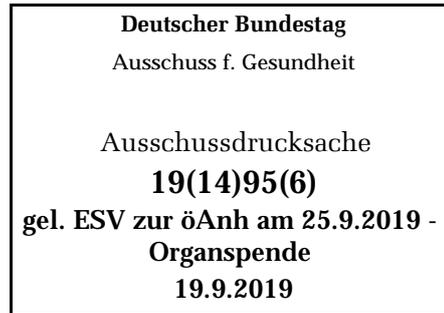


**Prof. Dr. Friedhelm Hufen**

o. Professor für Öffentliches Recht -  
Staats- und Verwaltungsrecht  
an der Universität Mainz  
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs  
Rheinland-Pfalz a.D.



D-55128 Mainz, 26.09.18  
Backhaushohl 62  
Tel.: (06131) 3 44 44  
hufen @uni-Mainz.de

**Stellungnahme**  
**zur öffentlichen Anhörung zur Änderung des Transplantationsgesetzes**  
**im Rahmen der 59. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages**  
**am 25. September 2019**

**I. Gegenstand, Problemstellung**

1. **Gegenstand** der Stellungnahme ist die verfassungsrechtliche Beurteilung der Gesetzentwürfe für eine Änderung des Transplantationsgesetzes

- BTDrucks. 19/11087, Abgeordnete *Baerbock* et al.;
- BTDrucks. 19/11096, Abgeordneter *Lauterbach* et al und
- BTDrucks. 19/11124, Abgeordneter *Gehrke* et al.

Da der Entwurf *Lauterbach* der Weitestgehende und aus verfassungsrechtlicher Sicht umstrittene ist, konzentriert sich die Stellungnahme auf diesen. Die beiden anderen Entwürfe werden im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als möglicherweise „mildere Mittel“ behandelt. Die Stellungnahme ist strikt beschränkt auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit.

2. Mit „Widerspruchsregelung“ ist die Unterstellung der Spendenbereitschaft bei nicht erklärtem Widerspruch des Betroffenen bzw. seiner Hinterbliebenen („erweiterte Widerspruchsregelung“) gemeint. Rechtlich handelt es sich um eine fingierte Einwilligung und nicht um eine Entnahme von Organen ohne Einwilligung oder gar gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen.

3. Der Aufbau folgt dem geläufigen Schema der Grundrechtsprüfung: Ermittlung des Schutzbereichs berührter Grundrechte (II) sowie Klärung der Frage, ob die Widerspruchsregelung in diese Grundrechte eingreift (III) und ob ein solcher Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre (IV). Abschließend geht es um die Erstreckung des Widerspruchsrechts auf nahe Angehörige und Betreuer („erweiterte Widerspruchsregelung“ (V)).

## II. Schutzbereiche möglicherweise betroffener Grundrechte

4. Als verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe kommen in Betracht:

- Die Menschenwürde (Art. 1. Abs. 1 S. 1 GG),
- das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG),
- das postmortale Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 I 1 GG),
- die Selbstbestimmung über den eigenen Körper (Art. 2 I GG iVm Art. 2 II GG),
- die Glaubens- und Religionsfreiheit hinsichtlich des Umgangs mit dem Leichnam (Art. 4 GG),
- das Eigentum am Körper und an Körperteilen (Art. 14 GG) sowie
- die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Gestalt eines Rechts auf Nichtbefassung und Nichtentscheidung (Art. 2 I GG).

5. Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1. Abs. 1 S. 1 GG) schützt den grundlegenden Eigenwert des Menschen als Person, den Kern der körperlichen und seelischen Integrität und Intimität und verbietet es, den Menschen zu erniedrigen oder zum bloßen Objekt staatlicher Willkür zu machen. Der personelle Schutzbereich umgreift auch den toten Menschen – unabhängig von der Definition des Todeszeitpunkts.

6. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) schützt die physische und psychische Integrität des Menschen und die Freiheit von körperlichem und seelischem Leiden, unabhängig vom Stand des Bewusstseins und der Selbstbestimmung. Das Grundrecht endet mit dem Tode. Umstritten ist allerdings dessen Zeitpunkt. Mit der ganz überwiegenden Meinung wird in der Folge davon ausgegangen, dass hierfür der Hirntod, definiert als der *endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms* (§ 3 II 2 TPG) und nicht erst das Absterben weiterer Organe oder gar der letzten Körperzelle maßgeblich ist.

7. In engem Zusammenhang mit der Menschenwürde und der freien Entfaltung umfassen das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) auch das Recht zu bestimmen, was nach dem Tod mit dem Leichnam und einzelnen Körperteilen geschehen soll. Als postmortales Persönlichkeitsrecht gilt es über den Tod hinaus und schützt insbesondere die Totenruhe und die Achtung vor der verstorbenen Person.

