn. 15.

b) Verletzung des Menschenwürdekerns

Einem möglichen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht steht nicht entgegen, dass die Person im Zeitpunkt der Organentnahme bereits tot ist. Zwar setzt Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG voraus, dass der Grundrechtsträger lebt¹⁸⁸. Es geht hier aber um lebzeitige postmortal wirkende Entscheidungen.

Davon unabhängig ist die Frage nach einem postmortalen Würdeschutz zu beantworten. Das Bundesverfassungsgericht lehnt die „Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tode“ ab, „weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist; mit ihrem Tode erlischt der Schutz aus diesem Grundrecht“¹⁸⁹. Das Gericht stellt damit jedoch auf ein Persönlichkeitsrecht nach dem Tod ab, nicht aber auf eine erst postmortal wirkende Entscheidung als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen zu Lebzeiten.¹⁹⁰ Das über den Tod hinaus wirkende und anerkannte Persönlichkeitsrecht Verstorbener hat aufgrund der durch den Tod beendeten Grundrechtsträgerschaft keinen subjektiv-rechtlichen Gehalt mehr. Der objektiv-rechtliche Schutz- und Achtungsauftrag gegenüber der Persönlichkeit und Selbstbestimmung des Verstorbenen bewirkt jedoch, dass lebzeitige Entscheidungen und Verfügungen über den eigenen Körper und seine Organe¹⁹¹, die gerade für den Fall des Todes gelten, auch nach dem Tod Wirkung entfalten.¹⁹²

Das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG begründete Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht wird in seiner postmortalen Wirkung noch stärker in Art. 1 Abs. 1 GG verankert.¹⁹³ Dennoch wirkt die Menschenwürde auch postmortal nicht als

¹⁸⁸ Andere Ansicht Lorenz, in: Bonner Kommentar, Art. 2 I Rn. 389.

¹⁸⁹ BVerfGE 30, 173 (194); BVerfG-K, NVwZ 2008, S. 550. Kritisch dazu Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 74; Heun, JZ 1996, S. 213 (217); Herdegen, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 53 sowie Enders, S. 470 f., 492 f.

¹⁹⁰ BVerwGE 45, 224 (227). Siehe dazu auch Maurer, DÖV 1980, S. 7 (10) und Heun, JZ 1996, S. 213 (217).

¹⁹¹ Zu den privatrechtlichen Aspekten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. die Leitentscheidung BGHZ 13, 334 (334 ff.) sowie 15, 249 (259); 50, 133 (136 ff.) sowie den Überblick bei Buschmann, NJW 1970, S. 2081 (2081-2088); Forkel, JZ 1974, S. 593 (593-599). Zum Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht und in seiner Ausformung als Recht am eigenen Körper im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vgl. die weiterführenden Nachweise bei Sprau, in: Palandt, § 823 Rn. 4 f., 19.

¹⁹² Vgl. Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 207; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 74; Schulze-Fielitz, in: ebd., Art. 2 I Rn. 81; Kübler, S. 62-65; Maurer, DÖV 1980, S. 7 (10); Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1292); Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (722). Das Prinzip einer erst nach dem Versterben eintretenden Wirkung lebzeitiger Verfügungen zeigt sich in der Testierfreiheit gemäß § 1937 BGB, die verfassungsrechtlich über Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist. Vgl. dazu weiterführend Edenhofer, in: Palandt, § 823 Rn. 3 f. sowie Kübler, S. 63 f.

¹⁹³ Vgl. Dreier, in: ders., Art. 2 I Rn. 81; ders., in: ebd., Art. 1 I Rn. 74 mit weiteren Nachweisen.

Grundrecht, sondern als objektiv-rechtlicher, am Menschenbild¹⁹⁴ des Grundgesetzes ausgerichteter Auslegungsmaßstab.¹⁹⁵ Ob die postmortale Würde durch die Widerspruchslösung verletzt wird, wird später geprüft. Im Folgenden soll zunächst untersucht werden, ob das zu Lebzeiten bestehende Selbstbestimmungsrecht und sein Menschenwürdekern durch die Widerspruchslösung verletzt wird.

c) Erklärungslast und negatives Selbstbestimmungsrecht

Die zur Vermeidung einer postmortalen Organentnahme notwendige Erklärung des Widerspruchs beeinträchtigt in nicht unerheblicher Weise das negative Selbstbestimmungsrecht, wenn der Grundrechtsträger sich entgegen seinem Willen mit dem Thema Organspende befassen und ggf. eine Erklärung abgeben muss.

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. In Betracht kommt zum einen die verfassungsmäßige Ordnung¹⁹⁶ als Gesamtheit aller formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehenden Normen und zum anderen die darin enthaltenen subjektiven Rechte Anderer. Diese sind konkretisiert im Interesse der Organempfänger, ein heilendes bzw. lebensrettendes Organ zu erhalten. Gegenüber dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Organempfänger begründet Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG einen staatlichen Schutzauftrag. Rechtfertigend könnte auch die Förderung der Organspende wirken, die dem Bereich der sozialstaatlich begründeten Gesundheitsfürsorge zuzuordnen ist.¹⁹⁷ Einschränkend ist aber zu bemerken, dass die Organspende nicht allein in staatlicher Hand liegt.¹⁹⁸

Unterstellt man im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Geeignetheit und Erforderlichkeit der Widerspruchslösung zur Erreichung vermehrter Spenderzahlen,¹⁹⁹ müssen weiterhin die Interessen der potentiellen Organempfänger gegenüber denen der potentiellen Spender überwiegen. Eine solche Abwägung ist aber von vornherein ausgeschlossen, wenn – in Anlehnung an die sog. Sphärentheorie – der Kern der Menschenwürde des gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten nega-

¹⁹⁴ Kritisch zum „Menschenbild des Grundgesetzes“ ebd., Art. 1 I Rn. 168 f.

¹⁹⁵ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 2 Abs. 1 Rn. 15.

¹⁹⁶ BVerfGE 6, 32 (38 ff.); 80, 137 (153).

¹⁹⁷ Vgl. auch Maurer, DÖV 1980, S. 7 (11); Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1289); Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (723).

¹⁹⁸ So auch Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1289).

