

Hartmut Kreß *

Widerspruchslösung bei der Organspende?

Notwendigkeit von Differenzierungen und von Kriterien

* Prof. Dr. Hartmut Kreß, Universität Bonn, Ev.-Theol. Fakultät, Abt. Sozialethik, Am Hof 1, 53113 Bonn, Deutschland

Das hier vorliegende Textmanuskript ist im Druck erschienen in: *Medizinrecht* 37 (2019), H. 3, S. 192–197; die Publikation ist erhältlich bei Springer über <https://doi.org/10.1007/s00350-019-5175-1>.

I. Problemexposition

In der Bundesrepublik Deutschland herrscht Mangel an Organen, die schwer erkrankten Patienten das Leben retten und ihre Gesundheit stabilisieren sollen. In anderen europäischen Staaten sind Spenderorgane in erheblich höherem Maß verfügbar. So betrug in Österreich im Jahr 2017 die Zahl der Spender 23,5 pro 1 Mio. Einwohner, in Deutschland nur 9,3¹. Inländisch ist die Situation durch den Transplantationsskandal² sowie durch gravierende organisatorische Defizite in Kliniken verschärft worden. Um Abhilfe zu schaffen, hat das Bundeskabinett am 31.10.2018 das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende (GZSO) auf den Weg gebracht. Zugleich ergriff Bundesgesundheitsminister Spahn die Initiative, eine Widerspruchslösung einzuführen, damit von Staats wegen jeder Bürger grundsätzlich als Organspender gilt.

Würde der Vorschlag umgesetzt, wäre dies innerhalb eines Jahrzehnts die zweite einschneidende Änderung im Umgang mit Hirntoten. Im Jahr 2012 war die zuvor geltende Zustimmungslösung, der gemäß Organentnahmen nur nach vorheriger Einwilligung des Betroffenen oder nach hilfswesiger Zustimmung von Angehörigen vorgenommen werden dürfen, durch eine Entscheidungs- oder Erklärungslösung ergänzt bzw. ersetzt worden. Seitdem werden auf staatliche Veranlassung die Bürger auf verschiedenen Wegen, vor allem aber von ihren Versicherungen regelmäßig aufgefordert, eine Erklärung abzugeben, ob sie nach einem Hirntod zur Organspende bereit sind. Die jetzige Initiative soll den

¹ Eurotransplant, Statistical Report 2017, Leiden, S. 2.

² Speziell zum Göttinger Transplantationsskandal *Bornhauser*, Die Strafbarkeit von Listenplatzmanipulationen, 2017.

Druck des Staates auf die Bürger erhöhen. Denn jeder, der nicht explizit Nein gesagt hat, würde ihr zufolge künftig als Organspender betrachtet werden.

Es ist ganz ungewöhnlich, dass in der Biopolitik der Bundesrepublik Deutschland die Revision eines Gesetzes derart rasch in Gang gebracht wird. Stattdessen herrscht oft Immobilismus. Zu den Problembeispielen gehört die Regulierung der Reproduktionsmedizin. Sie erfolgt durch das Embryonenschutzgesetz, das von 1990 stammt, sachlich veraltet und inhaltlich defizitär ist und Patienten konkret schadet³. Für den aktuellen Vorstoß zur Änderung des Transplantationsgesetzes gaben offenbar auch Motive jenseits des Medizinrechts den Ausschlag. Spahn sah hierin ein Pilotprojekt, in dessen Gefolge andere Themen „wie zum Beispiel die Fragen von Migration und Integration oder der Konsequenzen der Alterung“ öffentlich zu diskutieren seien⁴.

