



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Gesundheit

11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)95(2)
gel. ESV zur öAnh am 25.9.2019 -
Organspende
19.9.2019

Halle, den 18. September 2019

Schriftliche Stellungnahme

zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit am 25.09.2019, betreffend

- 1) den Gesetzentwurf der Abgeordneten Annalena Baerbock, Karin Maag, Hilde Mattheis, Katja Kipping, Otto Fricke, Dr. Kirsten Kappert-Gonther, Stephan Pilsinger, Dr. Heribert Hirte, Ulla Schmidt (Aachen), Kathrin Vogler und weiterer Abgeordneter

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende BT-Drucksache 19/11087

- 2) den Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Karl Lauterbach, Dr. Georg Nüßlein, Dr. Petra Sitte, Jens Spahn, weiterer Abgeordneter und weiterer Abgeordneter

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz BT-Drucksache 19/11096

- 3) den Antrag der Abgeordneten Dr. Axel Gehrke, Dr. Robby Schlund, Detlev Spangenberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Vertrauen in die Organspende – Vertrauenslösung - BT-Drucksache 19/11124

Vorbemerkung:

Die Transplantationsmedizin befindet sich seit Jahren, ausgelöst durch verschiedene „Skandale“, in einer tiefen Krise.¹ Diese kann man aus zwei Blickwinkeln beschreiben.

Aus dem Blickwinkel derjenigen, die auf eine „passende“ Organspende warten, um zu überleben oder länger und besser zu leben, besteht die Krise in der geringen Zahl an

¹ Dazu analytisch *Höfling*, ZRP 2019, 2 ff.

Spenderorganen, wobei im Jahr 2018 ein leichter Aufschwung bei der Zahl der Spender zu beobachten war. Gleichwohl sank die Zahl der gespendeten Organe (um 89 auf 2900) – was möglicherweise mit dem höheren Durchschnittsalter der Spender zu tun hat.²

Derzeit warten nach Angaben der Deutschen Stiftung Organspende (DSO) in Deutschland mehr als 10.000 Patientinnen und Patienten auf ein Spenderorgan, etwa 8.000 auf eine Niere. Damit warten etwa dreimal so viele Menschen auf eine neue Niere, wie Transplantate vermittelt werden können. Einige Patienten müssen wegen schlechten Allgemeinzustandes von der Warteliste genommen werden, andere sterben, weil kein Organ rechtzeitig zur Verfügung steht.

Aus dem Blickwinkel derjenigen, die als Spender in Betracht kommen, besteht die Krise darin, dass sie dem Transplantationswesen insoweit misstrauen, weil die gewissenhafte Anwendung der gesetzlichen Regelungen und auch die Hirntodfeststellung in Frage gestellt werden. Das gleiche gilt für die Angehörigen, die im Rahmen der geltenden erweiterten Zustimmungslösung ebenfalls entscheidungsbefugt sind.

Alle drei Gegenstände der Anhörung verfolgen das Ziel, die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen im Bereich des Transplantationswesens so zu beeinflussen, dass die Zahl der zur Verfügung stehenden Organe deutlich erhöht wird und damit das Leben von auf eine Organspende angewiesenen Menschen gerettet oder verlängert werden kann.

Um entscheiden zu können, welcher der Anträge Zustimmung und Unterstützung verdient und wo etwaige verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, bedarf es zunächst einer Einordnung der Thematik bevor auf die einzelnen Vorschläge näher eingegangen wird.

Einordnung der verfassungsrechtlichen Dimensionen der Thematik

Aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts erweist sich die Debatte über die postmortale Organspende als sehr facettenreich. Thematisch kann dabei zwischen drei Diskursfeldern unterschieden werden.

Die Hirntoddebatte

An erster Stelle ist der Streit über die Einordnung des Gesamthirntodes als sicherem Todeszeichen zu erwähnen, von der das geltende Recht (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 5 und § 16 TPG

² Von 2012 (1046 Spender) bis 2017 (797 Spender) war die Zahl rückläufig. Für 2018 meldet die DSO einen Anstieg auf 955 Spender. Siehe <https://www.dso.de>

sowie den nach § 16 TPG erlassenen Richtlinien der Bundesärztekammer³) ausgeht.⁴ Dabei geht es bei genauer Betrachtung wiederum um drei unterschiedliche Kontroversen. Zunächst um die Frage, ob auf einer naturwissenschaftlich-humanwissenschaftlichen Ebene die Aussage zutrifft, dass durch die Feststellung des Gesamthirntodes ein sicheres Indiz für den Tod des Menschen gegeben ist. Zweitens um die Frage, ob der Gesetzgeber daran anknüpfen darf. Und drittens um die Frage, welche Konsequenzen es für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Organspende hat, wenn der Gesamthirntod nicht als sicheres Todeszeichen eingeordnet werden kann.