¹⁹⁹ Zu den Einzelproblemen siehe Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (723 f.); Seewald, VerwArch 1997, S. 199 (227 f.); Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1291 f.); Maurer, DÖV 1980, S. 7 (11 f.) jeweils mit weiteren Nachweisen.

tiven Selbstbestimmungsrechts betroffen ist, da dieser auch in seiner objektivrechtlichen Wirkung der Abwägung entzogen ist.²⁰⁰

Unter Zugrundelegung der oben aufgeführten Würdedefinitionen wird der Einzelne durch einen ggf. notwendigen Widerspruch jedoch gerade nicht instrumentalisiert oder seine persönlichen Entscheidungen nicht geachtet. Der Widerspruch eröffnet ihm vielmehr die Möglichkeit, sein Recht auf Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung in dieser bedeutenden Frage des Umgangs mit dem Körper nach dem Tod wahrzunehmen²⁰¹ – sofern man davon ausgeht, dass alle mit anderer Auffassung auch tatsächlich widersprechen²⁰² und der Widerspruch dem entnehmenden Arzt bekannt wird.²⁰³ Den Einzelnen trifft zur Wahrung seiner Grundrechtsposition lediglich eine Erklärungslast.²⁰⁴

Vertritt man die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, wonach aus dem Menschenwürdebezug des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Menschenbild des Grundgesetzes folgt, entspricht diese mit der Handlungspflicht verbundene Erklärungslast gerade dem Bild des Menschen als „gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger“²⁰⁵. Da der durch keinen oder geringen „Sozialbezug“²⁰⁶ gekennzeichnete Menschenwürdekern des Selbstbestimmungsrechts nicht betroffen ist, ist eine Abwägung zwischen den Interessen der potentiellen Spender und Empfänger der Organe möglich.

Angesichts der dramatischen Schicksale der Patienten auf der Warteliste und der begrenzten Möglichkeiten der Alternativtherapien, ist eine solche Erklärungslast als vergleichsweise weniger schwerwiegend anzusehen.²⁰⁷ Dafür spricht auch, dass durch die Erklärungslast keine Aufopferung höchstpersönlicher Rechtsgüter verlangt

²⁰⁰ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 32, 373 (378 f.); 34, 238 (245); 35, 35 (39); 38, 312 (320); 80, 367 (373 f.); 103, 21 (31 f.); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 117; Dreier, in: ders., Art. 2 I Rn. 87 f.

²⁰¹ So ausdrücklich auch BVerfG NJW 1999, S. 3403 (3404).

²⁰² Kritisch dazu etwa Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (724).

²⁰³ Vgl. Rixen, NJW 1999, S. 3389 (3389).

²⁰⁴ Vgl. Maurer, DÖV 1980, S. 7 (12); Seewald, VerwArch 1997, S. 199 (227 f.); Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (722 f.). *Hinrich Rüping* sieht in dieser Erklärungslast eine Beweislast; vgl. Rüping, GA 1978, S. 129 (136).

²⁰⁵ BVerfGE 27, 1 (7).

²⁰⁶ Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 2 Rn. 62.

²⁰⁷ Vgl. Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (725); Nickel, S. 148. Andere Ansicht Wagner / Brocker, ZRP 1996, S. 226 (230).

wird.²⁰⁸ Zudem wird die Zumutbarkeit dadurch gewahrt, dass der Widerspruch begründungslos erfolgt,²⁰⁹ sodass etwa weltanschauliche oder religiöse Ansichten, die über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich geschützt sind, nicht offenbart werden müssen.²¹⁰ Im Ergebnis ist der Eingriff in das negative Selbstbestimmungsrecht durch Auferlegung einer Erklärungslast daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

d) Schweigen als Zustimmung

Fraglich ist aber, ob auch die Vermutung des Schweigens als Zustimmung im Falle eines unterbliebenen Widerspruchs mit dem Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist.

(1) Qui tacet, consentire videtur

Im Rechtsverkehr wird das Schweigen grundsätzlich als Nichterklärung oder als ihr Gegenteil gedeutet, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, bei denen die Wirkungen des Schweigens denen einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung gleichgesetzt werden.²¹¹ Dieser Grundsatz beruht auf zwei gegenläufigen Prinzipien.

Nach dem ersten Prinzip wird das Schweigen als Ablehnung gewertet, wenn eine ausdrückliche Erklärung erwartet wird.²¹² Wendet man dies auf die Widerspruchslösung an, so wird man vordergründig annehmen müssen, dass bei Nichterklären des Widerspruchs/Schweigens die Organentnahme nicht gewünscht ist.

Das zweite, aus dem kanonischen Recht stammende Prinzip *qui tacet, consentire videtur* wurde als Rechtsregel in das *Liber Sextus* aufgenommen und um den Zusatz *ubi loqui potuit ac debuit* ergänzt. Danach gilt Schweigen als Zustimmung, wenn der

²⁰⁸ Vgl. Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1292); Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (723). Hierbei wird von dem Fall ausgegangen, dass ein erklärter Widerspruch beachtet wird, da ansonsten mit der dennoch durchgeführten Organentnahme durchaus solche höchstpersönlichen Rechtswerte verletzt werden.

²⁰⁹ Vgl. Seewald, VerwArch 1997, S. 199 (227), der dort auch auf den vergleichbaren Fall der Wehrdienstverweigerung gemäß Art. 12a Abs. 2 GG hinweist. Vgl. auch Art. 4 Abs. 3 GG und das ausführende Bundesgesetz.

²¹⁰ Vgl. Kübler, S. 42-59; Maurer, DÖV 1980, S. 7 (13).

²¹¹ Vgl. dazu Heinrichs, in: Palandt, § 148 Rn. 8 mit weiterführenden Nachweisen.

²¹² Vgl. Wacke, JA 1982, S. 184 (184). Dieses Prinzip wurde erstmals von *Johann Friedrich Eisenhart* in seiner 1758 veröffentlichten Zusammenstellung der „Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern“ erläutert; vgl. ebd.

Widerspruch hätte erklärt werden können und müssen.²¹³ Danach wird das Schweigen als Zustimmung fingiert, insbesondere weil der Widerspruch zumutbar ist.

Auf den ersten Blick widersprechen sich die beiden Prinzipien in ihrer Anwendung auf die Widerspruchslösung. Betrachtet man jedoch das erste Prinzip genauer, so erkennt man, dass bei einer Anwendung im beschriebenen Sinne eine Erklärung des Widerspruchs überflüssig wäre, da bereits vorher von einer Ablehnung ausgegangen werden muss. Allerdings könnte aber auch das Schweigen als Unterlassung der Ablehnung im Sinne einer doppelten Verneinung als Zustimmung zur Organspende gewertet werden.

Zu prüfen ist jedoch, ob dieses auf tradierten Rechtsprinzipien beruhende Ergebnis auch mit dem verfassungsrechtlich verankerten Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist.

(2) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Das Selbstbestimmungsrecht schützt (religiös oder weltanschaulich geprägte) Entscheidungen bezüglich des Umgangs mit dem eigenen Körper und den Organen nach dem Tod. Auch die lebzeitige, postmortal wirkende Einwilligung in die nicht indizierte Aufrechterhaltung des Herz-Kreislauf-Systems nach festgestelltem Hirntod zum Zwecke der Organentnahme ist davon umfasst.²¹⁴

Bei postmortalen Organentnahmen müssen die Anforderungen an die Einwilligung nicht den Anforderungen entsprechen, die für Eingriffe bei Lebenden gelten.²¹⁵ Nach der Widerspruchslösung wird unterstellt, dass diese Maßnahmen im Falle des Schweigens mit oder zumindest nicht gegen den Willen des Verstorbenen durchgeführt werden.

