



Prof. Dr. Steffen Augsberg · Hein-Heckroth-Str. 5 · D-35390 Gießen

<p>Deutscher Bundestag Ausschuss für Gesundheit</p> <p>Ausschussdrucksache 20(14)251(13)</p> <p>gel. SV zur öffent. Anh. am 29.01.2025 29.01.2025</p>

Professur für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Steffen Augsberg

Hein-Heckroth-Str. 5

D-35390 Gießen

Tel.: 0641 / 99 – 21090/91

Fax: 0641 / 99 – 21099

Email: augsberg@uni-giessen.de

Internet :

<http://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren/augsberg/>

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit

am 29. Januar 2025

zum

Gesetzentwurf der Abgeordneten Sabine Dittmar, Gitta Connemann, Dr. Armin Grau und weiterer Abgeordneter (Entwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes – Einführung einer Widerspruchsregelung im Transplantationsgesetz, BT-Drs. 20/13804)

sowie zum

Gesetzentwurf des Bundesrates Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes und Einführung der Widerspruchslösung (BT-Drs. 20/12609)

Stellungnahme

I. Problemaufriß: Widerspruchslosung als Scheinlösung

Die beiden vorgelegten Gesetzentwürfe betreffen ein schon länger gesellschaftlich, politisch und erst recht verfassungs- wie gesundheitsrechtlich diskutiertes Thema; auch der Deutsche Bundestag hat sich vor relativ kurzer Zeit bereits damit beschäftigt. Viele Argumente sind deshalb ausgetauscht, und die grundsätzlichen Positionen sind bekannt. Während sich in der internationalen Debatte teilweise grundlegendere Dissense über die Transplantationsmedizin als solche erkennen lassen - beispielsweise, weil das Hirntodkriterium abgelehnt wird und hirntote Patienten deshalb als besonders vulnerabel und schützenswert gelten -, besteht hierzulande weitgehende Einigkeit hinsichtlich der Grundannahme, daß das Transplantationsssystem im Sinne der Interessen der transplantationsbedürftigen Patienten gestärkt werden sollte. Insoweit geht es weniger um einen Zielkonflikt als um die Frage, welche Mechanismen zur Zielerreichung angemessen sind, welche Kombinationen sinnvoll erscheinen und wie sich kontraproduktive Effekte vermeiden lassen. Vor diesem Hintergrund dienen die nachfolgenden Ausführungen nicht dazu, noch einmal die Gesamtproblematik der Alternativkonzepte Zustimmungs-/Widerspruchslosung zu entfalten. Statt dessen konzentrieren sie sich auf die

Dem Ausschuss ist das vorliegende Dokument
in nicht barrierefreier Form zugeleitet worden.

zentralen Argumente, die für die intendierte Gesetzesänderung vorgetragen werden, und verdeutlichen die insoweit bestehenden Zweifel und Bedenken. Die Widerspruchslösung löst keine Probleme, sondern wird höchstwahrscheinlich neue kreieren. Sie dürfte zudem an sich sinnvolleren, an anderen Stellen ansetzenden Reformoptionen entgegenwirken.

1. Empirische und verfassungsnormative Grundlagen

Im Ausgangspunkt bedarf es hier wie stets einer ehrlichen und sauberen Auseinandersetzung sowohl mit den empirischen wie den (verfassungs-)normativen Grundlagen des Transplantationssystems. Dieses grundlegende Postulat widerstreitet unterkomplexen Vergleichen und Gleichsetzungen; es impliziert eine intensive Auseinandersetzung nicht nur mit den vorliegenden Daten, sondern auch mit den Bedingungen, unter denen diese ermittelt wurden (oder eben nicht). Soweit möglich, ist darüber hinaus kontextsensibel nach den tatsächlichen wie rechtlichen Umständen zu forschen, die für die vorliegende Situation mitprägend sind. Insofern sind schon in rechtstatsächlicher Hinsicht Defizite erkennbar (s. 2.). Darüber hinaus werden aber auch die rechtlichen Grundannahmen teilweise zu einseitig präsentiert. Es handelt sich um eine komplexe, multipolare Konfliktsituation, die vom Gesetzgeber eine Lösung verlangt, die allen Grundrechtspositionen angemessen Rechnung trägt, potentielle Konflikte also gerade nicht einseitig zu einer Seite hin auflöst.

