



Universität Greifswald, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
D – 17487 Greifswald

Rechts- und Staats-
wissenschaftliche
Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozial- und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. iur. Heinrich Lang,
Dipl. Sozialpäd.

Telefon: +49 3834 86-2174
Telefax: +49 3834 86-2113
heinrich.lang@uni-greifswald.de

Greifswald, den 22. September 2019

Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit am 25. September 2019 zu folgenden Gesetzentwürfen:

1. Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Karl Lauterbach, Dr. Georg Nüßlein, Dr. Petra Sitte, Jens Spahn und weiterer Abgeordneter, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096.
2. 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-Drs. 19/11087.
3. 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-Drs. 19/11124.

A. Vorbemerkungen¹

Seit jeher sind die normativen Ausgestaltungen des transplantationsmedizinischen Systems nicht nur in ihren Einzelheiten umstritten.² Vor allem die Diskussion um eine adäquate Regelung der für die Organentnahme und die sich anschließende Transplantation erforderlichen Zustimmung des potentiellen Organspenders hat gesetzgeberischen Aktivitäten innerhalb des Referenzbereichs begleitet und war schon bei der Schaffung des Transplantationsgesetzes (TPG) im Jahre 1997 virulent. Dieser Kontroverse kommt in juristischer Perspektive erhebliche Bedeutung zu. Konsens bestand und besteht nämlich darüber, dass nach deutschem Verfassungsrecht eine Organentnahme ohne die erforderliche Zustimmung verfassungswidrig ist. Dem Transplantationsgesetz lag von Anfang an die sog. erweiterte Zustimmungslösung³ zugrunde. Der Gesetzgeber war sich dabei der verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Widerspruchslösung⁴ bewusst. Zum einen hatte 1994 und damit vor Schaffung einer bundesgesetzlichen Regelungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG Rheinland-Pfalz für kurze Zeit Regelungen zur Widerspruchslösung geschaffen, die der Landtag aufgrund erheblicher Proteste allerdings schon nach knapp zwei Monaten einstimmig wieder aufhob. Zum anderen galt in der DDR bis zur Wiedervereinigung gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Durchführung der Organtransplantation eine enge Widerspruchslösung. Dem Gesetzgeber des Transplantationsgesetzes stand zudem auch vor Augen, dass das Organspendesystem in besonderer Weise auf das Vertrauen der Bürger und potentiellen Organspender in das transplantationsmedizinische (Regelungs-)System angewiesen ist. „Vertrauen und Transparenz“ waren deshalb schon 1997 seine zentralen Leitgedanken und die nachfolgenden – zum Teil recht umfangreich ansetzenden – Reformen des Gesetzes nahmen diese Anforderungen stets auf und betonten ihre Einhaltung und Sicherstellung für die Funktionsfähigkeit des Organspendesystems. Es sind – das sei vorweggenommen – vor diesem Hintergrund nicht nur die noch darzustellenden verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz (BT-Drs. 19/11096) anzuführen sind, sondern auch die mit der Widerspruchslösung verbundene Gefahr der Zerstörung des wieder erreichten Vertrauens in das System der Organspende, die zugunsten des Entwurfs

¹ Eine Gliederung der Stellungnahme findet sich am Ende des Textes, S. 23.

² Überblick und Darstellung struktureller Mängel etwa bei *Lang*, Zfl 2015, 2 ff.

³ Zu deren genauen Inhalt sogleich im Text, S. 3.

⁴ Zu deren Variationen und Inhalt ebenfalls sogleich im Text, S. 4.

eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende (BT-Drs. 19/11087) sprechen. Die vorliegende Stellungnahme beschäftigt sich angesichts der schon erwähnten (verfassungs-)rechtlichen Bedenken vorwiegend mit dem Entwurf des Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung.

B. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096

I. Ausgestaltung und einfachrechtliche Problemfelder

Nach derzeitiger Rechtslage hat eine Organentnahme im Wesentlichen zwei Voraussetzungen. Zunächst sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG Organentnahmen ohne abgeschlossene Hirntoddiagnostik unzulässig. Als weitere Voraussetzung einer Organentnahme tritt die Zustimmung des potentiellen Organspenders zu der Organentnahme hinzu, §§ 3 und 4 TPG. Hinsichtlich dieser Zustimmung sind unterschiedliche Ausgestaltungen denkbar. Sie werden im folgenden Überblick kurz dargestellt, weil und soweit dies für das Verständnis der durch die sog. doppelte Widerspruchslösung aufgeworfenen Rechtsfragen hilfreich ist.

1. Überblick über die grundlegenden Zustimmungsmodelle

Es existieren – für die hier zu diskutierenden Fragen relevant – im Wesentlichen zwei Grundmodelle, die verschiedentlich weiter verfeinert und ausdifferenziert werden. Sie reagieren in unterschiedlicher Weise auf einen Grundkonflikt: Einerseits muss ein Zustimmungsmodell das Selbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders wahren, andererseits aber auch das gesellschaftliche (und individuelle) Interesse Erkrankter an der Verfügbarkeit von Spenderorganen berücksichtigen.

a) Enge Zustimmungslösung

Die sog. enge Zustimmungslösung führt zu einer uneingeschränkten Beachtung des Spenderwillens. Denn für die Zulässigkeit einer Organspende kommt es ausschließlich auf den schriftlich dokumentierten Willen des potentiellen Spenders an. Hat er zu Lebzeiten einer Spende nicht ausdrücklich und schriftlich zugestimmt, kommt eine Organspende nicht in Betracht. Den Angehörigen kommen dabei keinerlei Mitsprache- oder Entscheidungsrecht zu.

b) Erweiterte Zustimmungsregelung

Auch die dem aktuellen Transplantationsgesetz zugrundeliegende⁵ erweiterte Zustimmungslösung fragt zunächst, ob der Organspender zu Lebzeiten, z.B. per Organspendeausweis, einer Organentnahme zugestimmt oder sie gegebenenfalls auch abgelehnt hat. Liegt keine Zustimmung vor, können die Angehörigen über eine Organentnahme entscheiden. Entscheidungsgrundlage ist der ihnen bekannte oder der mutmaßliche Wille des Verstorbenen.

c) Enge Widerspruchsregelung

Nach diesem Modell ist die Organentnahme zulässig, wenn kein zu Lebzeiten erklärter Widerspruch des potentiellen Spenders vorliegt. Für die Zulässigkeit der Organentnahme kommt es allein auf dessen Widerspruch an, insbesondere werden die Angehörigen nicht in das Organentnahmeverfahren einbezogen.

d) Erweiterte Widerspruchsregelung

Auch bei der erweiterten Widerspruchsregelung wird eine Organentnahme ermöglicht, wenn der potentielle Spender keinen Widerspruch erklärt hat. Hat er einer Organentnahme zu Lebzeiten nicht ausdrücklich widersprochen, z.B. in einem Widerspruchsregister, so können Organe zur Transplantation entnommen werden. Im Unterschied zur sog. engen Widerspruchslösung haben bei diesem Modell aber auch die Angehörigen das Recht, der Organentnahme zu widersprechen.⁶

⁵ Zum Zusammenhang zur sog. Entscheidungslösung sogleich im Text, ebenso wie zu der über § 4 Abs. 1 S. 2 2. HS TPG 4 bewirkten Erweiterung.

⁶ Daneben existieren noch das Modell der Informationsregelung (hier geht der Gesetzgeber grundsätzlich von einer Bereitschaft zur Organspende bei fehlendem Widerspruch zu Lebzeiten aus; allerdings müssen die Angehörigen in jedem Fall über die geplante Entnahme unterrichtet werden, wobei ihnen ein Einspruchsrecht jedoch nicht zusteht) sowie die sog. Notstandslösung, bei der die Entnahme von Organen auch beim Vorliegen eines Widerspruchs – ob vom Spender oder dessen Angehörigen – in jedem Fall erlaubt ist. Dem TPG liegt im Kern die sog. erweiterte Zustimmungslösung zugrunde, die angereichert um Informations- und Aufklärungspflichten als Entscheidungslösung bezeichnet.