8. Die Selbstbestimmung über den eigenen Körper ist sowohl Bestandteil des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) als auch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der freien Entfaltung der Person (Art. 2 I GG iVm Art. 2 II GG). Als solche umfasst sie grundsätzlich Einwilligungsbefähigung jedes ärztlichen Eingriffs einschließlich der Entnahme von Organen und gilt über den Tod hinaus. Die diesbezügliche Willensentscheidung kann auch konkludent ausgeübt oder als mutmaßlich vorliegend angesehen werden.

9. Die meisten Religionsgemeinschaften treffen Aussagen zur Bestattung und zum Umgang mit dem menschlichen Leichnam. Deshalb kann durch Regelungen zur Organentnahme und zur Transplantation die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) berührt sein.

10. Es ist umstritten, ob verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum (Art. 14 GG) am Körper und an Körperteilen bestehen kann. Träger des Grundrechts kann insofern – hinsichtlich von Körperteilen jedenfalls bis zur Entnahme - nur der jeweilige Mensch, nicht etwa ein Erbe oder Erwerber sein. Fraglich sind auch Inhaltsbestimmung und Sozialpflichtigkeit.

11. Obwohl Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Persönlichkeit „aktive Grundrechte“ und Ausdruck eines auf Eigenverantwortung und positiver Selbstbestimmung gegründeten Menschenbildes sind, schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch ein Recht auf Passivität, „Nicht-Entscheidung“ und sogar Verdrängen. Der Stellenwert dieses Grundrechts gegenüber gesetzgeberischen Entscheidungen und anderen Grundrechten ist keine Frage des Schutzbereichs, sondern der Schranken.

### **III. Eingriff**

12. Die Widerspruchsregelung stellt keinen Eingriff (Antastung) in die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) dar. Der Mensch bleibt in seiner persönlichen Eigenständigkeit und Würde erhalten, er wird auch nicht bloßes Objekt staatlicher Willkür oder der gänzlichen Instrumentalisierung für den Staat oder Dritte. Anders wären möglicherweise die Verwendung von menschlichen Körperteilen für die Entwicklung von Hybriden und Robotern sowie die Kommerzialisierung durch staatlich initiierten „Organhandel“ zu beurteilen.

13. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) endet mit dem Tode, kann also – anders als das auch postmortal wirkende Persönlichkeitsrecht - durch die Widerspruchsregelung und Entnahme von Körperteilen nicht (mehr) tangiert werden.

14. Wie im Hinblick auf die Menschenwürde wird der Mensch durch die Widerspruchsregelung und die Entnahme von Körperteilen auch nicht in der grundsätzlichen Achtung seiner Person und seiner Entscheidung in persönlichen Angelegenheiten beeinträchtigt. Durch die Möglichkeit des Widerspruchs ist auch das Recht zur Entscheidung über den Körper nach dem Tode gewahrt.

15. Besonders ernst zu nehmen sind Bedenken gegen die Widerspruchsregelung im Hinblick auf die Selbstbestimmung über den eigenen Körper (Art. 2 I GG iVm Art. 2 II GG). Diese münden in dem Argument, dass nur die freiwillige und ausdrückliche Einwilligung einen Eingriff in den Körper rechtfertigen und nicht unterstellt oder fingiert werden könne. Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Selbstbestimmung und dem Grundsatz der Freiwilligkeit der Spende aber durch die jederzeit bestehende Möglichkeit des Widerspruchs hinreichend Rechnung getragen. Der Mensch wird durch die Widerspruchsregelung sogar darin bestärkt, dieses sonst „schlummernde“ Grundrecht auch wirklich auszuüben. Ausgeschlossen ist in jedem Fall eine Organentnahme gegen den erklärten Willen des Betroffenen.

16. Medizinisch und rechtlich gesehen ist die Aufrechterhaltung von Körperfunktionen zur Erhaltung der Transplantierbarkeit von Organen nach Eintritt des Hirntods keine lebenserhaltende Maßnahme. Deren Ausschluss oder Begrenzung durch eine Patienten-

verfügung erfasst also nicht den Organerhalt zur Vorbereitung einer Transplantation. Gleichwohl sollte der Gesetzgeber das Verhältnis von nicht vorliegendem Widerspruch und vorliegender Patientenverfügung klären.

17. Auch die Religions-, Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) sind gewahrt, denn der Betroffene oder dessen Hinterbliebene können durch die Ausübung des Widerspruchsrechts zuverlässig verhindern, dass mit dem Leichnam in einer religiösen Geboten widersprechenden Weise verfahren wird.

18. Da das Eigentum am Körper und an Körperteilen (Art. 14 GG) – falls als solches bestehend - mit dem Tode endet und nicht vererbbar ist, stellt die Entnahme von Organen nach dem Hirntod keinen Eingriff in das Eigentum dar. Auch kann der Widerspruch als vorgehende (negative) Verfügung über das Eigentum an Organen und Körperteilen gedeutet werden. Liegt diese nicht vor, so kann der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über die Verwendung bestimmen.

19. Unstreitig wäre die Einführung der Widerspruchsregelung ein Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Gestalt des Rechts auf Nichtbefassung und Nichtentscheidung (Art. 2 I GG), denn der Betroffene ist – will er die Organentnahme zuverlässig verhindern – zur Befassung mit einer Lebensentscheidung und zur Abgabe einer Willenserklärung gezwungen.