Grundrechtlich relevant und grundrechtlich geschützt sind, das ist schon an dieser Stelle hervorhebenswert, nicht nur die Bereitschaft zur Spende wie die Spende selbst, sondern schon die (erzwungene) Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ferner, daß gerade keine prinzipielle, grundrechtsbasierte Pflicht des Einzelnen existiert, zum Schutz anderer Grundrechtsträger vor Gefährdungen beizutragen. Denn die Bürger sind im Verfassungssystem des Grundgesetzes grundrechtsberechtigt, nicht grundrechtsverpflichtet. Demgegenüber ist zwar der Staat im Sinne der objektiven wie subjektiven Grundrechtswirkungen auch zum Schutz seiner Bürger verpflichtet. Dementsprechend bestehen keine Bedenken dagegen, daß die avisierten Neuregelung darauf abzielt, „die Versorgung der Menschen, die auf eine Organ- oder Gewebespende angewiesen sind, deutlich zu verbessern und ihnen die Möglichkeit zu geben, ein oft lebensrettendes Organ oder Gewebe zu erhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es erforderlich, die Anzahl der Organspenden zu erhöhen.“ Offensichtlich ist dies eine berechtigtes, grundrechtlich abgesichertes Zwecksetzung. Allerdings ginge es eindeutig zu weit, dies als Ausdruck einer grundrechtlichen Schutzpflicht zu verstehen und damit als verfassungsnormativ gefordert einzuordnen. Vielmehr verdichtet sich Schutzpflichten, die insbesondere auch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG abgeleitet werden, nur in Ausnahmefällen zu einem Anspruch des Grundrechtsträgers auf ein spezifisches Tätigwerden des Gesetzgebers. Regelmäßig besteht ein weiterer Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Von einer Verletzung der Schutzpflicht ist dementsprechend nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur auszugehen, wenn der Gesetzgeber keinerlei dem Schutz der Betroffenen dienende Regelungen getroffen hat, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.¹

¹ Vgl. dazu aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BVerfGE 142, 313 (337 f.); 157, 30 (114), 158, 170 (191); 160, 79 (105).

Es kommt mithin gerade nicht darauf an, ob es überhaupt noch andere denkbare, möglicherweise schutzintensivere Maßnahmen gibt. Angesichts der Tatsache, daß der deutsche Gesetzgeber im Interesse der transplantationsbedürftigen Patienten ein ausdifferenziertes System von Vorschriften geschaffen hat, die die Organspende und -allokation regeln, ist von einer entsprechenden Untätigkeit der Legislative offensichtlich nicht auszugehen. Ebenso wenig kann angenommen werden, daß die vorhandenen Regelungen vollkommen unzulänglich sind. Ernsthaft in Betracht käme damit nur noch das Argument, die vorhandene Konstruktion bliebe erheblich hinter dem Schutzziel zurück. Indes ist dem direkt entgegenzuhalten, daß die derzeitige (Zustimmungs-)Lösung bereits einen vergleichsweise hohen Anteil der überhaupt für eine Spende in Betracht kommenden Organe erfaßt (dazu näher 2.). Jenseits der primär gewaltenteilungsbasierten Frage nach der Reichweite der Schutzpflicht und dem genuinen Hoheitsbereich der Legislative ist darüber hinaus zu berücksichtigen, daß auch der Gesetzgeber in Erfüllung der Schutzpflicht ihrerseits den verfassungsrechtlichen Rahmen nicht verlassen darf. Das widerstreitet insbesondere Schutzmaßnahmen, die in unverhältnismäßiger Weise grundrechtsbasierte Interessen Dritter beeinträchtigen (s. näher unten II.).