Gegen die Einführung der Widerspruchslösung bestehen aber nicht unerhebliche Bedenken. Die pauschale Vermutungsregel übergeht das Problem, dass unklar ist, warum eine Person geschwiegen hat. Denkbar ist etwa, dass sie sich nicht mit dem

²¹³ Vgl. Liebs, S. 195 f. Zur Herkunft und Entwicklung der Rechtsregel Wacke, JA 1982, S. 184 (184 f.) und Krampe, in: FS Mikat, S. 367 (367-380).

²¹⁴ Vgl. Kluth, ZfL 1996, S. 3 (10); Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (143); Kramer, S. 122-125.

²¹⁵ Vgl. Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, § 2 Rn. 10. Vgl. zur Einwilligung in ärztliche Heileingriffe Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 55 f., 73; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 2 Rn. 89; Deutsch / Spickhoff, Rn. 243-355.

Thema beschäftigt hat oder nicht beschäftigen wollte oder dass sie bisher noch zu keinem Ergebnis gekommen ist. Da bisher zudem nicht sichergestellt ist, dass ein Widerspruch den Transplantationszentren auch tatsächlich bekannt wird, ist eine Zustimmungsvermutung sogar gegen den ausdrücklichen Willen denkbar. Die Regelung des rheinland-pfälzischen Transplantationsgesetzes, wonach der Arzt sich mittels eines mitzuführenden Ausweises oder nach Erkundigungen bei den Angehörigen über einen etwaigen Widerspruch informieren muss, wäre bei einer gesetzlichen Einführung der Widerspruchslösung in das Transplantationsgesetz nicht ausreichend, da sie etwa versagt, wenn der Verstorbene seinen Ausweis nicht mitführt oder Angehörige nicht auffindbar sind.²¹⁶ Es ist deshalb notwendig, dass eine Regelung zur zentralen und für die Transplantationszentren zugänglichen Erfassung der erklärten Widersprüche getroffen wird.²¹⁷

Die Vermutungsregel der Widerspruchslösung kann nicht sicherstellen, dass die postmortale Organentnahme und die damit im Zusammenhang stehenden Maßnahmen tatsächlich den Vorstellungen des Verstorbenen entsprechen.²¹⁸ Sie verletzt den Würdegehalt des Selbstbestimmungsrechts und ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vergleich mit der grundsätzlich auch ohne den Willen des Verstorbenen beziehungsweise seiner Angehörigen zulässigen Obduktion.²¹⁹ In §§ 87-91 StPO, § 9 Bestattungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt und § 26 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz sind neben dem Transplantationsgesetz Tatbestände aufgeführt, die eine (innere) Leichenschau oder -öffnung zulassen. Rechtfertigende Belange sind u. a. das öffentliche Interesse an der Aufdeckung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten, die Verfolgung rechtlicher Interessen der Angehörigen, gewichtige medizinische Interessen oder seuchenhygienische Gründe. Die Obduktion beeinträchtigt die körperliche Integrität des Verstorbenen. Wie sich aber etwa aus § 1 Abs. 1 Bestattungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt ausdrücklich

²¹⁶ Vgl. dazu Weber / Lejeune, NJW 1994, S. 2392 (2395 f.); Rixen, NJW 1999, S. 3389 (3389).

²¹⁷ In diesem Sinne schlägt Murswiek die Errichtung einer zentralen Datenbank vor. Vgl. Murswiek, in: Sachs, Art. 2 I Rn. 207.

²¹⁸ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 22, 95; Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (134); Forkel, JZ 1974, S. 593 (597-599); Heun, JZ 1996, S. 213 (217).

²¹⁹ Kritisch, ob ein solcher Vergleich möglich ist, da die Organentnahme eine „Spende“ und deshalb mit den Gründen für eine Obduktion nicht vergleichbar sei, Maurer, DÖV 1980, S. 7 (11).

ergibt, hat der Umgang mit den körperlichen Überresten mit der gebotenen Würde und unter Achtung vor dem Verstorbenen und seinen sittlichen, weltanschaulichen und religiösen Überzeugungen zu erfolgen. Es wird allgemein angenommen, dass eine Herabwürdigung zum bloßen Objekt in diesen Fällen nicht gegeben und der postmortale Würdeanspruch deshalb nicht verletzt ist.²²⁰ Es sei jedoch angemerkt, dass dieser Schluss wohl etwas schnell ist. Eine Formulierung im Transplantationsgesetz, die festhält, dass eine Organentnahme bei fehlendem Widerspruch die Würde des Verstorbenen nicht verletzt, kann einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die Menschenwürde nicht ausschließen.

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist in Anlehnung an die geltende sog. erweiterte Zustimmungslösung jedoch an eine Erweiterung der Widerspruchslösung um ein Vetorecht der nächsten Angehörigen zu denken.²²¹ Mithilfe dieser Ergänzung wäre es zum einen möglich, Kenntnis über einen eventuell doch erklärten Widerspruch zu erlangen. Zum anderen wäre ein Rückschluss auf die Ursachen für den nicht erklärten Widerspruch möglich, wobei aber nicht nach den Gründen der Entscheidung, sondern lediglich danach gefragt werden dürfte, ob der Verstorbene widersprochen hätte oder nicht.

Hinzuweisen ist aber auf das faktische Problem, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Angehörigen nicht die Interessen des Verstorbenen, sondern ihre eigenen Auffassungen durchsetzen wollen oder den Willen des Verstorbenen falsch deuten. Dies würde dem Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen gerade nicht Geltung verschaffen, sondern einen Eingriff darstellen, den der Staat aufgrund seiner

²²⁰ Vgl. zum Ganzen und differenzierend nach innerer Leichenschau, Legalsektion, Versuchen an Leichen, seuchenhygienischen Untersuchungen und der Verfolgung von Ansprüchen der Angehörigen Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 22; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 73; Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 718 (723); Heun, JZ 1996, S. 213 (217); Barthel, § 9 Erl. 1; Pluisch / Heifer, NJW 1994, S. 2377 (2377-2381); BVerfG, NJW 1994, S. 783 (783-785); BGH, NJW 1990, S. 2313 (2313-2315) mit Anm. E. Deutsch.

²²¹ Nach Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 95 genügt ein Vetorecht nicht, vielmehr ist eine Einwilligung der Angehörigen notwendig. Demgegenüber sehen Schachtschneider / Siebold, DÖV 2000, S. 129 (134-136) allein die „höchstpersönliche Einwilligung des Organspenders“ als rechtfertigenden Umstand für eine Organentnahme an. Angesichts der Interessen der Patienten auf der Warteliste ist für Sodan, in: ders., Art. 1 Rn. 38 ein die eigene Entscheidung des Verstorbenen ersetzendes Recht der Angehörigen verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Allerdings verlangt auch er eine Einwilligung. In diesem Sinne Höfling / Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 3 Rn. 55. Siehe auch Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 207, der die Zulässigkeit der Zustimmung der Angehörigen jedoch davon abhängig macht, dass sie am mutmaßlichen Willen des Verstorbenen festgemacht wird.