2. Gegenüberstellung

Vor dem Hintergrund der dargestellten Modelle lassen sich die Unterschiede zwischen der gegenwärtigen Rechtslage und dem Zustimmungmodell des Gesetzentwurfs zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung wie folgt skizzieren.⁷

a) De lege lata: Das Modell der erweiterten Zustimmungslösung

Nach gegenwärtiger Rechtslage wird im Falle des Hirntods eines potentiellen Organspenders in einer 4-stufigen Kaskade geprüft, ob eine Einwilligung in die Organentnahme vorliegt. Zuerst wird geklärt, ob eine schriftliche Erklärung des potentiellen Spenders (i.d.R. in Form eines Organspendeausweises) zur Organspendebereitschaft vorliegt, § 3 Abs. Nr. 1 TPG. Ist das nicht der Fall, kommt es zweitens auf seine zu Lebzeiten abgegebenen mündlichen Erklärungen an, die über eine Befragung der nächsten Angehörigen⁸ zu ermitteln sind, § 4 Abs. 1 S. 1 TPG. Lässt sich drittens auch so keine Erklärung zur Organspende ermitteln, kommt es auf den mutmaßlichen Willen des potentiellen Organspenders an, § 4 Abs. 1 S. 2 1. HS TPG. Ist auch dieser nicht ermittelbar, darf viertens der nächste Angehörige eine an seinen eigenen ethischen Maßstäben orientierte Entscheidung über die Organspende abgeben, § 4 Abs. 1 S. 2. HS TPG.⁹

b) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/110976

Der sog. „doppelten Widerspruchslösung“ läge eine dreifach gestufte Prüfung zugrunde: Zunächst erfragt der Arzt, der die Organentnahme vornehmen soll, bei dem von einem Krankenhaus dem Transplantationsregister als auskunftsberechtigt benannten Arzt, ob eine Erklärung zur Organspende vorliegt, § 4 Abs. 1 S. 1 und 2 des Entwurfs. Falls dies verneint wird, prüft der Arzt, der die Organentnahme vornehmen soll, ob ihm ein schriftlicher Widerspruch oder ein der Organentnahme entgegenstehender Wille bekannt ist (§ 4 Abs. 1 S. 3 des Entwurfs). Falls auch das verneint wird, werden die nächsten

⁷ Da der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende (BT-Drs. 19/11087) die Struktur der gegenwärtig geltenden erweiterten Zustimmungslösung unangetastet lässt, bleibt der Entwurf an dieser Stelle außer Betracht.

⁸ Rangfolge: Ehepartner oder Lebenspartner, Kinder, Eltern, Geschwister, Großeltern – gleichgestellt sind solche Personen, die dem hirntoten Menschen in besonderer persönlicher Verbundenheit nahestehen.

⁹ Insoweit reicht das deutsche Zustimmungserfordernis über das oben skizzierte erweiterte Zustimmungmodell hinaus.

Angehörigen befragt, ob ihnen ein schriftlicher Widerspruch oder ein der Organentnahme entgegenstehender Wille bekannt ist (§ 4 Abs. 1 S. 3 des Entwurfs). Ist auch das nicht der Fall, dürfen Organe entnommen werden (§ 4 Abs. 1 S. 4 des Entwurfs). Den Angehörigen steht nach dem Entwurf dabei kein eigenes Entscheidungsrecht zustehen. Nach diesem Modell wäre also jeder Bürger automatisch Organspender, es sei denn, es läge ein Widerspruch gegen die Organentnahme vor.

3. Die doppelte als enge Widerspruchslösung

Wie diese Gegenüberstellung verdeutlicht, handelt es sich bei der sog. doppelten Widerspruchslösung des Gesetzentwurfs zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung (BT-Drs. 19/11096) nicht um eine erweiterte, sondern um eine einfache Widerspruchslösung. Es geht nur um unterschiedliche Wege der Ermittlung des Vorliegens eines Widerspruchs des potentiellen Organspenders und jetzt hirntoten Menschen. Es existiert aber gerade kein Widerspruchsrecht der Angehörigen, das den Ausdruck „doppelte Widerspruchslösung“ rechtfertigen könnte. Der Gesetzentwurf dürfte diese Bezeichnung aus euphemistischen Gründen und wohl weil der Bürger mit dem Adjektiv „doppelt“ eine irgendwie geartete doppelte Sicherung assoziieren kann, verwenden. Transparenz- und vertrauenserzeugend ist das nicht.

4. Einfachrechtliche Problemfelder und Umsetzungsfragen

Bevor unter II. die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegenüber der Einführung der Widerspruchslösung gelten gemacht werden, näher dargestellt werden, soll noch auf einige einfachrechtliche Fragen und Verwerfungen, die durch den Gesetzentwurf zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung (BT-Drs. 19/11096) aufgeworfen werden bzw. mit ihm einhergehen, eingegangen werden.

a) Begriffliches (§ 4 Abs. 1 des Entwurfs)

Zunächst reibt sich die in § 4 Abs. 1 S. 1 TPG des Entwurfs¹⁰ verwandte Formulierung an der (bisherigen) transplantationsmedizinischen Praxis. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs ist der Arzt, der die Organ- oder Gewebeentnahme vornehmen oder unter dessen Verantwortung die Gewebeentnahme nach § 3 Abs. 1 S. 2 vorgenommen werden soll,

¹⁰ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 9.

verpflichtet zu klären, ob eine Erklärung des möglichen Organ- oder Gewebespenders zur Organ- oder Gewebeentnahme vorliegt. Man spricht insoweit vom Entnahmearzt. Allerdings ist der entnehmende Arzt, auf den der Gesetzentwurf in § 4 Abs. 1 abstellt, kein Arzt des Entnahmekrankenhauses (dies mag vielleicht bei Schaffung des TPG im Jahre 1997 anders gewesen sein). Bei den Entnahmekirurgen handelt es sich um bei den Transplantationszentren angestellte Chirurgen, die im zweiten Angestelltenverhältnis bei der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) beschäftigt sind und für diese die Entnahmeoperation vornehmen. Sie kommen erst zur eigentlichen Entnahme in das Entnahmekrankenhaus, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die rechtlichen und auch medizinischen Voraussetzungen einer Organentnahme längst geklärt sind. Die Entnahmeärzte haben damit regelmäßig überhaupt keinen Kontakt zu den Angehörigen. Diese Praxis dürfte auch der patientenorientierten Allokation geschuldet sein. Insoweit wirft der Entwurf die Frage auf, welcher Arzt mit dem Begriff „Entnahmearzt“ eigentlich adressiert werden soll.

b) Fehlender Distanzschutz, § 4 Abs. 1 des Entwurfs

Probleme wirft § 4 Abs. 1 des Entwurfs auch noch unter anderen Aspekten auf. Nach dem Gesetzentwurf soll es wieder der Entnahmearzt sein, der für die Ermittlung, ob nicht neben oder außerhalb des Registers ein Widerspruch gegen die Organentnahme existiert, zuständig ist.¹¹ Abgesehen davon, dass damit wieder das unter a) skizzierte Adressierungsproblem aktualisiert wird, leidet die Regelung unter fehlendem Distanzschutz. Die dem Entnahmearzt durch das Gesetz überantwortete Klärungspflicht konfliktiert hinsichtlich des Vorliegens eines Widerspruchs regelmäßig mit dessen eigenen bzw. institutionellen Interessen, die auf eine Erhöhung der Organspendenzahlen gerichtet sind.

Unklar ist zudem, wie lange und wie intensiv der Entnahmearzt nachforschen muss, wo er doch an einem Widerspruch regelmäßig kein gesteigertes Interesse hat. Bestehen hier Ermittlungs- und Beweislasten, beispielsweise, wenn Angehörige vortragen, ihnen sei ein Widerspruch des hirntoten Menschen bekannt? Darf bzw. muss der Arzt das so hinnehmen oder ist er etwa befugt, die Angehörigenerklärung auf ihre Plausibilität zu prüfen?

¹¹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 9.