2. Zur (angeblichen) Divergenz von Spendebereitschaft und tatsächlicher Spende

Zu den empirischen Einsichten zählt namentlich, daß das oft zur Begründung der Widerspruchslösung herangezogene Delta zwischen der Spendebereitschaft und der tatsächlichen Spende bei näherer Betrachtung bei weitem nicht so groß ist, wie oft behauptet wird. Denn der pauschale Vergleich zwischen diesen beiden Nenngrößen geht an der deutlich komplexeren Realität des Transplantationswesens vorbei. Er basiert auf der Gegenüberstellung von Zahlen, die das Gesamtsystem nicht angemessen erfassen, nämlich einer theoretisch hohen, auf Basis demoskopischer Umfragen ermittelten Zustimmungquote einerseits und einer signifikant niedrigeren Zahl der Organspendeausweisbesitzer andererseits. Dem ist indes nicht nur, erstens, entgegenzuhalten, daß es wenig überraschend ist, wenn zwischen einer abstrakten und einer konkreten Spendebereitschaft Unterschiede bestehen. Das gilt nicht nur, aber insbesondere dann, wenn, wie hier, Einstellungen abgefragt werden, die mit einer bestimmten gesellschaftlichen Erwartungshaltung und potentiell moralischem Tadel (Egoismusvorwurf) in Verbindung stehen. Zweitens ist es von vornherein schief, für die Frage der Spendebereitschaft nicht auf den diesbezüglich einzig relevanten Bevölkerungsteil, nämlich die potentiellen Organspender, sondern auf die Gesamtbevölkerung abzustellen. Insoweit ist es schließlich, drittens, schlicht unzutreffend, wenn die Möglichkeit der Organentnahme mit dem Vorhandensein eines Organspendeausweises gleichgesetzt wird. Vielmehr ist zu berücksichtigen, daß eine Vielzahl der vorgenommenen Spenden nicht auf dem Organspendeausweis und der darin enthaltenen persönlichen Erklärung beruht, sondern im Sinne der erweiterten Zustimmung den mutmaßlichen Willen des Spenders einbezieht. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte steigt die Zustimmungquote mit Blick auf die prinzipiell als Spender in Betracht kommenden (hirntoten) Personen auf nahezu drei Viertel. Das spricht nicht nur dagegen, das bestehende Zustimmungsmodell als ineffektiv einzuordnen; dieses Regelungskonzept bleibt deshalb keineswegs im oben genannten Sinne erheblich hinter dem Schutzziel zurück. Die Einsicht in die tatsächliche Prozentzahlen wirft vielmehr weitergehend die Frage auf, ob es nicht a priori eine Überdehnung eines auf freiwillige Unterstützung und Mitwirkung angelegten Systems darstellt, eine Mitwirkungsquote von fast 75% als unzureichend zu qualifizieren. Eine zumindest von relevanten Teilen der Gesellschaft als übergriffig und unzumutbar empfundene Ausweitung infolge der Widerspruchslösung droht insoweit insgesamt akzeptanz- und vertrauensschädigend zu wirken. Die angeblich effektivere (Widerspruchs-)Lösung dürfte

insoweit nicht nur ungeeignet sein, die in sie gesetzten Hoffnungen erfüllen; sie droht sogar, sich kontraproduktiv auszuwirken (s. näher unten VI.).

II. Grundrechtsrelevanz des „bloßen“ nudgings

1. Schutzgegenstand und normative Grundlagen

Es kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, daß die Organspende eine höchstpersönliche und grundrechtsrelevante Entscheidung abbildet und voraussetzt. Es entspricht einer Grundeinsicht der modernen Medizinethik wie des modernen Gesundheitsrechts, daß belastende gesundheitsbezogene Eingriffe nur auf Basis einer vorab erteilten, durch hinreichende Aufklärung abgesicherten und damit informierten Einwilligung erfolgen dürfen. Diese grundsätzlich patientenzentrierte Perspektive basiert auf der Annahme, daß auch im Kontext der Gesundheitsversorgung eine möglichst weitreichende Selbstbestimmung über die eigene psychische wie physische Integrität sicherzustellen ist. Es widerspricht daher der Bedeutung der Patientenautonomie, wenn diese Einwilligung als bloße Formalie behandelt wird. Insbesondere der Aspekt der Informiertheit droht unterzugehen, wenn an ihre Stelle eine gesetzliche Fiktion tritt, nach der schon das bloße Schweigen als Zustimmung zu werten ist. Angesichts der vielfältigen und in sich diffizilen Überlegungen, die im Zusammenhang mit einer Organspende anzustellen sind, erscheint eine solche Unterstellung schon ganz grundsätzlich unangemessen. Erst recht läßt sie zu wenig Raum für besondere Bedenken und Empfindlichkeiten, die keineswegs im Sinne einer paternalistisch-objektivierten Sicht ignoriert werden dürfen, sondern im Sinne einer Orientierung an individuellen Wert-, Lebens- wie Sterbevorstellungen ernst zu nehmen und zu berücksichtigen sind. Dem kann auch nicht durch eine zudem vermutlich weitgehend bzw. jedenfalls in signifikanten Teilen leerlaufende Informationskampagne abgeholfen werden.