Die erste Kontroverse ist vor-rechtlicher Natur und soll deshalb an dieser Stelle nicht vertieft behandelt werden. Die zweite hat das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss dahingehend entschieden, dass der Gesetzgeber jedenfalls entsprechend entscheiden darf.⁵ Darüber kann (weiter) gestritten werden⁶, doch soll dieser Aspekt hier nicht weiter verfolgt werden.

Weniger Beachtung hat bislang die dritte Kontroverse erfahren, weshalb darauf an dieser Stelle näher eingegangen werden soll. Denn auf den ersten Blick sollte die Ansicht, dass der Hirntod kein sicheres Todeszeichen darstellt zu einer Stärkung des Rechts auf Leben führen mit der Folge, dass eine nach herkömmlicher Terminologie postmortale Organentnahme eine Tötungshandlung darstellt und deshalb mangels Rechtfertigungsgrund unzulässig ist. Diese Schlussfolgerung wird indes vermieden und stattdessen argumentiert, im Falle einer Zustimmung zu Lebzeiten sei die Verfügung über das wegen seiner terminalen Phase weniger schützenswerte Leben legitimiert. Damit wird aber zugleich das Grundrecht auf Leben in ein Freiheitsrecht mit Verfügungsrecht umgedeutet und zugleich die Schutzwirkung des Grundrechts am Lebensende relativiert. In der Sache wird damit die Wirkkraft des Grundrechts insgesamt geschwächt und die vordergründig lebensschützende Zielrichtung der Kritik am Hirntodkonzept in das Gegenteil verkehrt.

Der relevante Zeitpunkt der Grundrechtsbetroffenheit

Ungenau erfolgt in vielen Beiträgen zur Debatte auch die Bestimmung des für die grundrechtliche Würdigung maßgeblichen Zeitpunkts der rechtlichen Wirkungen. Ganz überwiegend

³ Dazu auch Spickhoff/Scholz/Middel, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, TPG § 16, Rn. 1 ff. Zur Einordnung der Regelungen siehe auch BGH, NJW 2017, 3249 ff.

⁴ Siehe dazu im Überblick Höfling/Rixen, *Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin*, 1996; Kluth, ZfL 1996, 3 ff.; Kluth/Sander, DVBl. 1996, 1285 (1286 ff.); Körner, *Hirntod und Organspende*, 1994. Siehe auch Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, 2015. Der Deutsche Ethikrat hat mehrheitlich den Hirntod als sicheres Kriterium des Todes eines Menschen eingestuft.

⁵ BVerfG, NJW 1999, 3399 ff.

⁶ Siehe Höfling, in: ders./Friauf (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 39. EGL 2018, Art. 2 (3. Teil), Rn. 168 f. m.w.N.

wird dabei auf den Zeitpunkt der Organentnahme abgestellt und je nach Einordnung des Todeszeitpunkts auf eine Entscheidung über das Sterben oder ein postmortales Persönlichkeitsrecht abgestellt.

Dieser Ansatz vermag nicht zu überzeugen. Die Entscheidung über die Organspende und damit über das Schicksal wesentlicher Teile des eigenen Körpers sowie den Umgang mit diesem in der todesnahen Phase ist zunächst Ausdruck eines Selbstbestimmungsrechts, das tatbestandlich vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst und geschützt wird. Gesetzliche Regelungen zur Organspende, die das umfassende Bestimmungsrecht der lebenden Person nicht respektieren, sondern Entscheidungsbefugnisse Dritter begründen (wie bei der erweiterten Zustimmungslösung) oder eine mutmaßliche Einwilligung regeln, der widersprochen werden kann, greifen in dieses Bestimmungsrecht bereits zu Lebzeiten ein, weil bereits in diesem Zeitpunkt zur Wahrung des eigenen Bestimmungsrecht gehandelt werden muss.

Durch die Zuordnung der Entscheidung zum Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wird das Schutzniveau im Vergleich zu einer Verortung im Grundrecht auf Leben auch nicht abgesenkt, weil der in gleicher Weise geschützte Kernbereich dieses Grundrechts betroffen ist.⁷ Die Entscheidung über eine Organspende ist ähnlich wie die Selbstbestimmung in anderen Bereichen der personalen Identität, etwa die sexuelle Identität, der sog. Intimsphäre zuzuordnen und damit Beschränkungen grundsätzlich entzogen.⁸

Diese grundrechtsdogmatische Verortung hat zur Folge, dass es in Bezug auf die Anforderungen an die Betroffenheit der (potenziellen) Organspender⁹ nicht mehr in erster Linie darauf ankommt, ob eine hirntote Person noch lebt oder schon gestorben ist. Ähnlich wie eine ärztliche Heilbehandlung kann eine an die handlungs- und entscheidungsfähige Person adressierte gesetzliche Regelung auch nicht damit legitimiert werden, dass kein oder ein abgeschwächter Grundrechtsschutz im Hinblick auf das Recht auf Leben besteht. Vielmehr muss die Person umfassend „ernst“ genommen und in die Verfügung einbezogen werden. Die zentrale Frage ist dabei, ob die durch eine Widerspruchslösung auferlegte Handlungspflicht mit der Bedeutung der Verfügung in Einklang steht und einer „Politik der Würde“¹⁰ entspricht.