Der skizzierten Gefahr einer überbordenden Berücksichtigung des Eigeninteresses des befragenden Arztes an der Durchführung der Transplantation sollte durch eine distanzsichernde Einschaltung unbefangener Ärzte begegnet werden. Als Vorbild kann hier die Regelung zur Feststellung des Hirntodes in § 5 Abs. 2 TPG dienen, die sicherstellt, dass die an Hirntoddiagnostik beteiligten Ärzte weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe oder Gewebe des Spenders beteiligt sein dürfen.

c) Gefahr der Missachtung des Patientenwillens am Lebensende

Mit der Gefahr der Missachtung des Patientenwillens am Lebensende ist § 2a Abs. 3 S. 4 des Gesetzentwurfs verbunden. Die Vorschrift lautet:

Ein als auskunftsberechtigt benannter Arzt darf eine Auskunft zu einem möglichen Organ- oder Gewebespende erst erfragen, wenn der Tod des möglichen Organ- oder Gewebespenders gemäß § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 festgestellt worden ist.¹²

Der damit fixierte Zeitpunkt der Einsichtnahme in das (noch zu erstellende) Transplantationsregister erst nach vorheriger Feststellung des Hirntodes ist eigentlich zu spät gesetzt, wenn man die Wahrung des Patientenwillens am Lebensende sicherstellen will. Denn gerade bei der Widerspruchslösung besteht in noch stärkerem Maße als bisher die Gefahr eines nicht vom Patientenwillens getragenen Wechsels von der patientenzentrierten zur rein organprotektiven Behandlung¹³, weil im Interesse der mit der Widerspruchslösung intendierten Steigerung der Organspenden zunächst weiter „behandelt“ wird, obwohl der Betroffene möglicherweise gar kein Organspender sein wollte, was nach der vorgeschlagenen Regelung aber erst nach der Hirntodfeststellung erfolgen soll.

d) Auslegung von § 4 Abs. 4 des Entwurfs

Auslegungsprobleme wirft zudem § 4 Abs. 4 des Gesetzentwurfs auf. Die Regelung betrifft die Situation schon zu Lebzeiten entscheidungsunfähiger Patienten. Sie lautet:

Hat der mögliche Organ- oder Gewebespende eine Erklärung zur Organ- oder Gewebespende nicht abgegeben und war er vor Feststellung des Todes nach § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nicht in der Lage, Wesen, Bedeutung und Tragweite einer

¹² Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 7.

¹³ Zur Problematik Höfling, ZRP 2019, 2 ff.

*Organ- oder Gewebespende zu erkennen und seinen Willen danach auszurichten, ist eine Organ- oder Gewebeentnahme unzulässig. Ob dies der Fall ist, hat der Arzt, der die Organ- oder Gewebeentnahme vornehmen oder unter dessen Verantwortung die Gewebeentnahme nach § 3 Absatz 1 Satz 2 vorgenommen werden soll, durch Befragung des nächsten Angehörigen zu klären.*¹⁴

Zunächst bestehen auch bei dieser Regelung die schon unter a) und b) zitierten Begriffsverwirrungen und Interessenkonflikte. Soll wirklich der an möglichst vielen Organentnahmen eigeninteressierte Entnahmearzt nach Rücksprache mit dem nächsten Angehörigen beurteilen, ob der hirntote Patient einsichtsfähig war? Und wenn er zu diesem Ergebnis gelangt, wirft der Gesetzestext die Frage auf, ob in solchen Fallkonstellationen eine Organspendende möglich sein soll, ohne dass der Betroffene sich jemals zu diesem Thema Gedanken gemacht hat bzw. machen konnte. In den von § 4 Abs. 4 des Entwurfs erfassten Fallkonstellationen entstehen mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zudem kaum handhabbare Ingerenzen.

Hinzu tritt ein Weiteres: Welcher Zeitpunkt soll für die Beurteilung nach § 4 Abs. 4 des Entwurfs („...war er vor Feststellung des Todes nach § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nicht in der Lage, Wesen, Bedeutung und Tragweite einer Organ- oder Gewebespende zu erkennen und seinen Willen danach auszurichten...“) maßgeblich sein; immerhin markiert „vor Feststellung des Todes“ ja einen durchaus langen Zeitraum. Der Gesetzentwurf wirft damit schon einfachrechtlich Bedenken auf. Diese werden durch die nachfolgende verfassungsrechtliche Beurteilung des Gesetzentwurfs erheblich verstärkt.

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Organentnahmen spielen sich in einen Interessenvieleck ab, was in grundrechtlicher Perspektive auf zwei unterschiedliche Betrachtungsebenen verweist. Man kann aus der Perspektive der potentiellen Organempfänger fragen, ob die Einführung der Widerspruchslösung verfassungsrechtlich geboten ist, das wäre die sog. schutzpflichtenrechtliche Perspektive. Man kann aus der Sicht der potentiellen Organempfänger fragen, ob die Widerspruchslösung mit deren grundrechtlichen Berechtigungen vereinbar ist, das wäre die sog. abwehrrechtliche Perspektive. Da es vorliegend um die verfassungsrechtliche Beurteilung eines Gesetzentwurfs geht, drängt die

¹⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 10.

abwehrrechtliche Betrachtung in den Vordergrund. Insoweit kommen zwar mehrere Grundrechte als Prüfungsmaßstab in Betracht, u.a. auch die durch Art. 1 Abs. 1 GG als tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung geschützte Menschenwürde oder etwa die in Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthalten Grundrechte der Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit.

Von zentraler Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist aber, ob die Widerspruchslösung mit dem Selbstbestimmungsrecht der potentiellen Organspender vereinbar ist. Darauf konzentrieren sich die folgenden Ausführungen, weil es durch die Widerspruchslösung zentral herausgefordert wird.

Hinsichtlich der grundrechtlichen Verortung des Selbstbestimmungsrechts sind das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. das darauf bezogene Selbstbestimmungsrecht, das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG enthaltene Selbstbestimmungsrecht als Teilgehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie das (nur) in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte sog. postmortale Persönlichkeitsrecht auseinander zu halten.

1. Der grundrechtliche Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts

Sofern man dem Hirntodkonzept folgt, bildet das Grundrecht auf Leben für die hier zu diskutierende Fragestellung keine Maßstabnorm. Allerdings wird dieses Konzept in der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur zunehmend als mit Art. 2 Abs. 2 GG unvereinbar angesehen.¹⁵ Gleichwohl geht die vorliegende Stellungnahme auf diese Kontroverse nicht weiter ein und beurteilt die Verfassungsmäßigkeit der Widerspruchslösung auf Basis des Hirntodkonzepts.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthält außer dem Grundrecht auf Leben weiterhin das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Das beinhaltet zum einen die Gesundheit im biologisch-physiologischen Bereich¹⁶; also die Integrität der körperlichen Substanz; zum anderen wird auch die Gesundheit im psychischen Bereich geschützt.¹⁷

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt aber nicht nur das Leben und die körperliche Integrität im gerade beschriebenen Sinne, sondern auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht.

¹⁵ Vgl. nur *Hillgruber*, in: BeckOK, GG, Stand: 15. März 2019, Art. 1 Rn. 5.1; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 63; *Lang*, in: BeckOK, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 60 f.

¹⁶ BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

¹⁷ *Lang*, BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 62.

Über die Existenz dieses Selbstbestimmungsrechts besteht Einigkeit, die exakte dogmatische Verortung erfolgt allerdings unterschiedlich. Diese Stellungnahme geht von einer Verankerung körperbezogener Selbstbestimmungsrechte in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aus. Im Hinblick auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit hat das Bundesverfassungsgericht die Verortung des darauf bezogenen Selbstbestimmungsrechts in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG jüngst erneut ausdrücklich bekräftigt.¹⁸ Dieses Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsträgers besteht nicht lediglich nach Maßgabe seines jeweiligen konkreten Gesundheitszustandes.¹⁹ Deshalb endet die Selbstbestimmung des Patienten nicht etwa dann, wenn ärztlicherseits mit Blick auf die Möglichkeit der Selbstbestimmung oder deren Inhalt ein „pathologischer“ oder gar infauster Zustand diagnostiziert wird, ihre Wahrung verlangt im Gegenteil in Fällen (vermeintlicher) „prekärer Selbstbestimmung“ besondere Achtsamkeit.²⁰ Selbstbestimmung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beinhaltet also vor allem auch die Selbstbestimmung in und zur Krankheit sowie im Kontext von Sterbebegleitung und Tod.²¹ Der skizzierte grundrechtliche Gewährleistungsgehalt lässt sich dahin konkretisieren, dass Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Recht auf Sterben und Tod frei von integritäts- und autonomieverletzenden staatlichen Ingerenzen enthält.²²

Im Schrifttum wird das Selbstbestimmungsrecht über die eigene Körperlichkeit allerdings auch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zugeordnet. Für das hier interessierende Schutzniveau und die Frage, ob die Widerspruchslösung mit dem Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist, ist die exakte dogmatische Zuordnung freilich letztlich unerheblich, denn auch wenn das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht dem in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordnet wird, dürfte es

¹⁸ BVerfG NJW 2017, 2982 Rn. 26; zuvor schon BVerfGE 133, 112 Rn. 49; 129, 269 (280); 128, 282 (300).