Diese basale deontologische, dem Menschenbild des Grundgesetzes entsprechende Prämisse ist nicht zuletzt eine zentrale Reaktion auf die historischen Erfahrungen mit kollektivistischen Herrschaftssystemen. Eine vulgär-konsequentialistische Konzeption, derzufolge eine gesellschaftlich Verpflichtung des Einzelnen besteht, seine persönlichen Befindlichkeiten zugunsten eines bestimmten Gemeinwohlverständnisses pauschal zurückzunehmen, widerspricht diesem liberalen, individualzentrierten Gesellschaftskonzept. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß mit der Widerspruchsoption eine hinreichende Wahrung des Selbstbestimmungsmodells sichergestellt ist. Vielmehr stellt aus grundrechtlicher Sicht schon die damit verbundene Vorgabe, sich mit diesem höchstpersönlichen und individuell unter Umständen enorm belastenden Thema beschäftigen und sich dazu erklären zu müssen, eine relevante Beeinträchtigung der Selbstbestimmung dar. Sie ist damit gesondert legitimationsbedürftig. Das gilt um so mehr, als die Umstellung von einem Zustimmungssystem (Opt-in) auf ein Widerspruchssystem (Opt-out) eine erhebliche Verschiebung der Darlegungslast bedingt und die Wahlfreiheit bewußt in eine bestimmte Richtung drängt. Es ist (auch) diese verhaltensökonomisch abgesicherte Einsicht in die Existenz von Pfadabhängigkeiten, die dazu führt, daß in vielen Rechtsbereichen, etwa im Datenschutzrecht, aber nicht zuletzt auch im Gesundheitswesen, grundsätzlich eine positive Stellungnahme (Einwilligung/Zustimmung) verlangt wird. Indes ist es nicht nur eine realistische Erwartung, sondern gerade erklärter Sinn des Widerspruchsmodells, sich den Effekt nutzbar zu machen, daß Menschen den Aufwand des Widerspruchs scheuen werden. Unabhängig davon, wie groß dieser Aufwand im Einzelfall wäre, stellt das eine in sich problematische Vorgehensweise dar. Denn das Verhältnis von Staat und Bürger wird grundlegend

verändert, wenn die private Inanspruchnahme und staatliche Akzeptanz grundrechtlicher Freiheit davon abhängig gemacht werden, daß bestimmte prozedurale Bedingungen erfüllt sind, für deren Erfüllung der Grundrechtsträger selbst verantwortlich ist. Im konkreten Fall bedeutete dies, daß die grundsätzlich staatlichem Zugriff entzogene Verfügungsmacht über den eigenen Körper erstmals gesondert begründungsbedürftig würde.

Unabhängig von der Frage, wie diese Konstellationen allgemein grundrechtsdogmatisch zu behandeln sind, stellt es eine problematische Fehlqualifikation dar, das Widerspruchsmodell als schlichten Anwendungsfall des sogenannten Nudgings („Stupsens“) einzuordnen. Denn diese besondere Form indirekter Verhaltensbeeinflussung findet typischerweise bei Aktivitäten Anwendung, die prinzipiell den Interessen der betroffenen Person selbst entsprechen beziehungsweise diese zumindest nicht negativ beeinflussen. Demgegenüber handelt es sich bei der Organspende um eine genuin fremdnützige Entscheidung, deren Altruismus gerade auf ihrer Freiwilligkeit beruht. Es verkehrt schon sprachlich den Sinn einer „Spende“, sie auch dann anzunehmen, wenn sie nicht positiv unterstützt wird, sondern lediglich auf einem - warum auch immer - unterlassenen Widerspruch beruht. Mit Blick auf die Relevanz postmortalen Grundrechtsschutzes kann dem nicht entgegengehalten werden, mit dem (Hirn-)Tod erübrigten sich entsprechende Schutz- und Achtungsverpflichtungen. Denn wäre dies der Fall, bedürfte es letztlich auch keines Widerspruchsmodells. Im übrigen betrifft jedoch der Zugriff auf den Körper keineswegs nur die nach der Hirntodfeststellung erfolgende Explantation, sondern erfaßt notwendig auch schon die sogenannten organprotektiven Maßnahmen, die medizinisch notwendigerweise vor dieser Feststellung eingeleitet werden.

2. Soziale und politische Implikationen eines weitreichenden Kollektivismus

Größerer Aufmerksamkeit bedarf - gerade aus einer grundrechtlichen, auf die Gleichbehandlungs- und Schutzpflicht des Staates rekurrierenden Perspektive - die Tatsache, daß sich die Widerspruchslösung aller Voraussicht nach sozial sehr unterschiedlich auswirken wird (dazu noch IV.). Unabhängig davon ist aber auch auf mögliche abstraktere Folgen hinzuweisen: die oben angesprochen Verschiebung des staatlich-privaten Beziehungsmodells kann nicht nur grundlegende Vertrauensverluste in das Transplantations- und Gesundheitssystem bedingen, sondern besitzt zusätzlich das Potential, das demokratisch geordnete Miteinander zu beeinträchtigen. Denn die grundrechtlich abgesicherte grundsätzliche Trennung zwischen einer gesellschaftlich-privaten Sphäre prinzipieller Freiheit und einer staatliche Sphäre prinzipieller Begrenztheit wird hier zumindest bereichsbezogen in Frage gestellt. Es handelt sich eben nicht um eine bloße gerechtfertigte Grundrechtsbeeinträchtigung, von denen es selbstverständlich viele gibt, ohne daß das staatlich-private Grundverhältnis dadurch ins Wanken gebracht wird. Vielmehr geht es um eine basale Verschiebung des Koordinatensystems, weil der individuellen Entscheidungshoheit nur noch eine sekundäre, bedingungsabhängige Bedeutung zugewiesen und eine allein fremdnützige „Opferbereitschaft“ zur default-Position des geltenden Rechts erhoben wird. Es ist jetzt schon absehbar, wie eine entsprechende Vorgehensweise zukünftig politisch weiterverwendet und mißbraucht werden könnte - sei es, indem das Modell „Schule machen“ soll, sei es, indem es herangezogen wird, um an sich hiervon gänzlich getrennte Bereiche zu kritisieren und zu delegitimieren.