Schutzpflicht abwehren müsste.²²² Daneben sind auch Fälle denkbar, in denen der Verstorbene seinen Angehörigen aus bestimmten Gründen nicht mitgeteilt hat, dass er einer postmortalen Organentnahme widersprochen hat.

Dagegen muss man aber einwenden, dass selbst bei Widerspruch oder bei Zustimmung nach der geltenden Fassung des Transplantationsgesetzes der Wille des Verstorbenen zum Zeitpunkt des Versterbens nicht mit absoluter Sicherheit festgestellt werden kann. Die Wahrscheinlichkeit, dem Willen des Verstorbenen zu entsprechen, wird bei der erweiterten Widerspruchslösung in der Nähe der geltenden erweiterten Zustimmungslösung liegen. Zudem wird dadurch das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Totensorgerecht der Angehörigen nicht verletzt.²²³

Eine Änderung des Transplantationsgesetzes im Sinne dieser erweiterten Widerspruchslösung muss darüber hinaus eine Regelung dazu enthalten, welche Altersgrenzen bei der Heranziehung als Organspender gelten sollen. Gemäß § 2 Abs. 2 TPG (geltende Fassung) ist ein Widerspruch (gegen eine vorherige Zustimmung der Sorgeberechtigten) vom vollendeten 14. Lebensjahr an möglich.²²⁴ Hier soll lediglich die Frage aufgeworfen werden, ob daraus der Schluss gezogen werden kann, dass diese Altersgrenze auch für den Fall des nichterklärten Widerspruchs gilt. Ein Vetorecht der Sorgeberechtigten wäre bei einer erweiterten Regelung der Widerspruchslösung gegeben.

3. Die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG

Zu prüfen ist, ob die Widerspruchslösung darüber hinaus das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. Daneben kommt ein Verstoß gegen die objektiv-rechtliche Dimension der Würdegarantie in Form des postmortalen Schutzes der mit dem Hirntod beendeten Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.

²²² Vgl. Kluth / Sander, DVBl. 1997, S. 1285 (1292), die in diesem Zusammenhang auf die Erklärungslösung verweisen. Vgl. auch Seewald, VerwArch 88 (1997), S. 199 (226 f.), der auf die Gefahr für die „Autonomie [...] des Organspenders“ aufmerksam macht. Zur Frage, ob den Angehörigen ein eigenes Widerspruchsrecht zukommt, bei dem sie den (mutmaßlichen) Willen des Verstorbenen zu beachten haben, vgl. (erörtert für die erweiterte Zustimmungslösung) Deutsch / Spickhoff, Rn. 879; Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 4 Rn. 5-14; Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, § 4 Rn. 2-20; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 I Rn. 207; Heun, JZ 1996, S. 213 (217 f.) jeweils mit weiteren Nachweisen.

²²³ Vgl. Weber / Lejeune, NJW 1994, S. 2392 (2395).

²²⁴ Vgl. dazu Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 2 Rn. 29-31; Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, § 2 Rn. 13.

a) Zum Würdeschutz Verstorbener

Wie bei allen Grundrechten endet auch bei Art. 1 Abs. 1 GG der subjektiv-rechtliche Gehalt mit dem Tod des Grundrechtsträgers. Allgemein anerkannt ist jedoch das Nachwirken des Würdeschutzes über den Tod hinaus. Der daraus folgende Achtungs- und Schutzauftrag ist Ausdruck des „soziale[n] Wert- und Achtungsanspruch[s] des Menschen“²²⁵. Sie kommt dem Leichnam und dem Andenken²²⁶ des Verstorbenen zu.²²⁷ Der fortwirkende Schutz der postmortalen Würde beruht auf ihrer „Qualifizierung als ‘Persönlichkeitsrückstand’“ und „spiegelt die Achtung vor dem Lebenden wider“.²²⁸ Diese objektiv-rechtlich begründete Achtungs- und Schutzpflicht besteht unabhängig davon, ob dem Verstorbenen über die beendete Rechtsfähigkeit hinaus Rechtssubjektivität zugesprochen wird.²²⁹ Durch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ist der Staat in besonderer Weise verpflichtet, die postmortal wirkenden Dimensionen der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 und aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG selbst um der Würde des Verstorbenen willen zu achten und zu schützen. Die nach dem Tod beendete Grundrechtsträgerschaft im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG führt deshalb nicht zu einem weniger starken Schutz- und Achtungsanspruch des Verstorbenen.

b) Verletzung durch Widerspruchslösung

Fraglich ist, ob dieser fortwirkende Würdeschutz durch die Widerspruchslösung verletzt wird. Dies ist – in Anlehnung an die Dürigsche Objekt-Formel und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dann der Fall, wenn der Verstorbene zum bloßen Objekt herabgewürdigt und in seiner Subjektqualität prinzipiell infrage gestellt würde. Legt man die positiven Bestimmungsversuche zugrunde, ist eine Ver-

²²⁵ BVerfGE 27, 1 (6).

²²⁶ Teilweise wird die Anerkennung des postmortalen Würdeschutzes deshalb nicht als Achtung gegenüber dem Verstorbenen selbst gedeutet, sondern als Zeichen des „Respekts“ gegenüber den überlebenden Angehörigen, die dann „die zu schützenden Grundrechtsträger“ seien. So Sodan, in: ders., Art. 1 Rn. 26.

²²⁷ BVerfGE 87, 209 (228); siehe auch BVerfGE 30, 173 (194). Vgl. Dürig, AöR 81 (1956), S. 125 (126); Stern, Staatsrecht III/1, S. 1061; Klinge, S. 214 f.; Häberle, in: HdbdStR, Rn. 79; Jarass, in: ders. / Pieroth, Art. 1 Rn. 10; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 72; Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 53. Anders etwa Kunig, in: v. Münch / Kunig, Art. 1 Rn. 15, nach dem der Verstorbene selbst Grundrechtsträger „auf Zeit“ ist.

²²⁸ Zitat bei Maurer, DÖV 1980, S. 7 (9). Vgl. auch Klinge, S. 228-230; Sengler / Schmidt, DÖV 1997, S. 717 (722); Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353 (375); Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 25; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 73.

²²⁹ So aber Buschmann, NJW 1970, S. 2081 (2087 f.). Kritisch dazu insbesondere Maurer, DÖV 1980, S. 7 (9 Anm. 23).

letzung der Menschenwürde gegeben, wenn die dem Menschen aufgrund seiner Eigenschaft als Mensch eigentümliche Würde oder seine hervorgebildete Identität verletzt oder wenn ihm die soziale Anerkennung seiner Achtungsansprüche aberkannt wird.