¹⁹ BVerfGE 89, 120 (130).

²⁰ Lang, in: BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 63b.

²¹ Näher Lang, in: BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 63 ff. m.w.N.

²² Auf dieser Linie etwa Höfling, Is there a right to die?, in Sgreccia/Lafitte, Alongside the incurably sick and dying person: ethical and practical aspects, 2008, 269 ff.; Lang, BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 59; zur grundgesetzlichen Basis jener Selbstbestimmung Höfling/Lang, Das Selbstbestimmungsrecht. Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis, 1999, S. 17 ff.

innerhalb des Zwiebelmodells der Sphärentheorie²³ dem innersten und besonders geschützten Bereich der Selbstentfaltung zuzuordnen sein.

Bisweilen wird im Kontext der Organentnahme auch auf das postmortale Persönlichkeitsrecht rekurriert. Dafür könnte sprechen, dass die Organentnahme auf Basis des Hirntodkonzepts erfolgt, nachdem der Organspender verstorben ist. Mit Blick darauf, wird die Widerspruchslösung dem Prüfungsmaßstab des postmortalen Persönlichkeitsrechts allerdings teilweise auch entzogen, weil der mit der gesetzlichen Regelung zur Widerspruchsregelung relevante Eingriff bereits zu Lebzeiten bewirkt werde. Das ist zutreffend, doch bedeutet dies nicht in jedem Fall, dass Art. 1 Abs. 1 GG²⁴ als Maßstabnorm ausscheidet. Allein die Überlegung, dass die Widerspruchslösung bereits in das Selbstbestimmungsrecht Lebender eingreift, führt nicht zwangsläufig dazu, dass der Schutzgehalt des sog. postmortalen Persönlichkeitsrecht irrelevant wäre.

Das (verfassungsrechtliche) postmortale Persönlichkeitsrecht knüpft daran an, dass die der staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode endet.²⁵ Postmortalen Schutz genießen dabei der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, aber auch der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat.²⁶ Das postmortale Persönlichkeitsrecht ist von der Schutzintensität her aber gleichsam nur auf einen Kerngehalt bezogen. Es schützt den Grundrechtsträger (nur) davor, in einer die Menschenwürde verletzenden Weise ausgegrenzt, verächtlich gemacht, verspottet oder in anderer Weise herabgewürdigt zu werden, soll ihn über seinen Tod hinaus also etwa vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung oder Ächtung bewahren²⁷.

²³ Zur Anwendung der Sphärentheorie (auch) zur Konturierung des Tatbestands des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. *Lang*, BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 35 ff.

²⁴ Die Rechtsgrundlage des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist umstritten. Während ein Schutz des Verstorbenen aus Art. 2 Abs. 1 GG als Folge des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von den Zivilgerichten bejaht wird, siehe etwa BGHZ 50, 133 (136 f.); BGHZ 143, 214 (218) leiten das BVerfG, etwa BVerfGE 30, 173 (194); BVerfG, NVwZ 2016, 1804, Rn. 56 und das verfassungsrechtliche Schrifttum (siehe dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Rn. 43; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 39 m. w. N.; *Lang*, BeckOK, GG, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 48) den postmortalen Schutz ausschließlich aus dem Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG her.

²⁵ BVerfGE 30, 173 (194); aus neuerer Zeit etwa BVerfG, NVwZ 2016, 1804, Rn. 56; zur prä-mortalen Geltendmachung des postmortalen Persönlichkeitsrechts vgl. BayVGh, U. v. 31. Januar 2018, Az 4 N 17.1197, Rn. 13.

²⁶ Etwa BVerfG, BeckRS 2006, 19680.

²⁷ So schon BVerfGE 1, 97 (104); s.a. BVerfGE 30, 173 (194); BVerfG, NVwZ 2016, 1804, Rn. 56.

Das so konturierte postmortale Persönlichkeitsrecht wird durch eine Organentnahme auf Basis des Hirntodkonzepts bei Vorliegen einer Zustimmung durch den reinen Entnahmeakt nicht berührt. Anders kann es liegen, wenn die Organentnahme im Kontext der Widerspruchslösung aufgrund einer fiktiven Zustimmung, aber gegen den (geäußerten) Willen des Betroffenen erfolgt, etwa wenn der Betroffene mit der Entnahme nicht einverstanden war und sein Widerspruch aus dem Staat zurechenbaren Gründen – beispielsweise bei kollusivem Zusammenwirken – keine Beachtung gefunden hat.

2. Eingriffe

Hinsichtlich der durch die Widerspruchslösung bewirkten bzw. ermöglichten Eingriffe ist deshalb zu differenzieren. Blickt man zunächst auf die gesetzliche Regelung zur Widerspruchslösung an sich, liegt die relevante Eingriffshandlung in der gesetzlichen Regelung zur Widerspruchskonzeption selbst. Weitere Eingriffe sind aber in den soeben skizzierten Fällen einer zurechenbaren Nichtbeachtung eines Widerspruchs im Vollzug der Widerspruchslösung denkbar. Dann kann das postmortale Persönlichkeitsrecht betroffen sein. Die folgende Rechtfertigungsprüfung konzentriert sich wegen der Prognoseunsicherheiten beim Vollzug eines Gesetzesentwurfs auf das Selbstbestimmungsrecht lebender potentieller Spender.

3. Rechtfertigung

Sowohl bei einer Verankerung der körperbezogenen Selbstbestimmung in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als auch bei einer Verortung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) muss eine „angereicherte“ Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden, die auf die besondere Bedeutung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. des inneren Kerns des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Bedacht nimmt. Dabei folgt die grundrechtliche Rechtfertigungsprüfung bei Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht einem bestimmten Schema. Die Prüfung geht aus von der Ermittlung des (legitimen) Ziels, das der Gesetzgeber verfolgt und fragt sodann nach der Verhältnismäßigkeit des mit der Regelung verbundenen Eingriffs. Die Feinsteuerung dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt anhand der Bausteine der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der gesetzlichen Regelung.

a) Gesetzgeberisches Ziel

Ausweislich der Gesetzesbegründung zielt der Gesetzentwurf zur Einführung der Widerspruchslösung auf eine Erhöhung des Organspendeaufkommens. Das stellt ein legitimes Ziel gesetzgeberischer Aktivitäten dar.

b) Geeignetheit

Die Einführung der Widerspruchslösung müsste zur Erreichung dieses Zieles geeignet sein. Geeignet ist eine gesetzliche Regelung dann, wenn mit ihrer Hilfe die Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles befördert werden kann. Es handelt sich also um kein Optimierungsgebot, ein Schritt in die richtige Richtung reicht aus.²⁸ Trotz dieses anerkanntermaßen weiten Prüfungsmaßstabes bestehen an Geeignetheit der Regelung zur Widerspruchslösung unter zwei Gesichtspunkten Bedenken.

aa) Widerspruchslösung führt nicht automatisch zu mehr Organspenden

Allerdings wird im Schrifttum nicht selten behauptet, es bestünden keine Zweifel, dass die Widerspruchslösung zu einem erhöhten Organspendeaufkommen führe.²⁹ Meist erfolgt dann ein Hinweis auf das allerdings nicht dem Eurotransplantverbund angehörende „Musterland“ Spanien. Dort kommen auf eine Million Einwohner 39,7 Spender, in Deutschland lag die entsprechende Quote im Jahre 2016 bei 10,8. Bei genauerem Hinsehen lässt sich als Grund für den spanischen Erfolg aber kaum die dort geltende gesetzliche Regelung zur Widerspruchslösung anführen. Denn hinsichtlich der Entscheidungsfindung zur Organspende wird in Spanien ein Verfahren praktiziert, das der deutschen erweiterten Zustimmungslösung, insbesondere was die Angehörigengespräche angeht, sehr stark ähnelt. Grund für die höhere Zahl realisierter Organspenden dürfte sein, dass sich Spanien sehr früh um organisatorischer Verbesserungen (Einführung eines Transplantationsbeauftragten, Effektivierung der Zusammenarbeit der beteiligten Organisationen usw.) bemüht hat.