III. Unzureichende Relationalität

1. Sinn und Zweck einer „erweiterten“ Zustimmung-/Widerspruchslösung

Die dem geltenden Recht entsprechende, sogenannte erweiterte Zustimmungregelung ist gegenüber der vorgeschlagenen Widerspruchslösung auch deshalb vorzugswürdig, weil sie der Tatsache Rechnung trägt, daß Menschen zwar individuell über ihr Leben entscheiden, dieses Leben aber typischerweise nicht isoliert, sondern in Gemeinschaft mit anderen leben und deshalb in ihren Entscheidungen diese sozialen Eingebundenheit mitreflektieren. Dem entspricht das dem geltenden Recht zugrundeliegende, gesellschaftlich rückgebundene Verständnis von Selbstbestimmung als *relationaler* Autonomie: Es achtet die Entscheidungsbefugnis des Einzelnen und knüpft deshalb etwa mit dem Zustimmungserfordernis an eine entsprechende individuelle Willensbildung und -äußerung an. Zugleich trägt es mit der Einbeziehung der An- und Zugehörigen aber der Tatsache der „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“² Rechnung. Diese doppelte Einbindung nimmt insbesondere auch die bestehende Rechtslage im Transplantationsgesetz auf, soweit mit der sogenannten erweiterten Zustimmungslösung zunächst auf die individuelle Spendeentscheidung abgestellt wird, sodann aber die wesentliche Rolle der Angehörigen mitberücksichtigt wird.

2. Problematische Konsequenzen für Angehörige

Zugegebenermaßen beinhaltet dies Einbeziehung für die Angehörigen nicht nur eine Möglichkeit, gehört zu werden. Sie kann auch zur Belastung werden, weil in Ermangelung einer bindenden Erklärung des potentiellen Spenders auf ihre Erfahrungen und Einstellungen zurückgegriffen wird. Das bedeutet eine Verantwortungsübertragung, die belastend wirken und Konflikte verursachen kann. Dennoch ist diese Lösung eindeutig vorzugswürdig gegenüber einem Modell, in dem diese Mitwirkungsoption nicht vorgesehen ist. Denn gerade diese Komplexität und Ambivalenz entspricht der Lebenspraxis, die eigene Selbstbestimmung nicht isoliert, sondern aus persönlich konstruierten und konturierten Beziehungsgeflechten heraus zu verstehen. Demgegenüber stellt es einen klaren Rückschritt dar, wenn im Rahmen der geplanten Widerspruchsmodelle die Angehörigen auf die Rolle bloßer Auskunftgeber reduziert werden, die gerade keine eigenen (Mit-)Entscheidungsbefugnisse haben. Diese Position dient ersichtlich dazu, zu verhindern, daß durch die Angehörigen die „Effektivität“ des Widerspruchsmodells untergraben wird. Doch ist der Preis hierfür (zu) hoch: Es stellt eine erhebliche, übermäßige Zumutung für die Angehörigen dar, wenn ihre eigene ablehnende Haltung selbst bzw. gerade dann keine Berücksichtigung findet, wenn unklar ist, ob der potentielle Organspender mit der Explantation einverstanden war. Personen, die selbst starke Vorbehalte gegenüber der konkreten Organspende ihres Angehörigen haben, werden damit von Gesetzes wegen geradezu gezwungen, wahrheitswidrig einen zu Lebzeiten erklärten Widerspruch zu behaupten. Das von den Initiatoren angeführte Ziel, Angehörige wie medizinisches Personal durch die Einführung einer Widerspruchsregelung in der Entscheidungsfindung am Lebensende zu entlasten, wird durch dieses Modell deshalb nicht erreicht. Statt dessen unterläuft und konterkariert diese rigide Vorgehensweise die für die moderne (Intensiv-)Medizin so wichtigen Versuche, den Patienten in seiner sozialen und wertebezogenen Eingebundenheit wahr- und anzunehmen und im Rahmen eines geteilten und partizipativen Entscheidungsfindungsprozesses umfassend auf individuelle wie umfeldbezogene Entscheidungskomponenten abzustellen.