Nach einhelliger Ansicht wird angenommen, dass die Menschenwürde durch eine Organentnahme zum Zwecke der Transplantation und der damit möglichen Heilung oder Gesundheitsförderung grundsätzlich nicht verletzt wird.²³⁰ Nach *Hartmut Maurer* entspricht dies sogar gerade den mit der Menschenwürde verbundenen Wertvorstellungen.²³¹ Die bedingungslose Zulässigkeit von Organentnahmen²³² hingegen macht den menschlichen Körper zu einer reinen „Organressource“²³³ und damit zu einem die Subjekthaftigkeit verneinenden bloßen Objekt. „Eine totale Verfügbarkeit des menschlichen Körpers würde den unantastbaren Grundsatz der Menschenwürde [...] tangieren und schon allein deswegen verfassungswidrig sein.“²³⁴

Die Widerspruchslösung ist in dem Sinne nicht bedingungslos, da sie mit der Möglichkeit des Widerspruchs zu Lebzeiten ein Regulativ vorsieht, mit dem die postmortale Organentnahme gegen den eigenen Willen ausgeschlossen werden kann. Zudem ist nach § 6 Abs. 1 TPG die Organentnahme „unter Achtung der Würde des Organspenders in einer der ärztlichen Sorgfaltspflicht entsprechenden Weise“ durchzuführen, auch wenn die bereits oben angeführten Bedenken hinsichtlich der Bedeutung dieser Vorschrift für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu beachten sind. Dadurch soll in Konkretisierung des in Art. 1 Abs. 1 GG enthaltenen postmortalen Würdeanspruchs verhindert werden, dass über die Organentnahme hinaus, die bereits einen „erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität des Körpers eines verstorbenen Menschen“ darstellt, Eingriffe oder Versuche vorgenommen werden, die für Entnahme und Transplantation nicht notwendig sind und den „Körper gleichsam zum Objekt“ machen.²³⁵

²³⁰ Vgl. Dürig, in: Maunz / Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 40; Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 95; Maurer, DÖV 1980, S. 7 (9).

²³¹ Vgl. Maurer, DÖV 1980, S. 7 (10).

²³² Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu / Klein, 11. Auflage, Art. 1 Rn. 38.

²³³ Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 73.

²³⁴ Heun, JZ 1996, S. 213 (217).

²³⁵ Zitate bei Nickel / Schmidt-Preisigke / Sengler, TPG Kommentar, § 6 Rn. 3, siehe zudem Rn. 1 f.; vgl. auch Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 6 Rn. 3-7; Deutsch / Spickhoff, Rn. 883; Dreier, in: ders., Art. 1 I Rn. 73.

Mit der erweiterten Widerspruchslösung wird der geforderten Achtung vor den sterblichen Überresten als ehemalige „vitale Basis“ der Würde des Verstorbenen entsprochen. Der Aussage *Rixens*, dass eine dem § 6 Abs. 1 TPG entsprechende Organentnahme „von vornherein keine Missachtung der Würde des Organspenders“ ist,²³⁶ kann vor dem Hintergrund der geltenden sog. erweiterten Zustimmungslösung gefolgt werden. Ein ausreichender Schutz des Willens der Verstorbenen und damit zugleich seiner Würde, wenn die Möglichkeit eines Widerspruchs in Verbindung mit einem Vetorecht der Angehörigen und ein funktionierendes Informationssystem über die erklärten Widersprüche besteht. Nur eine in einer solchen Weise erweiterte Widerspruchslösung stellt keine Verletzung der Menschenwürde dar, auch wenn der tatsächliche Umstand hingenommen werden muss, dass damit mögliche Organspender verloren gehen.

VI. Zusammenfassung

1. Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass die Garantie der Menschenwürde, wie sie im Grundgesetz verankert ist, maßgeblich ist für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der sog. Widerspruchslösung. Dabei ist Art. 1 Abs. 1 GG sowohl in seiner subjektiv-rechtlichen Dimension als eigenständiges Grundrecht, als Kern der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie als objektiv-rechtlich wirkender postmortaler Schutz- und Achtungsanspruch zu berücksichtigen.
2. Bei der Auslegung und Konkretisierung der abstrakten und unbestimmten Formel von der Unantastbarkeit der Menschenwürde kann der geistesgeschichtliche und religiöse Hintergrund nur bedingt weiterhelfen, da der Menschenwürdesatz in Art. 1 Abs. 1 GG kein philosophischer oder religiöser, sondern ein juristischer ist, wengleich sich von einem solchen Vorverständnis nicht gelöst werden kann.
3. Die Konzeption der Widerspruchslösung legt den Schluss nahe, dass jeder bei nicht erklärtem Widerspruch verpflichtet ist, eine postmortal durchgeführte Organentnahme zu dulden. Wie gezeigt wurde, ist eine solche Grund- oder Solidarpflicht jedoch nicht aus der Verfassung abzuleiten. Insbesondere kann die

²³⁶ Rixen, in: Höfling, TPG Kommentar, § 6 Rn. 3.

Menschenwürde selbst nicht als Legitimationsbasis herangezogen werden. Auch die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Organempfänger kann eine solche Pflicht nicht begründen. Gleichwohl verstößt eine Organentnahme nicht von vornherein gegen die Menschenwürde.

4. Die auf die Menschenwürde fokussierte Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Widerspruchsregelung hat zum einen ergeben, dass die postmortale Organentnahme schon mangels Grundrechtsträgerschaft des Hirntoten weder in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG noch in das Grundrecht der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG selbst eingreift. Die normative Anknüpfung an die Feststellung des Hirntods als Zeitpunkt des Todes und damit auch der beendeten Grundrechtsträgerschaft unterliegt der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative. Durch diese normative Entscheidung wird der Würdeschutz des Verstorbenen nicht gemindert, sondern wirkt als postmortaler Achtungs- und Schutzanspruch beim Umgang mit dem Körper des Verstorbenen fort.
5. Demgegenüber greift die in der Widerspruchslösung mittelbar enthaltene Pflicht, einen Widerspruch zu formulieren, um der postmortalen Organentnahme zu entgehen, in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte negative Selbstbestimmungsrecht ein. Diese Erklärungslast ist jedoch angesichts der in die Abwägung einzubeziehenden Grundrechtspositionen der Organempfänger verfassungsrechtlich gerechtfertigt.
6. Eine Vermutungsregelung als rechtshistorisch und rechtstheoretisch bekanntes und geübtes Prinzip ist dann verfassungsrechtlich zulässig, wenn in ausreichendem Maße sichergestellt ist, dass dem Willen des Verstorbenen entsprochen wird. Eine zweifelsfreie Feststellung lässt sich weder mit der Widerspruchs- noch mit der geltenden Zustimmungslösung erreichen. Eine Widerspruchslösung erweitert um ein Vetorecht der Angehörigen würde aber in ausreichendem Maße den Verstorbenen in seiner Subjektqualität schützen und ihn nicht zu einem bloßen Objekt im Sinne einer Organressource herabwürdigen.