Jenseits dessen besteht aber aufgrund der Tatsache, dass das spanische Transplantationssystem von vergleichbaren „Organspendeskandalen“, wie sie hierzulande

²⁸ Zu diesen anerkannten Bausteinen der Geeignetheitsprüfung etwa *Lang*, BeckOK, Stand: 5. Februar 2019, Art. 2 Rn. 26.

²⁹ *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 50 und 29, mit allerdings widersprüchlicher Argumentation; differenzierend *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009, S. 323.

die Transplantationsmedizin erschüttert haben, verschont geblieben ist sowie der dort gewählten Praxis, die wie erwähnt dem Konzept der erweiterten Zustimmungslösung entspricht und die Bedeutung der Angehörigengespräche besonders würdigt, eine gegenüber der hiesigen Lage verbreiterte Vertrauensbasis in Bezug auf die Organspende. Vor diesem Hintergrund geht mit der Einführung der Widerspruchslösung nicht zuletzt aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Umstrittenheit und wohl auch fehlenden Akzeptanz in der Bevölkerung – immerhin wurde die oben schon erwähnte rheinland-pfälzische Regelung zur Widerspruchslösung nicht zuletzt aufgrund massiver Proteste zurückgenommen – zusätzlich die Gefahr einher, dass das was auf der einen Seite gewonnen wird, auf der anderen Seite durch Vertrauenserosion verloren geht.

bb) Limitierender Faktor Hirntodkriterium

Die Geeignetheit der Widerspruchslösung zu einer jedenfalls signifikanten Anhebung der Organspendezahlen ist allerdings noch unter einem anderen Aspekt zweifelbehaftet. Jede gesetzliche Regelung zum Zustimmungserfordernis kann nämlich nur auf die tatsächlich anfallenden potentiellen Organspenden einwirken. Einen durch die Widerspruchslösung nicht beeinflussten limitierenden Faktor des Organspendeaufkommens stellt indes die geringe Zahl der Menschen dar, die den Hirntod erleiden. Genaue Erhebungen dazu existieren freilich nicht. Erstmals im Kontext des Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes und der mit ihm intendierten Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende vom 22. März 2019 soll es ermöglicht werden, die Zahl hirntoter Patienten zu ermitteln und damit den potentiellen Spenderpool belastbar festzustellen. Die Auswirkungen dieser Reform hat der Gesetzentwurf zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz aber gerade nicht abgewartet; er erscheint auch deshalb vorschnell.³⁰

Nach Schätzungen geraten in Deutschland jährlich zwischen 3 und 5-tausend Menschen in den Hirntod.³¹ Selbst wenn diese ausnahmslos als Spender herangezogen werden könnten, ließe sich damit der Organmangel nicht beseitigen. Das ist auch der Hintergrund, warum

³⁰ Dazu noch näher im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung, unten S. 15.

³¹ Die Gesetzesbegründung zur Erstfassung des TPG ging von einem Anteil Hirntoter von etwa 0,6% der jährlichen Todesfälle aus, vgl. Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG), BT-Drs. 13/4355, S. 11.

auch in Ländern mit Widerspruchslösung vermehrt der Zugriff auf „bloß“ herztote Spender diskutiert und nicht selten auch praktiziert wird.³²

c) Erforderlichkeit

Erforderlich ist das Mittel, das von allen geeigneten, gleich wirksamen Mitteln die am wenigsten einschneidende Maßnahme darstellt. Im klassischen Staat-Bürger-Verhältnis ist also das Mittel erforderlich, das den Bürger am wenigsten belastet (Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs). Dies ist der Fall, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.³³ Kurzum: Nicht erforderlich ist das Mittel, wenn ein milderes Mittel ausreicht.³⁴

Unter der Überschrift „Alternativen“ führt der Gesetzentwurf aus, alle bisher gesetzlich ergriffenen Maßnahmen hätten nicht dazu geführt, die Anzahl der Organspenden nachhaltig zu erhöhen.³⁵ Daran ist richtig, dass sich die Anzahl der realisierten Organspenden nicht nachhaltig erhöht hat. Unrichtig ist die subkutan mitschwingende These, dass dafür die gesetzliche Regelung zur erweiterten Zustimmungslösung verantwortlich sei.

Tatsächlich hat sich die Zahl der Menschen, die einen Organspendeausweis besitzen und sich damit zur Organspende erklärt haben in den letzten Jahren sogar deutlich erhöht. Hintergrund dieser Entwicklung ist, dass der Gesetzgeber im Jahre 2012 das Transplantationsgesetz einer Änderung unterzogen und dabei die sog.

³² Man spricht insoweit von einer „Donation after cardiac death“ (DCD), die frühere Bezeichnung dafür lautete NHBD, wobei dieses Akronym für „Non-heart-beating donation“ stand. Etliche Länder auch des ET-Verbundes verlangen daher nicht mehr den Nachweis des Hirntodes als Voraussetzung einer Organentnahme, sondern lassen seine Vermutung genügen. Hintergrund ist die Überlegung, dass der Herz-Kreislauf-Tod wegen der mangelnden Versorgung des Gehirns mit Blut nach einer im einzelnen umstrittenen Zeit (zwischen 2 und 10 Minuten) ohnehin eintritt und man deshalb nach Ablauf dieser sog. No-Touch-Phase auch herztoten Spendern Organe entnehmen kann. Derzeit sind solche Spenden in Deutschland verboten, nicht aber in den Eurotransplantmitgliedstaaten Österreich, Belgien und den Niederlanden, wo sie in unterschiedlichem Umfang auch praktiziert werden, in den Niederlanden etwa liegt der Anteil solcher Spenden bei etwas über 50%, im Durchschnitt der drei Länder bei fast 30%; zum Fragenkreis *Fleßa/Lang*, Gerechtigkeit und Ressourcenknappheit: das Dilemma des Gesundheitswesens, in: Lege/Grube (Hrsg.), Recht trifft Wirtschaft, 2018, S. 1 ff.

³³ BVerfGE 30, 292 (316); 78, 38 (50).

³⁴ BVerfGE 67, 157 (173); 53, 135 (145).

³⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S 3.

Entscheidungslösung³⁶ eingeführt hat. Deren Grundkonstruktion ist zwar die erweiterte Zustimmungslösung, sie wurde aber angereichert durch die Verpflichtung zu Aufklärungs- und Informationskampagnen.³⁷ Zwischenzeitlich zeigen diese Kampagnen, trotz ihrer in aufklärerischer Perspektive suboptimalen Ausgestaltung, Wirkungen. Lag der Anteil der Personen, die über einen Organspenderausweis verfügen im Jahre 2011 noch bei 17%, stieg er bis 2016 auf 32% und lag im Jahre 2018 bei 36%.³⁸ Allerdings hat die Zahl der realisierten Organspenden mit dieser Entwicklung nicht Schritt gehalten. In dem auf die Einführung der Entscheidungslösung folgenden Jahr, also in 2013 wurden insgesamt 3.251 Organe transplantiert, 2018 lag die Anzahl bei 3.269.³⁹ Obschon sich mithin die Anzahl der Personen, die einen Organspendeausweis haben, mehr als verdoppelt hat, blieb die Zahl der realisierten Organspenden nahezu gleich.