IV. Soziale Ungleichheiten als absehbare Folge

1. Kognitive, emotionale und soziale Voraussetzungen der Widerspruchserklärung

² BVerfGE 4, 7 (15 f.).

In den Gesetzentwürfen zur Widerspruchslösung fehlen bedauerlicherweise klare Regelungen darüber, wie mit diesbezüglich spezifisch vulnerablen Gruppen und Personen zu verfahren ist und welche Schutzmechanismen bei möglichem oder erwartbarem Unverständnis greifen. Zudem gibt es, wie erwähnt, eine Vielzahl offener Fragen, die nicht auf Informations- oder Verständnisdefiziten beruhen. Hier drohen erhebliche soziale Verwerfungen, soweit mit hoher Wahrscheinlichkeit auch und eventuell sogar vor allem Personen auf einen Widerspruch verzichten (bzw. präziser: dessen Möglichkeit nicht zur Kenntnis nehmen) werden, die aus unterschiedlichen Gründen gar nicht in der Lage sind, sich in der gebotenen Tiefe mit dem Thema auseinanderzusetzen und eine entsprechende (ablehnende) Position nicht nur zu entwickeln, sondern auch zu äußern. Darüber hinaus ist auch diesseits dieser besonders verletzlichen Personengruppe auf das sozialpsychologisch bekannte Phänomen des „status quo bias“ hinzuweisen: Demnach steht ferner zu befürchten, daß Gewöhnungs-, Anpassungs- und Verdrängungseffekte dazu führen werden, daß die Folgen eines möglicherweise fehlenden Widerspruchs zunehmend in Vergessenheit geraten - daß das nicht dem direkten Kalkül des Gesetzes entspricht, ändert dann nichts daran, daß es dessen Grundintention unterstützt. Hier zeigt sich noch einmal in aller Deutlichkeit, wie problematisch es ist, für eine höchstpersönliche und höchst grundrechtssensible Entscheidung wie der Organspende nicht eine bewußte und überlegte freiwillige Mitwirkung zu fordern, sondern sie auch und insbesondere denen zuzumuten, die - aus welchen Gründen auch immer - nicht imstande sind, sich zu dieser Frage zu positionieren.

2. Unzureichende Betrachtung von Gleichheitsaspekten

Daß eine solche absehbare Ungleichbehandlung auch aus gleichheitsrechtlicher Hinsicht Probleme aufwirft, liegt auf der Hand. Insoweit wäre jedenfalls zu erwarten gewesen, daß klarere Schutzvorgaben normiert werden. Der vorliegende, ganz pauschale Verweis auf eine noch vorzunehmende Informationskampagne der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung stellt nicht nur aufgrund der beabsichtigten individuellen Ansprache einen erheblichen organisatorischen wie finanziellen, zudem datenschutzrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Aufwand dar. Er verdeutlicht zudem eher das Problem, als daß er es löst. Denn offensichtlich setzte eine solche Kampagne in zeitlicher, emotionaler, sozialer wie intellektueller Hinsicht ein Mindestmaß an Verständnis(fähigkeit) voraus, das gerade nicht pauschal unterstellt werden kann. Daß auf diese Weise ein einigermaßen einheitliches bzw. jedenfalls ein unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten aufgrund bestehender sachlicher Unterschiede gerechtfertigtes Ergebnis zu erwarten ist, erscheint mehr als unwahrscheinlich. Denn verfassungsrechtlich relevant und legitimationsbedürftig sind prinzipiell nicht nur bei unmittelbare, sondern auch bei mittelbare Ungleichbehandlungen. Eine entsprechende Rechtfertigung ist hier indes nicht zu erkennen; insbesondere erlaubt die erklärte Zielsetzung, die Zahl der Organspenden zu erhöhen, keine differenzierte Belastung unterschiedlicher Personen und Bevölkerungsgruppen.

V. Trittbrettfahrerproblematik und ET-weite Harmonisierungserfordernisse

1. Grundkonzept, Zielsetzung und Fehlverständnisse des ET-Verbundes

Der Eurotransplant-Verbund (ET) beruht auf der Grundidee, durch einen vergrößerten Spender- und Empfängerpool die Paßgenauigkeit der Organtransplantation zu verbessern. Dem dienen vor allem die Grundelemente des gemeinsamen Spender-Meldesystems und der

zentralen Warteliste. Nicht beabsichtigt ist es hingegen, durch den Zusammenschluß die Zahl der Organspenden insgesamt oder zumindest länderbezogen zu erhöhen. Gerade weil für die Organzuteilung nicht bestimmte Quoten, sondern medizinische und ethische Kriterien maßgeblich sind, ist es nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar normal, daß sich Differenzen zwischen der Zahl den von einem Mitgliedsland an ET gemeldeten und der Zahl der über ET in diesem Land vermittelten und transplantierten Organen ergeben. Insoweit spiegelt ET notwendig auch Unterschiede in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen und konkret den Bestimmungen zur Organspende wider, weil diese als Voraussetzung der Organallokation gerade nicht zum Tätigkeitsfeld des Verbundes zählt.