⁷ Zu den Stufen der Schutzintensität siehe BVerfGE 80, 367 (373).

⁸ Zum Schrankenregime näher *Lang*, in: BeckOK GG, 39. Edition 2018, Art. 2, Rn. 39

⁹ Für die sonstige grundrechtsdogmatische Würdigung ist die Frage aber gleichwohl von Bedeutung, wie sich später zeigen wird.

¹⁰ *Margalit*, Politik der Würde: über Achtung und Verachtung, 1997.

Die Organspende als Ausdruck von Solidarität

Versetzt man sich in die damit in den Vordergrund der Betrachtung gestellte Kommunikationskonstellation und verbalisiert man die an den Normadressaten (also jede in einem Dauer-aufenthaltsstatus in Deutschland lebende Person) adressierte Botschaft (den Normbefehl), so lautet dieser im Falle einer Widerspruchsregelung in etwa folgendermaßen: Die Gemeinschaft benötigt im Falle deines (Hirn-)Todes deine intakten Organe, um damit das Leben anderer Menschen zu retten oder zu verlängern. Solltest Du damit nicht einverstanden sein, so kannst Du widersprechen.“ Im Falle einer sog. doppelten Widerspruchslösung würde der letzte Satz dahingehend modifiziert, dass auch nahe Angehörige widersprechen können.

Die Rückfrage der Normadressaten, auf welcher rechtlichen Grundlage der Gesetzgeber von einer solchen Pflicht zur Organspende ausgehe, der man durch einen Widerspruch ausweichen könne, würde in etwa folgendermaßen beantwortet werden: „Der Staat ist verpflichtet, alles zu tun, um möglichst viele Leben zu retten oder die Lebensqualität zu verlängern. Dazu darf er von den Bürgern ein solidarisches Verhalten am Lebensende verlangen.“ Damit wird der Blick auf das dritte Themenfeld gelenkt, die Anforderungen an die gesetzliche Begründung solidarischer Verhaltensweisen in Gestalt einer Organspende.

In der rechtswissenschaftlichen Debatte wird dieser Aspekt zwar gelegentlich erwähnt, aber nur selten genau verfassungsrechtlich verortet.¹¹ In den meisten Fällen wird auf eine staatliche Schutzpflicht Bezug genommen, weil der Gesetzgeber in der Lage sei, die für den Erhalt von Leben und Gesundheit der auf eine Organspende angewiesenen Personen auf diese Weise zu schützen.¹² Diese Argumentation ist aber erstens alleine nicht tragfähig, weil auch der mit der Schutzmaßnahme verbundene Eingriff gerechtfertigt werden muss, und zweitens ist sehr zweifelhaft wie eine echte verfassungsrechtliche Schutzpflicht im vorliegenden Zusammenhang begründet werden kann. Denn als grundrechtliche Schutzpflicht setzt sie eine auf privates Verhalten zurückführbare Gefährdung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter voraus, wobei die Gefährdung von den Adressaten der Maßnahme ausgehen muss.¹³ Diese kausale Verknüpfung ist aber im Bereich der Organspende nicht ersichtlich. Es kann deshalb nur ein sozialstaatlicher Schutzauftrag¹⁴ oder die Begründung einer solidarischen Einstandspflicht gemeint sein, deren Voraussetzungen deshalb genauer zu untersuchen sind.

¹¹ Siehe aber näher *Kluth/Sander*, DVBl. 1998, 1285 (1289 ff.).

¹² Exemplarisch *Spilker*, ZRP 2014, 112 ff.

¹³ *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, 2003, S. 102 ff.

¹⁴ *Krings*, (Fn. 14), S. 350 ff.

Solidarpflichten in der deutschen Rechtsordnung

Der moderne Verfassungsstaat ist als solidarisches Bündnis konzipiert worden, in dem basierend auf der Grundlage einer Herrschaft des Rechts demokratische Mehrheitsentscheidungen akzeptiert werden und dadurch befriedend wirken. Das Mehrheitsprinzip findet dabei seine Grenze in den Grundrechten, soweit diese private Entscheidungsfreiräume sichern. Grundrechte können (nur) durch den parlamentarischen Gesetzgeber beschränkt werden, der dabei das Übermaßverbot beachten muss. Zu den absoluten Grenzen staatlicher Befugnisse gehört jedoch eine Absage an ein staatliches Verfügungsrecht über die physische Existenz. Das wird in der Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG besonders deutlich.