Zu dieser Differenzierung verschweigt sich das Gesetz ebenso wie über die Gründe der genannten Differenz. Man wird wohl annehmen dürfen, dass dieses „Lack“ nicht darin begründet liegt, dass nahezu alle Personen, die zusätzlich einen Organspendeausweis ausgefüllt haben, darin ihren Widerspruch zur Organentnahme erklärt haben, sondern dass für diese Differenz die defizitären Strukturen des Transplantationssystems verantwortlich zeichnen. Transplantationsmedizinische Studien räumen diesen Zusammenhang auch eindeutig ein. Eine im Jahr 2018 im Deutschen Ärzteblatt publizierte Untersuchung zu den Gründen des Rückgangs der Organspenden in Deutschland kommt zu dem Ergebnis, dass dafür nicht die gesetzliche Regelung zur Zustimmung oder die Spendebereitschaft der Bevölkerung ursächlich ist, sondern strukturelle Defizite innerhalb des transplantationsmedizinischen Systems.⁴⁰ Explizit heißt es in der Studie dazu: „Da sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen, insbesondere durch die Einführung der Entscheidungslösung, in den letzten Jahren verbessert haben, können auch sie für diese

³⁶ Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz vom 12. Juli 2012. Das Gesetz ist zum 1. November 2012 in Kraft getreten, vgl. BGBl. I, S. 1504 (Nr. 33).

³⁷ § 2 Abs. 1 TPG.

³⁸ <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2018/05/08/36-prozent-besitzen-einen-organspendeausweis>, zuletzt aufgerufen am 17. September 2019.

³⁹ Quelle: Jahresbericht 2018 der Deutschen Stiftung Organtransplantation, S. 79, einsehbar unter https://www.dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO_Jahresbericht_2018.pdf, zuletzt aufgerufen am 19. September 2019. Hinsichtlich der dort aufgeführten Zahlen realisierter Lebend- und Totenspenden wurden die Lebendspenden herausgerechnet, weil ihnen für die hier interessierende Diskussion um die Wirkung des Zustimmungsmodells bei Totenspenden keine Bedeutung zukommt.

⁴⁰ Vgl. *Schulte, Borzikowsky, Rahmel, Kolibay, Polze, Fränkel, Mikle, Alders, Kunzendorf, Feldkamp*, Rückgang der Organspenden in Deutschland. Eine bundesweite Sekundärdatenanalyse aller vollstationären Behandlungsfälle, Dtsch Arztebl Int 2018; 115, S. 463 ff.

Entwicklung nicht verantwortlich gemacht werden.“⁴¹ Und weiter hält die Studie fest: Basierend auf der Analyse aller vollstationären Behandlungsfälle des Jahres 2015 hätten – unter der Annahme, dass auch im Jahr 2015 dieselbe Realisationsquote wie im DSO-Inhouse-Koordinationsprojekt erreichbar gewesen wäre (Realisationsquote = 10,2%) – statt der tatsächlich durchgeführten 877 Organspenden 2.780 Organspenden realisiert werden können. Dies entspräche 33,8 Organspenden pro einer Million Einwohner.⁴² Deutschland läge dann in etwa gleichauf mit dem häufig als Referenzbeispiel herangezogenen Spanien.⁴³

Auch der Gesetzgeber hat die Bedeutung der strukturellen Defizite erkannt und im Jahre 2019 mit einer weiteren Gesetzesreform reagiert. Ziel des schon kurz erwähnten Gesetzes war die Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende.⁴⁴

⁴¹ Vgl. *Schulte, Borzikowsky, Rahmel, Kolibay, Polze, Fränkel, Mikle, Alders, Kunzendorf, Feldkamp*, Rückgang der Organspenden in Deutschland. Eine bundesweite Sekundärdatenanalyse aller vollstationären Behandlungsfälle, *Dtsch Arztebl Int* 2018; 115, S. 463.

⁴² Vgl. *Schulte, Borzikowsky, Rahmel, Kolibay, Polze, Fränkel, Mikle, Alders, Kunzendorf, Feldkamp*, Rückgang der Organspenden in Deutschland. Eine bundesweite Sekundärdatenanalyse aller vollstationären Behandlungsfälle, *Dtsch Arztebl Int* 2018; 115, S. 465.

⁴³ Vgl. oben S. 13.

⁴⁴ Vgl. Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes

A. Vorbemerkungen	2
B. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096	3
I. Ausgestaltung und einfachrechtliche Problemfelder	3
1. Überblick über die grundlegenden Zustimmungsmodelle	3
a) Enge Zustimmungslösung	3
b) Erweiterte Zustimmungsregelung	4
c) Enge Widerspruchsregelung	4
d) Erweiterte Widerspruchsregelung	4
2. Gegenüberstellung	5
a) De lege lata: Das Modell der erweiterten Zustimmungslösung	5
b) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096	5
3. Die doppelte als enge Widerspruchslösung	6
4. Einfachrechtliche Problemfelder und Umsetzungsfragen	6
a) Begriffliches (§ 4 Abs. 1 TPG)	6
b) Fehlender Distanzschutz, § 4 Abs. 1 des Entwurfs	7
c) Gefahr der Missachtung des Patientenwillens am Lebensende	8
d) Auslegung von § 4 Abs. 4 des Entwurfs	8
II. Verfassungsrechtliche Beurteilung	9
1. Der grundrechtliche Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts	10
2. Eingriffe	13
3. Rechtfertigung	13
a) Gesetzgeberisches Ziel	14
b) Geeignetheit	14
aa) Widerspruchslösung führt nicht automatisch zu mehr Organspenden	14
bb) Limitierender Faktor Hirntodkriterium	15
c) Erforderlichkeit	16

Allerdings wartet der Gesetzentwurf zur Einführung der doppelten Widerspruchslösung die Wirksamkeit der Reform des Jahres 2019 weder ab noch ist von einer eventuellen Evaluation die Rede. Insofern bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, ob die Erforderlichkeit der Einführung der Widerspruchslösung in der von der Verfassung geforderten Weise dargetan ist. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die der Gesetzentwurf aufwirft, werden dadurch verstärkt, dass er die Anforderungen, die im Hinblick auf das den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zentral steuernde Erfordernis der Angemessenheit eines Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht bestehen, verfehlt.

d) Angemessenheit

Die Angemessenheit (auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Zumutbarkeit oder Proportionalität bezeichnet) verlangt, dass die Maßnahme in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts steht.⁴⁵ Dies erfordert, dass „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt, die Maßnahme also die Betroffenen nicht übermäßig belastet.“⁴⁶ Die Angemessenheitsprüfung besteht in einer umfassenden Abwägung zwischen den grundrechtlich geschützten Rechtsgütern und den entgegenstehenden öffentlichen Interessen, die eine Einschränkung des Grundrechts erfordern.⁴⁷ Angemessen ist ein erforderliches Mittel nur, wenn der mit der Maßnahme verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.⁴⁸ Handelt es sich um einen besonders intensiven Eingriff, ist die Zumutbarkeit besonders sorgfältig zu prüfen.

d) Angemessenheit	19
aa) Aufbürdung von Erklärungslasten und Gefahren	20
bb) Irreführende Bezeichnungen und unklare Formulierungen.....	21
4. Zwischenergebnis.....	24
C. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende, BT-Drs. 19/11087	24
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	25
- Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende, vom 22. März 2019, in Kraft getreten am 1. April 2019, BGBl. I S. 352 (Nr. 9).	
⁴⁵ BVerfGE 67, 157 (173).	
⁴⁶ BVerfGE 83, 1 (19).	
⁴⁷ Vgl. <i>Maurer</i> , Staatsrecht I, § 8 Rn. 57.	
⁴⁸ BVerfGE 67, 157 (173).	

Unter Anwendung dieses Maßstabs muss vorliegend der Eingriff in das Selbstbestimmung der potentiellen Organspender namentlich mit dem Interesse der Organempfänger an einer ausreichenden Zahl von Transplantationen abgewogen werden.

aa) Aufbürdung von Erklärungslasten und Gefahren

Befürworter der Widerspruchslösung führen meist an, dass mit deren Einführung im Ergebnis keine Duldung einer postmortalen Explantation verlangt werde. Dem Bürger werde lediglich eine einfache Erklärungslast auferlegt, der man leicht nachkommen könne.⁴⁹ Zu beachten sei außerdem, dass sich die potentiellen Empfänger des Transplantats auf ihr Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG berufen könnten.⁵⁰ Letzteres ist im Hinblick auf die Grundstruktur staatlicher Schutzpflichten sicher nicht unumstritten, doch soll es auf diese dogmatischen Bedenken hier nicht ankommen.