2. Kompetentielle Grenzen und inhaltliche Ausrichtung

Diese knappe Skizze verdeutlicht bereits, warum es fehlgeht, mit Blick auf die in anderen ET-Mitgliedstaaten vorhandenen Regelungsmodalitäten insbesondere mit Blick auf die Organspende eine umfassende Harmonisierung zu fordern. Die Existenz von Widerspruchsmodellen in anderen Ländern führt deshalb nicht dazu, daß dieses Konzept auch in Deutschland einzuführen ist. Vielmehr ist dem ET-Verbund aufgrund einer fehlenden entsprechenden grundlegenden Zielsetzung keine entsprechende Harmonisierungswirkung zu entnehmen. Sie ließe sich auch kaum mit der besonderen Rechtsform (Stiftung niederländischen Rechts) in Einklang bringen. Es trifft insoweit zwar zu, daß auch in Deutschland Organe transplantiert werden, die in anderen Ländern auf Basis von deren Widerspruchsmodellen gespendet werden. Auch mag man diese Tatsache als politisches Argument für eine Angleichung der Rechtslage verwenden. Doch befreit dies eben gerade nicht davon, die hier angeführten, der Einführung in Deutschland entgegenstehenden verfassungsnormativen Argumente zu beachten. Insoweit gilt an dieser Stelle nichts anderes als in zahlreichen anderen Rechts- und Gesellschaftsbereichen.

VI. Kontraproduktive Effekte

Schließlich (und in gewisser Weise vor allem) ist auf die problematischen Nebeneffekte und Kollateralschäden hinzuweisen, die die Einführung der Widerspruchslösung mit einiger Wahrscheinlichkeit mit sich bringen würde. Das betrifft zum einen das Verhältnis der erhofften zu den zu erwartenden Auswirkungen auf die konkreten Spenderzahlen (im Sinne eines Prozentsatzes der grundsätzlich organspendefähigen hirntoten Patienten), zum anderen aber auch die gerade nicht geleistete, aber unter Umständen verhinderte Möglichkeit, die Zahl der Spender selbst zu erhöhen.

1. Erwartbare Verständnisdefite und Vertrauensverluste

Es ist auf Basis der uns zugänglichen Studien mehr als zweifelhaft, daß die Widerspruchslösung zu einer signifikanten Zunahme tatsächlicher Spender führen wird. Gegen entsprechende Annahmen sprechen etwa die Zahlen, die der Schweizer Ethikrat für eine seiner jüngeren Stellungnahmen ausgewertet hat.³ Eine belastbare wissenschaftliche Evidenz, daß die Widerspruchslösung die Zahl der postmortalen Organspenden deutlich erhöhen würde, gibt es gerade nicht. Im Gegenteil mehren sich die Anzeichen dafür, daß sich mit ihrer Einführung sogar kontraproduktive Folgen ergäben. So lassen aktuelle Zahlen aus dem Vereinigten Königreich darauf schließen, daß die dort eingeführte Opt-out-Regelung die Zustimmungsraten zur

³ Abzurufen unter

https://www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/NEK-CNE_Widerspruchsloesung.pdf.

Organspende negativ beeinflusst und sogar zu einer Verlängerung der Wartezeit führen kann. Länderübergreifende Studien bestätigen die Bedenken hinsichtlich entsprechender isolierter Maßnahmen.⁴ Angesichts der oben erwähnten verfassungsrechtlich begründeten Bedenken ist damit jedenfalls erhebliche Skepsis angebracht, daß die angestrebte Ziel erreicht werden kann. Zu berücksichtigen ist dabei zudem, daß das Transplantationssystem in spezifischer Weise auf Akzeptanz und Vertrauen angewiesen ist. Dieses Gut ist zu wichtig, als daß es mit experimenteller Gesetzgebung aufs Spiel gesetzt werden darf. Es droht aber verspielt zu werden, wenn die Einführung der Widerspruchslösung und die mit ihr zwangsläufig verbundenen Probleme in großen oder doch zumindest größeren Teilen der Bevölkerung Vorbehalte gegenüber dem Transplantationswesen insgesamt auslösen.