Was die Transplantationsmedizin selbst anbelangt, darf die im September 2018 zur Widerspruchslösung entfachte Debatte nicht zu kurzatmig und zu kurzschlüssig ausfallen. Grundsätzlich ist das Anliegen, die Modalitäten der Organspende zu überdenken, nicht von der Hand zu weisen. Nimmt man zur Organentnahme aus hirntoten Spendern eine Güterabwägung vor, sind als Abwehrrecht vor allem die Selbstbestimmung der potenziellen Spender, als Anspruchsrecht das Recht von eventuellen Empfängern auf den Schutz ihrer Gesundheit und ihres Lebens zu sehen. Zwar fallen Abwehrrechte gegenüber Anspruchs- oder Leistungsrechten bei Güterabwägungen prinzipiell mit höherem Gewicht in die Waagschale. Bei Hirntodspenden besteht eine Besonderheit aber darin, dass es sich um ein abgeschwächtes Abwehrrecht handelt, da der Hirntote keine selbstbestimmte Person mehr ist. Seine früheren Selbstbestimmungs- und Persönlichkeitsrechte wirken lediglich nach. Andererseits ist aufseiten der Patienten, die auf ein Organ warten, das Recht auf Leben und auf gesundheitliche Versorgung wegen schwerster, anderweitig nicht mehr behandelbarer Krankheiten als ein starkes Anspruchsrecht einzustufen, so dass Schutzpflichten von Staat und Gesellschaft für Leben und Gesundheit greifen. Bei dieser Abwägungskonstellation lässt sich die Widerspruchslösung als Option, die zahlreiche europäische Staaten – unter ihnen das deutschsprachige Nachbarland Österreich – gewählt haben, nicht pauschal abweisen.

³ Neidert, ZRP 2006, 85; Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Gynäkologe 2018, 613; Hübnner/Pühler, Gynäkologe 2018, 616.

⁴ Spahn, Organspende – eine nationale Aufgabe, in: FAZ 6.9.2018, S. 10.

II. Der Lösungsansatz in Österreich

In Österreich sind Organentnahmen im Sinne der Widerspruchslösung bereits 1982 durch Bundesgesetz auf den Weg gebracht worden. Hingegen haben in Deutschland im Jahr 1978 die Bundesregierung und 1994 das Bundesland Rheinland-Pfalz vergeblich versucht, ein Widerspruchsmodell einzuführen⁵. In Österreich war die Weichenstellung vor dem Hintergrund plausibel, dass es seit langem vertraut war, den Leichnam nach dem Tod nicht unangetastet zu lassen. Seit dem 18. Jahrhundert werden dort auf staatlich-rechtlicher Grundlage in beträchtlichem Umfang Obduktionen praktiziert⁶. Im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts haben Obduktionen immerhin noch bei ca. 20 bis 25% der Todesfälle stattgefunden⁷. In Preußen ist eine Verordnung zur Leichenschau, die der 1754 für Wien getroffenen entsprach, erst im Jahr 1921 erlassen worden⁸.

Verfahrenslogisch knüpft die Widerspruchslösung, die in Österreich für Organspenden gilt, an die seit dem 18. Jahrhundert eingespielte Praxis der Obduktion an. Dass zwischen Obduktion und Organentnahme kulturgeschichtlich sowie sachlich ein Zusammenhang besteht, ist dort immer wieder hervorgehoben worden. Die Korrelation wurde auch vom damaligen Gesundheitsminister Steyrer am 1.6.1982 auf der Sitzung des österreichischen Parlaments erwähnt⁹, die dann einstimmig zur gesetzlichen Normierung von Organentnahmen führte. Die Bestimmungen wurden 1982 als § 62a-c im Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten verankert¹⁰. Die Regierungsvorlage hatte die das Gesetz leitende Güterabwägung dahingehend auf den Punkt gebracht, dass die Lebensrettung den Vorrang habe vor der Totenruhe bzw. vor der „Pietät“ gegenüber dem Leichnam sowie vor „der Achtung religiöser und philosophischer Überzeugungen“¹¹.

Später, im Jahr 2012, verabschiedete das österreichische Parlament noch ein eigenständiges Organtransplantationsgesetz, das die Widerspruchslösung in § 5 Abs. 1 explizit fest-

⁵ Weber, NJW 1994, 2392.

⁶ Bernat, in: *Tag/Groß* (Hrsg.): Der Umgang mit der Leiche, 2010, S. 135.