Diese skizzierte Argumentation greift nämlich zu kurz. Festzuhalten ist zunächst, dass die Widerspruchslösung dem Bürger das Risiko einer Missachtung des Widerspruchs durch unglückliche Umstände aufbürdet. Auch erfasst die Widerspruchslösung nicht nur diejenigen Personen, die innerlich mit einer postmortalen Explantation einverstanden sind, dies aber nicht ausdrücklich erklärt haben. Immerhin kann der Widerspruch auch aus anderen Gründen unterblieben sein, z.B. weil der Betroffene an dieser Frage desinteressiert ist. Vom Selbstbestimmungsrecht ist zudem auch das Recht umfasst, mit Fragen zur Organspende nicht konfrontiert zu werden, vergleichbares gilt, wenn sich Betroffene noch keine Gedanken darüber gemacht hat. Auch ist es unangemessen, auch den zur Organspende heranzuziehen, der in der Beurteilung seiner Spendebereitschaft noch zu keinem abschließenden Ergebnis gelangt ist. Weiterhin ist denkbar, dass der Betroffene eine Organentnahme ablehnt, dies aber nicht offenbaren will.⁵¹ Die Gleichstellung eines nicht erfolgten Widerspruchs mit einer Zustimmung ist dem deutschen Recht jedenfalls fremd. So werde etwa im Rahmen der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre dem Schweigen – außer in Ausnahmefällen – keine rechtlich relevante Bedeutung

⁴⁹ Maurer, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 7 (12).

⁵⁰ Siehe Weber/Lejeune, Rechtliche Probleme des rheinland-pfälzischen Transplantationsgesetzes, NJW 1994, 2392 (2395).

⁵¹ Vgl. Maurer, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, 7 (12).

zugemessen.⁵² Schweigen bedeutet in der Regel weder Zustimmung noch Ablehnung, sondern überhaupt keine Willenserklärung. Schließlich existiert keine Pflicht, durch Zurverfügungstellung des eigenen Körpers Dritten in Form der Organspende zu helfen, was im Übrigen auch bereits im Ausdruck Organspende zum Ausdruck kommt.

bb) Irreführende Bezeichnungen und unklare Formulierungen

Der Begründung des Gesetzentwurfs zur doppelten Widerspruchslösung kann der Vorwurf der Verwendung irreführender Bezeichnungen und unklarer Formulierungen nicht erspart werden. Dabei gilt es, sich erneut eines Ausgangspunktes zu versichern: Eine Organentnahme ohne Zustimmung ist verfassungswidrig.

Legitimatorisch sucht die Gesetzesbegründung die Einführung der Widerspruchslösung zunächst unter Hinweis auf (vermeintliche) Zustimmung der Bevölkerung zur Organspende, die sich wohl aus Trägheit nicht in der Ausfüllung eines Organspendeausweises realisiere, abzusichern. Dazu wird eingangs des Begründungsteils auf eine Repräsentativbefragung „Einstellung, Wissen und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende 2018“ der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung Bezug genommen, wonach rund 84% der Menschen in Deutschland einer Organ- und Gewebespende „eher positiv“ gegenüberstehen.⁵³ Unabhängig davon, dass nicht geklärt wird, was mit „eher positiv“ gemeint ist (noch dazu, wenn die darauf bezogenen Frage zugleich mit der in Teilen weitaus weniger invasiven Gewebespende verbunden ist) wird aus der Befragung geschlossen, dass sich die befragten Menschen nicht nur abstrakt zur Organspende positiv erklärt hätten, sondern dass sie damit zugleich innerlich mit einer eigenen Organspende einverstanden seien. Es ist aber durchaus fraglich, ob aus der gleichsam abstrakten Bejahung der Organspende zugleich und individuell belastbar geschlossen werden kann, dass auch der einzelne Mensch zur Spende seiner Organe bereit ist. Empirisch reibt sich eine solche Interpretation an der Tatsache, dass die Anzahl der Menschen, die einen Organspendeausweis besitzen deutlich niedriger ist, wofür nicht allein Trägheitsgründe ins Feld geführt werden können.

Die Begründung des Entwurfs führt sodann weiter aus:

⁵² Vgl. *Wendtland*, BeckOK BGB, Stand: 1. August 2019, § 133 Rn. 10; *Busche*, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 47 Rn. 6; s.a. bereits *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, Rn. 52 ff.

⁵³ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 2.

Ohne die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen einzuschränken, soll es mit der Einführung der doppelten Widerspruchslösung zu einer Selbstverständlichkeit werden, sich zumindest einmal im Leben mit dem Thema Organ- und Gewebespende auseinanderzusetzen und dazu eine Entscheidung zu treffen, ohne diese begründen zu müssen.⁵⁴

Das Verständnis des ersten Teils „Erklärungspflicht“ mag der Auslegung zugänglich sein, im zweiten Teil wird allerdings die Wirkung des Gesetzes nur undeutlich erklärt. Denn wenn das Gesetz nur eine Verpflichtung zur Erklärung und Entscheidung begründen wollte, wäre Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Gesetz das Nichtvorliegen einer Erklärung bzw. der Entscheidung, nicht aber das Vorliegen einer Zustimmungserklärung. Genau das aber bezweckt die Widerspruchslösung. Sie ist damit zu einem Kunstgriff gezwungen, der an anderer Stelle noch einmal verdeutlicht wird. Es sei nicht allein ausreichend, die Menschen noch häufiger und umfassender als bisher zu informieren.⁵⁵ Entscheidend sei, dass die Menschen sich auch tatsächlich mit der eigenen Spendebereitschaft befassen.⁵⁶ Auch hier bleibt die Gesetzesbegründung undeutlich. Es geht nicht um ein bloßes Befassen, es geht darum, dass die Nichtbefassung und -erklärung für den Grundrechtsträger die Rechtsfolge hat, dass er als Organspender herangezogen werden kann. Hier zeigt sich erneut der innere Konstruktionsfehler der Widerspruchslösung. Sie unterschiebt dem nicht Widersprechenden eine Erklärung, die er eben nicht abgegeben hat. Denn auch wenn die Gesetzesbegründung noch so sehr von einer bloßen Erklärungs- oder Befassungslast spricht, ändert dies nichts daran, dass das Unterlassen einer Erklärung zur Organspende keine Erklärung und schon gar keine für die Organspende ist. Zu dieser Fiktion – der Gleichsetzung einer Nichterklärung mit einer Erklärung – ist das Widerspruchskonzept gezwungen, weil sonst die Organentnahme ohne Zustimmung erfolgte und damit nach allgemeiner Auffassung verfassungswidrig wäre. Im Kernbereich der Selbstbestimmung über die eigene Leiblichkeit sind – unabhängig davon, ob dieses Selbstbestimmungsrecht nun in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG oder in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert wird – derartige (zudem kaum offengelegte) Fiktionen indes unzulässig. In höchstpersönlichen Angelegenheiten sind allenfalls in extremen –

⁵⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 2.

⁵⁵ Dass dabei die Erfahrungen seit 2012 ausgeblendet bleiben, wurde schon ausgeführt.

⁵⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096, S. 3.

dann wohl verfassungsrechtlich abzusichernden – Ausnahmefällen staatliche Zugriffsrechte denkbar, die nicht auf einer positiven Erklärung des Grundrechtsträgers beruhen, von dieser vielmehr abgekoppelt sind.

Unterkomplex ist in diesem Kontext deshalb auch die These, durch die Widerspruchslösung werde keine Duldung einer postmortalen Explantation verlangt, sondern dem Bürger nur eine einfache Erklärungslast auferlegt. Wenn mit der Widerspruchslösung tatsächlich nur eine bloße Erklärungslast verbunden wäre, wäre bei einem Verstoß gegen jene Last nur schlicht keine Erklärung abgegeben. Die Widerspruchslösung muss aber noch einen weiteren Schritt gehen, sie muss nämlich die unterbliebene Erklärung als Zustimmung werten, weil sonst eine Organentnahme ohne Zustimmung erfolgte. Auch nötigt sie – beispielsweise in Fällen, in denen jemand innerlich mit einer Organspende nicht einverstanden ist, dies aber nicht nach außen kundtun will – Betroffene nicht etwa nur zu einer Verpflichtung zur gleichsam prämortalen Geltendmachung des postmortalen Persönlichkeitsrechts. Sie bürdet dem Bürger zudem das Risiko einer Missachtung des Widerspruchs durch unglückliche Umstände auf.