2. Außerachtlassen erfolgversprechenderer Maßnahmen

Zur Begründung des Bestrebens, auf eine Widerspruchsregelung umzustellen, wird von den Initiatoren auf die Erfolglosigkeit früherer gesetzlicher Änderungen des TPG verwiesen. Das trifft im Ausgangspunkt zu, soweit nach wie vor offensichtliche Defizite bestehen, ist aber im Detail dennoch in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig. Zum einen insinuieren die entsprechenden Ansätze der Gesetzentwürfe, daß (nur) mit der Widerspruchslösung die bislang verfehlten Ziele erreichbar seien - das ist wie gesehen gerade nicht der Fall. Zum anderen evoziert dieses Vorgehen die Fehlvorstellung, es gäbe keine sinnvollen Alternativen. Dem ist in mindestens zweifacher Hinsicht zu widersprechen: Durch den Fokus auf die Widerspruchslösung wird erstens der (weiterhin) wichtige Blick auf die organisatorisch-strukturellen Bedingungen zumindest partiell verstellt; es steht zu befürchten, daß im Erfolgsfall zunächst einmal abgewartet würde, ob diese Neuregelung den erhofften Erfolg brächte. Schon aus diesem Grunde könnte eine Mehrheit für die Widerspruchslösung aus Sicht der Transplantationsmedizin und insbesondere der auf ein Spenderorgan wartenden Patienten letztlich ein Pyrrhussieg sein. Entsprechendes gilt, zweitens und vor allem, mit Blick auf eine weitere Reformoption, nämlich die Erweiterung des Spenderkreises. In der Debatte über die Organspende wird, gerade zur Rechtfertigung der Widerspruchslösung, gerne auf andere Länder und die dort vorfindlichen, im Vergleich zu Deutschland höheren Spendezahlen verwiesen. Dabei bleibt aber allzu oft unberachtet, daß sich die Systeme keineswegs nur in einem einzelnen Punkt unterscheiden. Ein zentraler Ansatzpunkt, der insoweit hierzulande noch (zu) wenig substantiiert erörtert wird, ist die Organspende nach einem kontrolliertem Herz-Kreislauf-Stillstand (Non-heart-beating donation oder Donation after coronary death - DCD). Diese Form der Organgewinnung wird jedoch derzeit in Deutschland nicht praktiziert, weil das TPG als Entnahmekriterium auf den Hirntod abstellt und hierfür den beteiligten Ärzten - in Verbindung mit entsprechenden Richtlinien der Bundesärztekammer - konkrete, grundsätzlich andere Kriterien ausschließende Feststellungsmodalitäten abverlangt. Demgegenüber nehmen die DCD-Konstellationen etwa in Spanien, Belgien, der Schweiz und Großbritannien bereits großen Raum ein; sie führen dort dazu, daß eine signifikante Zahl zusätzlicher Personen für eine Organtransplantation in Betracht kommen. Tatsächlich stellt nämlich der in Deutschland für die Entnahme verlangte (isolierte) Hirntod selbst auf Intensivstationen ein eher seltenes Ereignis dar. Mit der ergänzenden Bezugnahme auf die DCD, das läßt sich schon jetzt abstrakt abschätzen, wäre somit ein ganz anderes Potential verbunden, dem Organmangel abzuhelpfen, als mit der Widerspruchslösung.

⁴ S. etwa *Dallacker et al.*, Opt-out defaults do not increase organ donation rates, *Public Health* 236 (2024) 436 ff., <https://doi.org/10.1016/j.puhe.2024.08.009>; *Sharif et al.*, Comparison of organ donation and transplantation rates between opt-out and opt-in systems, *Kidney International* (2019) 95, 1453 ff., <https://doi.org/10.1016/j.kint.2019.01.036>.

Dabei darf selbstredend nicht in Abrede gestellt werden, daß es sich auch hierbei um eine diffizile Regelungsaufgabe handelt; das hat nicht zuletzt der jüngst in den Bundestag eingebrachte entsprechende Antrag gezeigt. Dennoch sollten die insoweit zumindest grundsätzlich bestehenden Chancen Grund genug sein, an dieser Stelle eine entwicklungs-offene Debatte zu führen, die die Erfahrungen der Nachbarstaaten berücksichtigt und konkrete Normierungsvorschläge miteinbezieht. Überaus zweifelhaft ist es aber, ob bzw. wie sich die hiermit zwangsläufig verbundene Komplexitätserhöhung noch mit einem Widerspruchsmodell kombinieren ließe. Denn je erklärungsbedürftiger die Umstände der Organspende sind, desto weniger überzeugend ist die ohnehin auf wackeligen Füßen stehende Annahme eines „informierten Schweigens als Zustimmung“. Das begründet die berechtigte Befürchtung, daß die Einführung der - in ihren Folgen wie gesehen mehr als zweifelhaften - Widerspruchs-konzeption einer solchen anderen, grundsätzlich größeren Erfolg versprechenden Option entgegenstünde.