7. Um auch das Totensorgerecht der Angehörigen nicht zu übergehen, ist im Falle des unterbliebenen lebzeitigen Widerspruchs des potentiellen Spenders das Vetorecht der nächsten Angehörigen notwendig. Im Falle einer gesetzlichen Neuregelung des Transplantationsgesetzes unter Einbeziehung der Widerspruchslösung muss zusätzlich zu diesem Angehörigenrecht sichergestellt werden, dass alle erklärten Widersprüche erfasst und nachprüfbar sind. Dabei sind die entsprechenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Zudem ist die Organentnahme bei Minderjährigen und anderen in der Einwilligungs- und Einsichtsfähigkeit beschränkten Personen zu regeln.
8. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine reine Widerspruchslösung gegen die Menschenwürde des Verstorbenen verstößt. Unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen auf die Zahl der gespendeten Organe und anderen aus grundrechtlicher Sicht milderer „Lösungen“ ist eine erweiterte Widerspruchslösung verfassungsrechtlich zulässig.

Literaturverzeichnis

Ach, Johann S. / Quante, Michael (Hrsg.): Hirntod und Organverpflanzung. Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin, 2. Auflage, Stuttgart-Bad Cannstatt 1999.

Albert, Franz Werner u. a. (Hrsg.): Transplantationsmedizin und Ethik. Auf dem Weg zu einem gesellschaftlichen Konsens, Groß Umstadt 1995.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1996.

Angstwurm, Heinz: Der Hirntod als sicheres Todeszeichen des Menschen und als eine Voraussetzung der Organentnahme, in: Firnkorn, Hans-Jürgen (Hrsg.), Hirntod als Todeskriterium, Stuttgart u. a. 2000, S. 7-10.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage, Berlin 1933 (Neudruck: Aalen 1987).

Auer, Alfons: Bioethische Argumentation mit der Menschenwürde, in: Schwab, Dieter u. a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, S. 13-28.

Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL 12 (1953), S. 37-84.

Badura, Peter: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, DVBl. 1982, S. 861-872.

Barthel, Torsten: Gesetz über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen des Landes Sachsen-Anhalt (Bestattungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt – BestattG LSA). Kommentar, Wiesbaden 2006.

Bayertz, Kurt: Die Idee der Menschenwürde. Probleme und Paradoxien, ARSP 81 (1995), S. 465-481.

Bethge, Herbert: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S. 2145-2150.

Birnbacher, Dieter: Definitionen, Kriterien, Desiderate, in: Universitas 1995, S. 343-356.

Bleckmann, Albert: Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln u. a. 1997.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Dolzer, R., Band 1, Einleitung bis Art. 3, Heidelberg 2000.

Brugger, Winfried: Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, Baden-Baden 1997.

Buschmann, Arne: Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2081-2088.

Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, bearb. von Pikart, E. / Werner, W., Band 5, 1. und 2. Halbband, Ausschuß für Grundsatzfragen, Bobbard am Rhein 1993.

Deutsch, Erwin: Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997, NJW 1998, S. 777-782.

ders. / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktegesetz und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin u. a. 2008.

Deutsche Stiftung Organtransplantation (Hrsg.), Der Hirntod als der Tod des Menschen, 2. Auflage, Neu-Isenburg 2001.

Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.

Doehring, Karl: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1984.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Band 1, Präambel, Artikel 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004.

Dürig, Günter: Die Menschenwürdeauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, S. 259-263.

ders.: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 117-157.

ders.: Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in: Spanner, Hans u. a. (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1. September 1971, München 1971, S. 41-53.

Enders, Christoph: Die Menschenwürde in der Verfassung, Tübingen 1997.

Forkel, Hans: Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Erfassung der Transplantationen, JZ 1974, S. 593-599.

Gallwas, Hans-Ullrich: Der andere Standpunkt: Anmerkungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Transplantationsgesetz, JZ 1996, S. 851-852.

Geddert-Steinacher, Tatjana: Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990.

Götz, Volkmar: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41 (1983), S. 8-41.

Grewel, Hans: Zwischen Lebensrettung und Euthanasie – das tödliche Dilemma der Transplantationsmedizin, ZRP 1995, S. 217-220.

Gusy, Christoph: Grundpflichten und Grundgesetz, JZ 1982, S. 657-663.

Häberle, Peter: Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, S. 317-366.

ders.: Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, Rechtstheorie 11 (1980), S. 389-426.

Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, hrsg. von Merten, D. / Papier, H.-J., Band 2, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006.

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Isensee, J. / Kirchhof, P.,

Band 2, Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004,

Band 5, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 1992.

Herdegen, Matthias: Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773-779.

Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995.

Heun, Werner: Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen, JZ 1996, S. 213-219.

ders.: Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, S. 517-524.

Hilpert, Konrad: Art. Menschenwürde, in: Lexikon für Theologie und Kirche, hrsg. v. Kasper, W. u. a., Band 7, Maximilian bis Pazzi, Sonderausgabe Freiburg u. a. 2009, Sp. 132-137.

Hoff, Johannes / in der Schmitt, Jürgen: Hirntote Patienten sind sterbende Menschen, in: Universitas 1995, S. 328-242.

Höfling, Wolfram: Hirntodkonzeption und Transplantationsgesetzgebung, MedR 1996, S. 6-8.

ders.: Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), Berlin 2003.

ders.: Plädoyer für eine enge Zustimmungslösung, in: Universitas 1995, S. 357-364.

ders.: Über die Definitionsmacht medizinischer Praxis und die Aufgabe der Verfassungsrechtslehre, JZ 1996, S. 615-618.

ders.: Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben, JZ 1995, S. 26-33.

ders.: Von Menschen und Personen, in: Dörr, Dieter u. a. (Hrsg.), Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermaier, Heidelberg 2001, S. 363-376.

ders. / Rixen, Stephan: Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, Tübingen 1996.

Hofmann, Hasso: Die Entdeckung der Menschenrechte, Berlin u. a. 1999.

ders.: Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353-377.

ders.: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41 (1983), S. 43-86.

ders.: Grundpflichten und Grundrechte, in: Denninger, Erhard / Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 5 Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 1992.

Honecker, Martin: Einführung in die Theologische Ethik, Berlin u. a. 1990.

Isensee, Josef: Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 1982, S. 609-618.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11. Auflage, München 2011.

Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, hrsg. v. Valentiner, Th., Stuttgart 2010.

Klein, Hans Hugo: Über Grundpflichten, in: Der Staat 14 (1975), S. 153-168.