Die moderne Verfassungstradition ist zudem strukturell durch den im Rahmen der französischen Revolution entwickelten Dreiklang von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit geprägt, wobei die Solidarität das verbindende Element zwischen Gleichheit und Brüderlichkeit darstellt. Während die Menschen- und Bürgerrechte als Garanten der Freiheit und Gleichheit sowie das gleiche Wahlrecht im kollektiven Bewusstsein als Ausdruck von Verfassungsstaatlichkeit stark verankert sind, erfuhren die ebenso grundlegenden Entscheidungen für eine allgemeine Steuerpflicht und eine allgemeine Wehrpflicht deutlich weniger Aufmerksamkeit, obwohl sie in gleicher Weise konstitutiv waren.

Die Steuerpflicht und der Steuerstaat bilden unter anderem die Grundlage des Sozialstaats und die Wehrpflicht bildete jedenfalls bis zum Übergang zur Berufsarmee¹⁵ die Basis für die staatliche Sicherheits- und Freiheitsgarantie, wobei die Wahrscheinlichkeit einer Rückkehr zu diesem Modell nicht gering ist.

Insgesamt sind diese rechtsinstitutionellen Grundlagen des modernen Staates Ausdruck einer in der Verfassung verankerten Gegenseitigkeitsordnung, die *Görg Haverkate* in seiner Verfassungslehre eindrucksvoll herausgearbeitet hat.¹⁶

Höchstpersönliche Einstandspflichten als Ausnahmetatbestände

Sobald jedoch um höchstpersönliche Rechte und Pflichten betroffen sind, erhöhen sich die Anforderungen. Das zeigt an erster Stelle die verfassungsrechtliche Verankerung der aktuell ausgesetzten Wehrpflicht in Art. 12a GG, die einhellig als Grundpflicht qualifiziert wird¹⁷ und die im Ernstfall auch die Aufopferung des eigenen Lebens einschließt.

¹⁵ Zur Aussetzung der Wehrpflicht und der faktischen Etablierung einer Berufsarmee näher Maunz/Dürig/Schwarz, 84. EL August 2018, GG Art. 12a Rn. 18 f.

¹⁶ *Haverkate*, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992.

¹⁷ Dazu näher *Schmidt*, Grundpflichten, 1999, S. 36; Maunz/Dürig/Schwarz, 84. EL August 2018, GG Art. 12a Rn. 14.

Unterhalb dieser verfassungsrechtlich verankerten potenziellen Aufopferungspflicht erkennt das Gesetzesrecht die höchstpersönlichen Rechte und Pflichten als Grenzen einer staatlichen Inanspruchnahme an.¹⁸

Im Fall der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323a Abs. 1 StGB, in der die Pflicht zu solidarischem Verhalten in Unglückslagen am allgemeinsten zum Ausdruck kommt¹⁹, ist anerkannt, dass die Pflicht zur Hilfeleistung nicht nur an Pflichtenkollisionen²⁰, sondern auch im Falle der Gefährdung des eigenen Lebens und der eigenen Gesundheit ihre Grenze findet. Wer aus physischen oder psychischen Gründen nicht helfen kann, wem zu große Opfer abverlangt würden oder wer etwas mindestens genauso Wichtiges tut, verletzt bereits keine von der Strafnorm der unterlassenen Hilfeleistung vorausgesetzte Verhaltensnorm. Bereits das tatbestandmäßige Verhalten der unterlassenen Hilfeleistung ist deshalb individualisierend zu bestimmen.²¹

Auch im Falle der Heranziehung als nichtverantwortliche Person zur Mitwirkung an einer Maßnahme der Gefahrenabwehr (sog. Polizeilicher Notstand) nach den weitgehend gleichlautenden Regelungen der Polizeigesetze des Bundes und der Länder ist eine solche Aufopferungsgrenze gesetzlich vorgesehen. Danach darf es durch die Inanspruchnahme weder zu einer erheblichen eigenen Gefährdung und noch zu einer Verletzung eigener höherwertiger Pflichten kommen.²²

Eine Gesamtschau dieser für die Rechtsordnung zentralen Regelungen lässt erkennen, dass einerseits in besonderen Bedrohungs-, Unglücks- und Gefahrenlagen eine solidarische Grundpflicht zur Hilfeleistung anerkannt wird, dass aber unterhalb der existenziellen Bedrohung der staatlichen Freiheits- und Friedensordnung in Bezug auf die aufzuopfernden Interessen eine klare Grenze gezogen wird. Die entscheidende Frage ist in Bezug auf die Erwartungen solidarischen Verhaltens im Bereich der Organspende deshalb, ob und mit welchem Ergebnis diese allgemeinen Wertungen übertragen werden können.