#### **IV. Rechtfertigung des Eingriffs**

20. Die Einführung der Widerspruchsregelung bedarf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlagen. Mindestinhalt wären Träger und Form des Widerspruchsrechts, Zuständigkeiten und Verfahren, Transparenz und Beratung, Sicherung der Durchsetzung eines ausgeübten Widerspruchs, Erfolgskontrolle und weitere für den Grundrechtsschutz durch Verfahren unerlässliche Gewährleistungen. Diese Voraussetzungen sind in den §§ 2 – 4 TransplantationsG i.d.F. des Entwurfs Lauterbach et al erfüllt.

21. Eingriffe in die Selbstbestimmung und andere Grundrechte bei Nichtausübung eines Widerspruchsrechts oder einer positiven Willenserklärung sind der Rechtsordnung nicht fremd. Wichtige Beispiele bilden die Patientenverfügung, das Testament, die Präklusion und Verwirkung von Verfahrensrechten, die fingierte Klagerücknahme, die (frühere) Erklärung der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen usw. Das Recht auf Nichtbefassung mit der Frage der Organspende stellt demgegenüber keinen kategorial anders gelagerten Fall dar.

22. Das Recht auf Nichtbefassung als Bestandteil der freien Entfaltung der Persönlichkeit wird durch die verfassungsmäßige Ordnung eingeschränkt. Als verfassungsimmanente Schranke und überragend wichtiges Gemeinschaftsgut sind das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit potentieller Organempfänger und die internationale Solidarität im Rahmen von „Eurotransplant“ zu beachten. Darüberhinaus gelten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die praktische Konkordanz von Grundrechten der potentiellen Spender und Empfänger.

23. Angesichts der Erfahrungen im Ausland und in Wahrnehmung seiner Einschätzungsprärogative darf der Gesetzgeber von einer Eignung der Widerspruchsregelung zur Steigerung der Anzahl von Spenderorganen ausgehen.

24. Im Vergleich zu der im Entwurf *Lauterbach* et al vorgesehenen Widerspruchsregelung stellen die Entwürfe *Baerbock* und *Gehrke* zwar im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit das „mildere Mittel“ dar. Fraglich ist jedoch, ob sie angesichts der Notsituation der potentiellen Organempfänger gleich gut geeignet sind. Während der Entwurf *Gehrke* - abgesehen von plakativen Aufforderungen zur gesetzlichen Klarstellung - überhaupt keine Änderung der derzeitigen Gesetzeslage enthält und damit der Schutzpflicht des Staates für das Recht auf Leben in keiner Weise gerecht wird, enthält der Entwurf *Baerbock* durchaus erwägenswerte Maßnahmen zur Verbesserung der Information und des Verfahrens. Diese sind allerdings auch nach der derzeitigen Gesetzeslage schon möglich und haben erkennbar zu keiner Verbesserung der Lage geführt. Auch bestehen große Bedenken, ob angesichts der Überlastung der Einwohnermeldeämter und Verkehrsbehörden eine angemessene Information und Beratung verfahrensmäßig möglich wären.

25. Angesichts des Gewichts der Grundrechte und des Leidens der Organempfänger ist die Widerspruchsregelung auch zumutbar. Denkbar ist auch ein „Stufenmodell“ von (teilweise bereits ergriffenen) organisatorischen Verbesserungen, Elementen aus den Alternativentwürfen und – bei fehlendem Erfolg – der Einführung der Widerspruchsregelung.

## **V. Beurteilung der erweiterten Widerspruchsregelung (Einwilligung der Angehörigen)**

26. Angehörige können die genannten höchstpersönlichen Grundrechte allenfalls treuhänderisch wahrnehmen, sind aber selbst nicht Träger der genannten Grundrechte. Die vorgeschlagene Erweiterung des Widerspruchsrechts für nahe Angehörige dient nur dem Schutz des Verstorbenen und ist verfassungsrechtlich nicht unabdingbar. Einen Sonderfall bildet das Elternrecht (Art. 6 II GG) bei Minderjährigen.

## **VI. Zusammenfassung**

27. In der Gesamtwürdigung wäre die Einführung der Widerspruchsregelung jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht unbedenklich. Von entscheidender Bedeutung ist allerdings, dass die Organisation und die Verfahren für die Organspende so ausgestaltet werden, dass Irrtum und Missbrauch ausgeschlossen sind. Der Widerspruch muss aus der Sicht der Bürger jederzeit und unbürokratisch möglich sein und in einem zentralen Register, dem Personalausweis, dem Führerschein oder einer Gesundheitskarte dokumentiert werden. Es muss unter allen Umständen sichergestellt werden, dass ein Widerspruch im Ernstfall Beachtung findet.

Tel.: (06131) 39-22354, Fax: (06131) 39-24247  
[hufen@uni-mainz.de](mailto:hufen@uni-mainz.de)