Klinge, Ines: Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung. Der Tod in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Dimension, Baden-Baden 1996.

Klinkhammer, Gisela / Richter-Kuhlmann, Eva: Mehrheit für Widerspruchslösung, in: DÄBl. 2010, A 991.

Kloepfer, Michael: Humangenetik als Verfassungsbegriff, JZ 2002, S. 417-428.

ders.: Leben und Würde des Menschen, in: Badura, Peter / Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 77-104.

Kluth, Winfried: Die Hirntodkonzeption: Medizinisch-anthropologische Begründung, verfassungsrechtliche Würdigung, Bedeutung für den vorgeburtlichen Würdeschutz, ZfL 1996, S. 3-10.

ders. / Sander, Birgit: Verfassungsrechtliche Aspekte einer Organspendepflicht, DVBl. 1997, S. 1285-1293.

Koch, Klaus: Imago Dei – Die Würde des Menschen im biblischen Text, Hamburg 2000.

ders.: Perspektiven biblischen Menschenverständnisses im Zeitalter der Technologie, in: Herms, Eilert (Hrsg.), Menschenbild und Menschenwürde, Gütersloh 2001, S. 48-70.

Koppernock, Martin: Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung. Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Baden-Baden 1997.

Kramer, Hans-Jürgen: Rechtsfragen der Organtransplantation, München 1987.

Krampe, Christoph: Qui tacet, consentire videtur. Über die Herkunft einer Rechtsregel, in: Schwab, Dieter u. a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, S. 367-380.

Kübler, Heidrun: Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, Berlin 1977.

Kühn, Hermann Christoph: Das neue deutsche Transplantationsgesetz, MedR 1998, S. 455-461.

Lampe, Peter: Menschliche Würde in frühchristlicher Perspektive, in: Herms, Eilert (Hrsg.), Menschenwürde und Menschenbild, Gütersloh 2001, S. 288-304.

Laufs, Adolf: Der Arzt – Herr über Leben und Tod?, in: Schwab, Dieter u. a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, S. 145-163.

Lerche, Peter: Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie, in: Lukes, Rudolf / Scholz, Rupert (Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, Köln u. a. 1986, S. 88-111.

Liebs, Detlef: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Auflage, München 2007.

Lorz, Ralph Alexander: Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants. Eine staatstheoretische Untersuchung an Maßstäben des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart u. a. 1993.

Luchterhandt, Otto: Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland. Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz, Berlin 1988.

Luhmann, Niklas: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3. Auflage, Berlin 1986.

Maunz / Dürig: Grundgesetz Kommentar, begr. von Maunz, Th. / Dürig, G., hrsg. v. Herzog, R., Band 1, GG-Texte bis Art. 5, (Art. 1: Erstbearbeitung D. Dürig; Zweitbearbeitung M. Herdegen), München.

Maurer, Hartmut: Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht. Bemerkungen zum Entwurf eines Transplantationsgesetzes, DÖV 1980, S. 7-15.

Merten, Detlef: Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 1978, S. 554-559.

Mommsen, Hans: Gesellschaftsbild und Verfassungspläne des deutschen Widerstandes, in: Graml, Hermann (Hrsg.), Widerstand im Dritten Reich. Probleme, Ereignisse, Gestalten, Frankfurt am Main 1994, S. 14-91.

Morlok, Martin: Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.

Nickel, Lars Christoph: Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation nach dem Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 unter Berücksichtigung der nationalen Regelungen der anderen europäischen Staaten, Diss. iur. Bonn 1999.

ders. / Schmidt-Preisigke, Angelika / Sengler, Helmut: Transplantationsgesetz. Kommentar, Stuttgart u. a. 2001.

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. Bassenge, P. u. a., 70. Auflage, München 2011.

Pluisch, Frank / Heifer, Ulrich: Die rechtliche Zulässigkeit von Leichenversuchen, NJW 1994, S. 2377-2381.

Randelzhofer, Albrecht: Grundrechte und Grundpflichten, in: Badura, Peter u. a. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band 2, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, S. 595-624.

Rixen, Stephan: Die Regelung des Transplantationsgesetzes zur postmortalen Organspende vor dem Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, S. 3389-3391.

ders.: Lebensschutz am Lebensende. Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption. Zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, Berlin 1999.

Rorty, Richard: Freud und die moralische Reflexion, in: ders., Solidarität oder Objektivität. Drei philosophische Essays, Stuttgart 1988, S. 38-81.

Rüping, Hinrich: Individual- und Gemeinschaftsinteressen im Recht der Organtransplantation, GA 1978, S. 129-137.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 5. Auflage, München 2009.

Schachtschneider, Karl Albrecht / Siebold, Dagmar I.: Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, S. 129-137.

Schild, Wolfgang: Art. Würde, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Eler, A. u. a., Band 5, Straftheorie bis Zycha. Register, 1. Auflage, Berlin 1998.

Schlaich, Klaus: Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, Tübingen 1972.

Schmidt-Bleibtreu / Klein: Kommentar zum Grundgesetz,

11. Auflage, begr. v. Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F., hrsg. v. Hofmann, H. / Hopfauf, A., Köln u. a. 2008.

8. Auflage, hrsg. v. Schmidt-Bleibtreu, B. / Klein, F., Neuwied u. a. 1995.

Schreiber, Hans-Ludwig: Der Hirntod als Grenze des Lebensschutzes, in: Goydke, Jürgen u. a. (Hrsg.), Vertrauen in den Rechtsstaat. Beiträge zur deutschen Einheit im Recht. Festschrift für Walter Remmers, Köln u. a. 1995, S. 593-599.

Schwarz, Markus / Bonelli, Johannes (Hrsg.): Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien u. a. 1995.

Seewald, Otfried: Ein Organtransplantationsgesetz im pluralistischen Verfassungsstaat, VerwArch 88 (1997), S. 199-229.

Sengler, Helmut / Schmidt, Angelika: Verfassungsrechtliche Fragen einer gesetzlichen Regelung des Transplantationsrechts, DÖV 1997, S. 718-725.

Sodan, Helge (Hrsg.): Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar, München 2009.

Spittler, Johann Friedrich: Der Hirntod ist der Tod des Menschen, in: Universitas 1995, S. 313-327.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, Allgemeine Lehren der Grundrechte: 1. Halbband München 1988, 2. Halbband, München 1994.

ders.: Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Siekmann, Helmut (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Köln u. a. 1992, S. 219-233.

Stober, Rolf: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NVwZ 1982, S. 473-479.

ders.: Grundpflichten und Grundgesetz, Berlin 1979.

Vitzthum, Wolfgang Graf: Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, S. 201-209.

v. Mangoldt / Klein / Starck, Kommentar zum Grundgesetz, begr. von v. Mangoldt, H., fortgef. v. Klein, F., hrsg. v. Starck, Chr., Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010.

v. Münch / Kunig, Grundgesetz Kommentar, begr. von v. Münch, I., hrsg. v. Kunig, Ph., Band 1, Präambel bis Art. 19, 5. Auflage, München 2010.