Übertragung auf die Organspende

Vergleicht man die gesetzlich normierten Fallkonstellationen mit der Organspende, so ergeben sich gleichermaßen Ähnlichkeiten und Unterschiede. Maßgeblich ist dabei die Perspektive des (potenziellen) Spenders, da dieser in Anspruch genommen werden soll.

¹⁸ Siehe bereits *Kluth/Sander*, DVBl. 1998, 1285 (1289 ff.).

¹⁹ BeckOK StGB/*von Heintschel-Heinegg*, 40. Ed. 1.11.2018, StGB § 323c Rn. 3: „soziale Mindestsolidarität“.

²⁰ BeckOK StGB/*von Heintschel-Heinegg*, 40. Ed. 1.11.2018, StGB § 323c Rn. 5.

²¹ MüKoStGB/*Freund*, 3. Aufl. 2019, StGB § 323c Rn. 90.

²² Siehe näher *Denninger*, in: *Lisken/ders.*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, S. 277, Rn. 140 ff.

Für den Unglücksfall, von dem der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ausgeht, ist charakteristisch, dass die zur Hilfeleistung verpflichteten Personen gewissermaßen zufällig mit diesem in Kontakt kommen, weil sie sich in örtlicher Nähe aufhalten. Es besteht somit ein räumliches Näherverhältnis, aus dem sich unter weiterer Bezugnahme auf eine objektiv bestehende Hilfsmöglichkeit eine Handlungspflicht ergibt. Eine irgendwie geartete Verursachung des Unglücks durch den Handlungspflichtigen wird nicht verlangt.

Im Fall des polizeilichen Notstands verhält es sich insoweit ähnlich, als auch hier eine irgendwie geartete Verantwortlichkeit für das Bestehen der gegenwärtigen Gefahrenlage nicht vorliegen darf. Hinzu kommt, dass die in Anspruch genommene Person in der Lage sein muss, einen Beitrag zur Gefahrenabwehr zu leisten. Das setzt wiederum eine bestimmte räumliche Nähe voraus. In beiden Fällen wird zudem eine Aufopferungsgrenze statuiert.

Die Konstellation der Organspende gleicht diesen beiden Konstellationen insoweit, als auch die Angewiesenheit auf eine Organspende in einem weiteren Sinne als „Unglück“ oder „erhebliche Gefahr“ qualifiziert werden kann.

Die zeitliche Dringlichkeit („gegenwärtig“) ist zumindest in der Regel nicht in gleicher Art und Weise vorhanden, weshalb die Möglichkeit, andere Möglichkeiten der Abhilfe zu suchen, deutlich größer sind. Auch das zusätzliche eingrenzende Element der räumlichen Nähe fehlt. Das bedeutet zugleich, dass es sehr viel schwieriger ist, konkrete Adressaten der Pflicht aus der unbestimmten Allgemeinheit der Mitglieder der Gesellschaft zu identifizieren. Es kann somit nur eine an die Gesamtheit gerichtete Pflicht formuliert werden, wie dies bei der Wehrpflicht der Fall ist.

Schließlich bleibt zu klären, welches Gewicht man der Inanspruchnahme einer Person für Zwecke einer postmortalen Organspende beimisst, wenn zugleich die Möglichkeit eines einfachen oder doppelten Widerspruchs besteht und folglich eine niederschwellige Ausweichmöglichkeit.

Ausgangspunkt der Überlegungen muss auch hier sein, dass es auf die Betroffenheit im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu Lebzeiten ankommt und nicht auf das postmortale Geschehen. Auch insoweit können vergleichende Überlegungen die Einordnung erleichtern.

Wie in anderen Rechtsbereichen eine den inneren Bereichen des Persönlichkeitsrechts betreffende Verhaltenspflicht begründet die keine Achtungspflicht in Bezug auf Interessen Dritter darstellt, so ist die persönliche Adressierung (Bekanntgabe) die Regel.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei einer allgemeinen gesetzlichen Regelung in die Abwägung diejenige Variante der Gewichtung einzustellen ist, bei der der Normadressat dem

Verfügungsrecht über das Schicksal des eigenen Körpers nach dem Tod ein sehr hohes Gewicht beimisst. Das aber hat zur Folge, dass bei einer Widerspruchslösung von einer hohen Eingriffsintensität auszugehen ist. Daran ändert auch die Widerspruchsmöglichkeit nichts, weil die Wahrung des Persönlichkeitsrechts in jedem einzelnen Fall nicht hinreichend sichergestellt ist.