Die Einführung der sog. doppelten Widerspruchslösung führte damit zu Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts über die eigene Leiblichkeit, die nicht unter Berufung auf das mit der Widerspruchslösung verbundene Ziel einer Erhöhung der Organspenden gerechtfertigt werden können. Zum einen ist wie oben erörtert wurde bereits zweifelhaft, ob die Widerspruchslösung überhaupt zu einer Erhöhung realisierter Organspende führen würde.⁵⁷ Zum anderen bestehen mit den ebenfalls oben angesprochenen strukturellen Reformen gegenüber der Widerspruchslösung mildere und mindestens gleich effektive Mittel.⁵⁸ Vor allem aber wirken sich die mit der Widerspruchslösung verbundenen Eingriffe im Zentralbereich der körperlichen Integrität und des darauf bezogenen Selbstbestimmungsrechts aus und sind auch aus diesem Grund nicht rechtfertigungsfähig.⁵⁹ Es gibt unter den Auspizien des Verfassungsrechts eben nur eine solidarische Spende, nicht aber eine davon losgelöste Sozialpflichtigkeit des eigenen Körpers.

⁵⁷ Näher oben S. 14 ff.

⁵⁸ Dazu oben S. 16 ff.

⁵⁹ Näher S. 18 ff.

4. Zwischenergebnis

Hinsichtlich des vorgelegten Entwurfs zur Einführung der Widerspruchslösung (BT-Drs. 19/11096 bestehen erhebliche (verfassungs-)rechtliche Bedenken.

Der Entwurf wirft schon einfachrechtlich die oben erläuterten Probleme⁶⁰ im Hinblick auf die adressierten entnehmenden Ärzte auf, verfehlt Distanzschutzvorgaben und kann zu einer Missachtung des Patientenwillens führen. § 4 Abs. 4 des Entwurfs birgt zudem die Gefahr, dass die dem Arzt, der die Organ- oder Gewebeentnahme vornehmen oder unter dessen Verantwortung die Gewebeentnahme nach § 3 Abs. 1 S. 2 vorgenommen werden soll über die Befragung des nächsten Angehörigen normativ zugewiesene Prüfungsbefugnis, ob der potentielle Organspender zu Lebzeiten in der Lage war, Wesen, Bedeutung und Tragweite einer Organ- oder Gewebespende zu erkennen und seinen Willen danach auszurichten, zu einer Derogation von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG führt.

Vor allem aber werden mit dem diskutierten Modell der Widerspruchslösung die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das Selbstbestimmungsrecht potentieller Organspender verlangt, nach meiner Auffassung verfehlt.⁶¹ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass dieses Ergebnis durchaus umstritten ist und dass es im Streitfalle das Bundesverfassungsgericht ist, dass letztverbindlich über die Frage judiziert, ob das Selbstbestimmungsrecht der potentiellen Organspender durch die hier diskutierte Widerspruchslösung eingehalten sind.

C. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende, BT-Drs. 19/11087

Auch dieser Gesetzentwurf zielt auf eine Erhöhung der Organspendezahlen. Der Entwurf will dieses Ziel allerdings mit einer „Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende“ erreichen, ohne dazu die derzeit geltende erweiterte Zustimmungslösung im Kern anzutasten. Der Entwurf sieht vor, dass eine stets widerrufbare Entscheidung klar registriert wird. Außerdem sollen eine verbindliche Information und bessere Aufklärung gewährleistet und eine regelmäßige (öffentliche) Auseinandersetzung mit der Thematik gefördert werden. Dazu soll Bürgern über ein Online-Register die Möglichkeit gegeben werden, ihre Entscheidung einfach zu dokumentieren, jederzeit zu ändern und zu widerrufen. Ferner ist vorgesehen, dass die Hausärzte ihre Patienten bei Bedarf alle zwei

⁶⁰ Dazu näher oben S. 6 ff.

⁶¹ Dazu näher oben S. 9 ff.

Jahre über die Organ- und Gewebespenden beraten und sie zur Eintragung in das Register ermutigen sollen.

Aus der Perspektive des (einfachen) Sozial- und Gesundheitsrechts ist ein Hinweis zu § 2 des Entwurfs geboten. Hinsichtlich der Neufassung von Abs. 1a und 1b der Vorschrift⁶² sollte der Entwurf zum Beratungskonzept der Hausärzte auch eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit der Patientenverfügungen und die besonderen Bedingungen und Umstände der Behandlung am Lebensende im Kontext der Organspende enthalten. Auch wäre eine deutlichere Akzentuierung der Anforderungen, die an ein umfassendes Aufklärungskonzept zu stellen sind, wünschenswert.

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts ist der Entwurf dagegen vollständig unproblematisch. Da der Gesetzentwurf das Konzept der erweiterten Zustimmungslösung unangetastet lässt, wird der Entwurf den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts gerecht. Er ist nach dem oben ausgeführten zur Steigerung der Organspendezahlen im Gefolge der Entscheidungslösung⁶³, der strukturellen Reformen durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende vom 22. März 2019⁶⁴ und der Erkenntnisse der Studie zu den Gründen des Rückgangs durchgeführter Organspenden⁶⁵ auch nicht etwa insuffizient, von einer Verfehlung schutzpflichtenrechtlicher Vorgaben kann im Hinblick auf den sehr weiten Maßstab des Untermaßverbots ohnedies keine Rede sein. Auf der Habenseite dieses Entwurfs ist weiter zu verbuchen, dass er der mit der Widerspruchslösung verbundenen Gefahr der Entsolidarisierung – im öffentlichen Diskurs weisen nicht wenige Menschen darauf hin, dass sie gleichsam prophylaktisch einen Widerspruch erklären würden – sollte die Widerspruchslösung Gesetz werden, vermeidet.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Aufgrund der dargestellten einfach- und ganz erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Gesetzentwurf zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz (BT-Drs. 19/11096) ist der ohne weiteres verfassungsgemäße

⁶² Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende, BT-Drs. 19/11087, S. 6.

⁶³ Dazu oben S. 15.

⁶⁴ Vgl. Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes - Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende, vom 22. März 2019, in Kraft getreten am 1. April 2019, BGBl. I S. 352 (Nr. 9), dazu oben S. 17.

⁶⁵ Dazu und zum Inhalt der Studie näher oben S. 16.

Gesetzentwurf zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende (BT-Drs. 19/11087) nach meinem Dafürhalten eindeutig vorzugswürdig.

(Prof. Dr. iur Heinrich Lang, Dipl. Sozialpäd.)

Gliederung

A. Vorbemerkungen	2
B. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/11096	3
I. Ausgestaltung und einfachrechtliche Problemfelder	3
1. Überblick über die grundlegenden Zustimmungsmodelle	3
a) Enge Zustimmungslösung	3
b) Erweiterte Zustimmungsregelung	4
c) Enge Widerspruchsregelung.....	4
d) Erweiterte Widerspruchsregelung	4
2. Gegenüberstellung.....	5
a) De lege lata: Das Modell der erweiterten Zustimmungslösung	5
b) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 19/110976	5
3. Die doppelte als enge Widerspruchslösung	6
4. Einfachrechtliche Problemfelder und Umsetzungsfragen.....	6
a) Begriffliches (§ 4 Abs. 1 des Entwurfs)	6
b) Fehlender Distanzschutz, § 4 Abs. 1 des Entwurfs	7
c) Gefahr der Missachtung des Patientenwillens am Lebensende.....	8
d) Auslegung von § 4 Abs. 4 des Entwurfs	8
II. Verfassungsrechtliche Beurteilung.....	9
1. Der grundrechtliche Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts	10
2. Eingriffe	13
3. Rechtfertigung	13
a) Gesetzgeberisches Ziel	14
b) Geeignetheit	14
aa) Widerspruchslösung führt nicht automatisch zu mehr Organspenden	14
bb) Limitierender Faktor Hirntodkriterium	15
c) Erforderlichkeit.....	16
d) Angemessenheit	19
aa) Aufbürdung von Erklärungslasten und Gefahren	20
bb) Irreführende Bezeichnungen und unklare Formulierungen.....	21
4. Zwischenergebnis	24
C. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende, BT-Drs. 19/11087	24
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	25