Wacke, Andreas: Keine Antwort ist auch eine Antwort. Qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit, JA 1982, S. 184-185.

Wagner, Edgar / Brocker, Lars: Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, S. 226-230.

Weber, Joachim / Lejeune, Stefanie: Rechtliche Probleme des rheinland-pfälzischen Transplantationsgesetzes, NJW 1994, S. 2392-2397.

Wertenbruch, Wilhelm: Grundgesetz und Menschenwürde. Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Köln u. a. 1958.

Wetz, Franz Josef: Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, ARSP 87 (2001), S. 311-327.

Die Autorin:

Franziska Kelle ist Absolventin des Masterstudiengangs Medizin-Ethik-Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, an der sie vor ihrer Ersten Juristischen Prüfung Klavier, Judaistik und Evangelische Theologie studierte. Sie war Stipendiatin des Evangelischen Studienwerks e. V. Villigst. Sie ist langjährige Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht von Prof. Michael Germann. Für ihre Promotion erhält sie ein Graduiertenstipendium des Landes Sachsen-Anhalt.

In dieser Reihe sind bisher folgende Bänder erschienen:

- Band 1 Prof. Dr. Gerfried Fischer „Medizinische Versuche am Menschen“, 2006
- Band 2 Verena Ritz „Harmonisierung der rechtlichen Regelungen über den Umgang mit humanen embryonalen Stammzellen in der EG: Bioethik im Spannungsfeld von Konstitutionalisierung, Menschenwürde und Kompetenzen“, 2006
- Band 3 Dunja Lautenschläger „Die Gesetzesvorlagen des Arbeitskreises Alternativentwurf zur Sterbehilfe aus den Jahren 1986 und 2005“, 2006
- Band 4 Dr. Jens Soukup, Dr. Karsten Jentsch, Prof. Dr. Joachim Radke „Schließen sich Ethik und Ökonomie aus“, 2007
- Band 5 Prof. Dr. Hans Lilie (Hrsg.) „Patientenrechte contra Ökonomisierung in der Medizin“, 2007
- Band 6 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – TPG)
Auszug aus dem Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG)
Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens (Transfusionsgesetz - TFG), 2007
- Band 7 Dr. Erich Steffen „Mit uns Juristen auf Leben und Tod“, 2007
- Band 8 Dr. Jorge Guerra Gonzalez, Dr. Christoph Mandla „Das spanische Transplantationsgesetz und das Königliche Dekret zur Regelung der Transplantation“, 2008
- Band 9 Dr. Eva Barber „Neue Fortschritte im Rahmen der Biomedizin in Spanien: Künstliche Befruchtung, Präembryonen und Transplantationsmedizin“ und „Embryonale Stammzellen - Deutschland und Spanien in rechtsvergleichender Perspektive“, 2008
- Band 10 Prof. Dr. Dr. Eckhard Nagel „Was ist der Mensch? Gedanken zur aktuellen Debatte in der Transplantationsmedizin aus ethischer Sicht“
Prof. Dr. Hans Lilie „10 Jahre Transplantationsgesetz - Verbesserung der Patientenversorgung oder Kommerzialisierung?“, 2008
- Band 11 Prof. Dr. Hans Lilie, Prof. Dr. Christoph Fuchs „Gesetzestexte zum Medizinrecht“, 2009
- Band 12 PD Dr. Matthias Krüger „Das Verbot der post-mortem-Befruchtung § 4 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz – Tatbestandliche Fragen, Rechtsgut und verfassungsrechtliche Rechtfertigung“, 2010

- Band 13 Prof. Dr. Jörg-Dietrich Hoppe, Dr. Marlis Hübner „Ärztlich assistierter Suizid - Tötung auf Verlangen. Ethisch verantwortetes ärztliches Handeln und der Wille des Patienten“, 2010
- Band 14 Philipp Skarupinski „Medizinische, ethische und rechtliche Aspekte der Notwendigkeit einer Kinderarzneimittelforschung vor dem Hintergrund der EG-Verordnung 1901/2006“, 2010
- Band 15 Stefan Bauer „Indikationserfordernis und ärztliche Therapiefreiheit: Berufsrechtlich festgelegte Indikation als Einschränkung ärztlicher Berufsfreiheit? Dargestellt am Beispiel der Richtlinie zur assistierten Reproduktion“, 2010
- Band 16 Heidi Ankermann „Das Phänomen Transsexualität – Eine kritische Reflexion des zeitgenössischen medizinischen und juristischen Umgangs mit dem Geschlechtswechsel als Krankheitskategorie“, 2010
- Band 17 Sven Wedlich „Konflikt oder Synthese zwischen dem medizinisch ethischen Selbstverständnis des Arztes und den rechtlich ethischen Aspekten der Patientenverfügung“, 2010
- Band 18 Dr. Andreas Walker „Platons Patient – Ein Beitrag zur Archäologie des Arzt-Patienten-Verhältnisses“, 2010
- Band 19 Romy Petzold „Zu Therapieentscheidungen am Lebensende von Intensivpatienten – eine retrospektive Analyse“, 2010
- Band 21 Dr. Andreas Linsa „Autonomie und Demenz“, 2010
- Band 20 Stephanie Schmidt „Die Beeinflussung ärztlicher Tätigkeit“, 2010
- Band 22 Dr. Carrie Scheler „Der Kaiserschnitt im Wandel – von der Notoperation zum Wunscheingriff“, 2010
- Band 23 Lysann Hennig „Wenn sich Kinder den Traumkörper wünschen – Schönheitsoperationen, Piercings und Tätowierungen bei Minderjährigen“, 2010
- Band 24 Dr. Michael Lehmann „Begründen und Argumentieren in der Ethik“, 2011
- Band 25 Dr. Susanne Kuhlmann „Der Dialyseabbruch: Medizinische, ethische und juristische Aspekte“, 2011
- Band 26 Dr. Katharina Eger „Off-label use - Eine Übersicht mit Beispielen aus dem Fachgebiet Neurologie“, 2011

- Band 27 Annette Börner „Die Macht der Sachverständigen im Arzthaftungsfall - Rolle und Auswirkungen der Sachverständigengutachten unter besonderer Berücksichtigung von Medizin, Ethik und Recht“, 2011
- Band 28 Susanne Weidemann „Von der Wirkmacht der Messwerte. Überlegungen zum verschwundenen Einzelfall in der medizinischen Praxis“, 2011
- Band 29 Christian Albrecht „Das Patientenverfügungsgesetz - Eine Bilanz der praktischen Umsetzung“, 2011
- Band 30 Dr. Erich Steffen „Macht und Ohnmacht des Richters im Arzthaftungsrecht“, 2011