Es sprechen deshalb gute Gründe dafür, insgesamt davon auszugehen, dass die Organspende keine den anerkannten Fallgruppen von solidarischen Verhaltenspflichten vergleichbare Konstellation darstellt. Sie ist vielmehr mit der Konstellation der Wehrpflicht zu vergleichen und wäre deshalb nur im Falle einer Verankerung in der Verfassung als Grundpflicht verfassungskonform. Selbst dann dürfte sich aber eine individuelle Aufklärung über das Bestehen der Pflicht, wie bei der Wehrpflicht, als zwingend erforderlich erweisen.²³

Folgeüberlegungen für die Ausgestaltung des Transplantationsrechts

Vor dem Hintergrund der erheblichen Bedeutung von Abwägungsentscheidungen ist es schwer zu prognostizieren, ob eine einfache oder doppelte Widerspruchslösung einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle in Karlsruhe standhält. Deshalb soll an dieser Stelle auch nicht lediglich auf ein gut begründbares Verdikt der Verfassungswidrigkeit gesetzt werden²⁴, sondern auch auf positive Gestaltungsoptionen eingegangen werden, die zu einer Erhöhung der Spendebereitschaft beitragen können.

Ein denkbarer Weg könnte darin bestehen, den Gedanken der Gegenseitigkeitsordnung im Hinblick auf das Themenfeld Organspende stärker zu entwickeln und dadurch einen Beitrag zur Steigerung der situationsunabhängigen Hilfsbereitschaft zu leisten.

Das schon vielfach diskutierten und vor allem von Ökonomen favorisierte Club-Modell, bei dem nur Personen als Empfänger in Betracht kommen²⁵, die sich zuvor auch zur Organspende bereiterklärt haben, hat sich als mit dem deutschen Sozialstaatsverständnis nicht kompatibel erwiesen.

Auch der bereits angesprochene Weg, durch eine Verfassungsänderung der Thematik eine größere Aufmerksamkeit zu verleihen und eine entsprechende Grundpflicht zu begründen,

²³ So auch *Kadelbach/Müller/Assakkali*, JuS 2012, 1093 (1096).

²⁴ Das in Bezug auf eine einfache Widerspruchslösung in der Literatur vielfach geteilt wird, Siehe etwa *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009; *Höfling*, ZRP 2019, 2 (3 f.). In Bezug auf eine doppelte Widerspruchslösung sieht es bereits anders aus. Siehe nur *Kelle*, Widerspruchslösung und Menschenwürde, 2011.

²⁵ Dazu exemplarisch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verteilung von Spenderorganen. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung der eigenen Spendebereitschaft, WD 3 - 280/07.

erweist sich als strategisch nicht sinnvoll, weil dabei der Eindruck einer Vereinnahmung durch den Staat entstehen kann.

Vorzugswürdig scheint deshalb eine Strategie, die auf die Komponenten Information und Vertrauen setzt und dabei Organspenden nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen Zustimmung zu Lebzeiten ermöglicht.

Widersprüche bei der Widerspruchslösung - Lehren aus dem spanischen Paradoxon

Im deutschen politischen Diskurs über die wirksamere Regelungsform der Organspende findet sich regelmäßig der Hinweis, dass erstens die meisten europäischen Staaten die Widerspruchslösung bevorzugen²⁶ und dass in diesen Ländern eine z.T. deutlich höhere Organspendequote zu verzeichnen ist.²⁷ Das gilt vor allem für Spanien, das über die höchste Spenderquote verfügt.²⁸

Die genauere Betrachtung zeigt indes, dass der Rückschluss von der Widerspruchslösung auf eine hohe Spenderquote in Spanien problematisch ist, weil in der Praxis keine Organtransplantationen ohne Zustimmung der Familie (der aktuellen deutschen Rechtslage) bzw. lebzeitige Zustimmung des Spenders vorgenommen werden.²⁹ Aktuelle Berichte zur spanischen Praxis weisen vor diesem Hintergrund darauf hin, dass weitere institutionelle Faktoren ausschlaggebend sind.

Zunächst wird auf die „staatsnahe Organisation“ der Organspende hingewiesen, die für das Vertrauen der Bürger in dieses System eher förderlich.³⁰ Dieses Vertrauen habe in Deutschland in den vergangenen Jahren gelitten.

Auch bei den Transplantationsbeauftragten der Krankenhäuser gebe es Unterschiede. In Spanien gebe es umfassend ausgebildete Intensivmediziner, die dafür eigens freigestellt werden. In Deutschland werde diese Aufgabe oft nur nebenbei erledigt. Weiter seien in Spanien die Transplantationsbeauftragten der Organspendeorganisation direkt unterstellt. In Deutschland

²⁶ Unter anderem Belgien, Finnland, Frankreich, Italien, Kroatien, Luxemburg, Polen, Schweden, Ungarn und Österreich. Siehe auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Informationen zur Entwicklung der Zahl der Organspenden und zum Organspende-Verfahren in Deutschland, Kroatien, Schweden, Spanien und den USA, WD 9 - 3000 - 025/18.

²⁷ Siehe etwa *Spilker*, ZRP 2014, 112.

²⁸ Auf eine Million Einwohner kommen in Deutschland ca. zehn postmortale Organspender. Zum Vergleich: in Österreich liegt die Zahl bei 24,1, in Spanien bei 40,1.

²⁹ https://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/organspende/article/975345/organspende-spanien-widerspruchslösung-erfolgreich.html In der Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, WD 9 - 3000 - 025/18, wird darauf nicht eingegangen, weshalb die dortige Würdigung zwar formalrechtlich und statistisch korrekt, in Bezug auf die Praxis aber unvollständig ist.

³⁰ Das fordert aus verfassungsrechtlichen Gründen auch *Höfling*, ZRP 2019, 2 (5 f.).

lege man, um sich nicht dem Verdacht einer Einflussnahme auf Angehörige auszusetzen, Wert auf Unabhängigkeit.

Weiteren Studien zufolge werde in Deutschland bei Todgeweihten die Therapie früher als etwa in Spanien auf reine Palliativbetreuung, also Schmerzlinderung, umgestellt. Eine nicht unwichtige Rolle spielten dabei Patientenverfügungen ohne klare Äußerung zu Organspenden.³¹ In Spanien führe man die Intensivtherapie öfter bis zum Nachweis des irreversiblen Hirnfunktionsausfalls fort. Das sei eine Voraussetzung für jede Organspende.

Hinzu komme ein „ganz anderer gesellschaftlicher Konsens“. Politiker in Spanien priesen die hohe Spendebereitschaft als Beleg für den sozialen Zusammenhalt des Landes. Spanische Kliniken seien stolz darauf, viele Organspender vorweisen zu können. In Deutschland sei eher eine Hemmschwelle zu beobachten. Viele Klinikmitarbeiter tun sich schwer damit, Angehörige auf die Möglichkeit einer Organspende anzusprechen. Auszeichnungen für besonderes Spenden-Engagement würden hierzulande nicht im Eingangsbereich, sondern allenfalls im Verwaltungstrakt ausgehängt, in der Sorge, Patienten und Angehörige könnten befürchten, das Klinikum sei weniger an bestmöglicher gesundheitlicher Versorgung als an der Gewinnung von Spenderorganen interessiert. Dabei ist das Gegenteil richtig. Krankenhäuser mit einem hohen Organspendeaufkommen haben eine qualitätsvolle Intensivmedizin und setzen sich bis zuletzt ganz besonders für ihre Patienten ein.

Die Bedeutung organprotektionistischer Maßnahmen

Mit Blick auf die medizinischen Anforderungen an eine Organspende ist in diesem Zusammenhang auch die zuletzt von *Höfling* thematisierte Organprotektion zu berücksichtigen.³² Dabei geht es um die Art und Weise der medizinischen Versorgung am Lebensende. Um eine Organspende durchführen zu können, muss die medizinische Versorgung maximal durchgeführt werden, um die zu transplantierenden Organe nicht zu schädigen. In vielen Patientenverfügungen wird aber die Reduktion der medizinischen Maßnahmen in der terminalen Lebensphase verfügt. Dadurch wird faktisch die Spenderquote auch im Falle einer Widerspruchslösung gesenkt.

Da die Aufrechterhaltung einer maximalen Versorgung aber auch unabhängig von einer ausdrücklichen Erklärung problematisch weil medizinisch nicht geboten ist, kommt es im Falle einer Widerspruchsregelung allgemein zu einem Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten, da die gesetzliche Regelung nicht in diesen Bereich eingreifen kann, weil

³¹ <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/organspenden-in-spanien-ein-herz-fuer-den-naechsten/12842284.html>

³² *Höfling*, ZRP 2019, 2 (4).

insoweit die Spender oder deren Angehörige eine entsprechende Einwilligung erteilen können und müssen. Spätestens an dieser Stelle zeigt sich die Dysfunktionalität des Ansatzes.

Folgerungen in Bezug auf die diskutierten Reformvorschläge

Im Bereich der organisatorischen Rahmenbedingungen an den Krankenhäusern hat der deutsche Gesetzgeber inzwischen reagiert und sowohl strukturelle als auch finanzielle Verbesserungen auf den Weg gebracht.³³ Die Vorschläge sind auf weitgehende Zustimmung gestoßen.

Der Übergang zu einer Widerspruchslösung, wie er durch den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz (BT-Drs. 19/11096) vorgeschlagen wird, erweist sich vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen als problematisch und zwar vor allem mit Blick auf eine einfache Widerspruchslösung sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus gesellschaftsbezogener und institutioneller Perspektive.

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts erweist sich jedenfalls eine sog. Widerspruchslösung als problematisch, weil der mit ihr verbundene schwere Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, das auch die Bestimmung darüber, was mit den eigenen Organen nach dem Tod geschehen soll, umfasst, einerseits mit Blick auf die jedenfalls nach rechtsvergleichenden Erkenntnissen nicht erforderlich ist und andererseits durch gegenläufige Rechtswerte nicht angemessen ist. Dem Gesetzgeber steht nach derzeitiger Verfassungsrechtslage kein Recht zu, eine solidarische Verhaltenspflicht aufzuerlegen, die in höchstpersönliche Rechte eingreift.

Aus der Perspektive des gesellschaftlichen Zusammenhalts und des institutionellen Rahmens wird deutlich, dass eine staatlichen „Inanspruchnahme“ des eigenen Körpers zur Erhöhung der Organspendequote sich als kontraproduktiv erweist, weil dadurch das Vertrauen in das Transplantationssystem eher geschwächt und nicht gestärkt wird.

Vor diesem Hintergrund lassen sich zudem gute Gründe anführen, die Organisation des Transplantationsgeschehens aus der bisherigen rechtlich schwach konturierten Selbstorganisation in eine durch klare Legitimation und Zuständigkeiten definierte staatliche Verantwortung zu überführen, die durchaus auch Elemente der Selbstverwaltung aufweisen kann. Diese müsste aber durch klare öffentlich-rechtliche Strukturen und Verantwortlichkeiten ausgewiesen sein.

Ob und unter welchen Voraussetzungen in diesem Zusammenhang Erklärungspflichten sinnvoll und hilfreich sind, sei an dieser Stelle dahingestellt. Mit Blick auf die Stärkung des

³³ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes – Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende BT-Drs. 19/6915.

Vertrauens in der Gesellschaft auf das System der Organspende und die Achtung der individuellen Präferenzen können aber gute Gründe gegen eine solche Regelung angeführt werden.³⁴

Gegenseitigkeitsordnung in Verfassung und Gesellschaft

Die Organspende lebt von einer akzeptierten Gegenseitigkeitsordnung in der Gesellschaft, die man auch als Solidarität bezeichnen kann. Das Grundgesetz gestaltet diese Gegenseitigkeitsordnung nicht explizit aus. Das hat zur Folge, dass vom parlamentarischen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung die allgemeinen grundrechtlichen Schranken zu beachten sind. Diese ermöglichen, vorliegend rückvergewissert durch eine Analyse der anerkannten Hilfeleistungs- und Aufopferungspflichten, zwar die Auferlegung von Pflichten zu solidarischem Handeln, das aber den Kernbereich der Entscheidungszuständigkeit des Einzelnen über die Frage, wie mit seinen Organen nach dem Tod verfahren wird, respektieren muss. Die einfache Widerspruchslösung genügt diesen Anforderungen nicht. Die doppelte Widerspruchslösung mag man für noch zulässig halten. Sinnvoll und tragfähig im Sinne einer Verbesserung des Vertrauens in das Transplantationswesen erscheinen aber nur gesetzliche Regelungen, die im Rahmen eines klaren, Interessenkonflikte vermeidenden institutionellen Rahmens auf der Zustimmung der Spender zu Lebzeiten und notfalls einer stellvertretenden Zustimmung von Angehörigen basieren, die auch organprotektionistische Maßnahmen in der terminalen Lebensphase einbeziehen.

Würdigung der vorgelegten Entwürfe

Aus dem Blickwinkel der vorstehend entwickelten verfassungsrechtlichen Beurteilung sowie mit Blick auf die gesellschaftsbezogenen Bedingungen einer größeren Bereitschaft der eigenverantwortlichen Entscheidung für eine Organspende erscheint der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende (BT-Drs. 19/11087) vorzugswürdig, weil er keine verfassungsrechtlichen Probleme aufwirft und dazu beiträgt, die Bereitschaft zur Organspende, die latent in der Gesellschaft vorhanden ist, auch in einen praktischen Entschluss und die Erklärung der Spendebereitschaft zu überführen.

(Prof. Dr. Winfried Kluth)

³⁴ Siehe dazu Deutscher Ethikrat, Hirntod und Entscheidung zur Organspende, 2015, S. 118 ff.