⁷ Allerdings bei abnehmender Tendenz, was aus epidemiologischer Sicht kritisiert wird; *Leitner*, Österreichische Ärztezeitung 10.5.2009, 42, 52.

⁸ *Schneider*, Internist 2002, 1575.

⁹ Nationalrat, Stenographisches Protokoll, 116. Sitzung XV. GP, 1.6.1982, S. 11626.

¹⁰ BGBl. für die Republik Österreich, ausgegeben am 18.6.1982, 113. Stück, S. 1162.

¹¹ Regierungsvorlage 969 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XV. GP, Vorblatt; hierzu auch *Häckel*, in: Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, Organentnahme und Transplantationen, 1998, S. 39.

schrieb¹². Faktisch hatte sie bereits zuvor gegolten. Sofern der Verstorbene der Organentnahme nicht widersprochen hat, steht seinen Angehörigen in Österreich kein eigenes Widerspruchsrecht zu. Im heutigen klinischen Alltag bemüht man sich indessen darum, mit Angehörigen Rücksprache zu halten, bevor Organe explantiert werden¹³. Trotz mancher Unschärfen¹⁴ wird das Gesetz in der österreichischen Zivilgesellschaft offenkundig breit akzeptiert.

III. Hypotheken in der Bundesrepublik Deutschland

1. Staatlicher Moralpaternalismus

In Deutschland wäre es ein tiefer Einschnitt, wenn künftig von Staats wegen jeder Hirntote grundsätzlich zur Ressource für Organentnahmen erklärt würde. Hierzu fehlt schon allein die kulturgeschichtliche Verwurzelung, die im südlichen Nachbarland durch die jahrhundertelange Praxis der Obduktion gegeben ist. Darüber hinaus würde die Widerspruchslösung in Deutschland von vornherein in das Zwielicht geraten, Ausdruck eines medizinrechtlichen und biopolitischen Paternalismus zu sein. Dieser Vorbehalt ist deshalb so gewichtig, weil die deutsche Medizingesetzgebung vom Zwielicht des Paternalismus generell viel stärker belastet ist, als es für andere europäische Staaten festzuhalten ist. So bildet es z.B. einen deutschen Sonderweg, dass staatlich approbierte Ethikkommissionen in jedem Einzelfall eine Genehmigung zu erteilen haben, bevor an einem außerkörperlich erzeugten Embryo eine Präimplantationsdiagnostik durchgeführt werden darf. International ist es singulär, dass die Kommissionen in Deutschland sogar die „ethische“ (!) Vertretbarkeit jedes Einzelfalls zu beurteilen haben¹⁵ – statt dass die Entscheidung der Frau und ihrem Partner überlassen bleibt, denen sie aufgrund ihres Selbstbestimmungsrechts, ihrer reproduktiven Autonomie und ihrer Gewissensfreiheit eigentlich zusteht¹⁶. Gleichermassen ist das 2015 beschlossene Verbot der geschäftsmäßigen und de facto weitgehend auch der ärztlichen Suizidbeihilfe als staatlicher Moralpaternalismus zu kritisieren¹⁷.

¹² Organtransplantationsgesetz, BGBl. für die Republik Österreich, ausgegeben am 13.12.2012, TI. I.

¹³ Bruckmüller, in: Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg.): Hirntod und Organtransplantation, 2016, S. 54.

¹⁴ Z.B. Bruckmüller, in: Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg.): Hirntod und Organtransplantation, 2016, S. 56.

¹⁵ Präimplantationsdiagnostikverordnung v. 21.2.2013, BGBl. I S. 323, § 6 Abs. 4.

¹⁶ Kreß, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.): FS f. Hufen, 2015, S. 43.

¹⁷ Statt vieler Duttge, ZStW 2017, 448.

Unter Verzicht darauf, weitere Beispiele für weichen oder sogar für harten staatlichen Paternalismus in der deutschen Medizingesetzgebung aufzulisten¹⁸, sei jetzt nur ein Sachverhalt aus der Transplantationsmedizin selbst erwähnt. Anders als es in vielen Staaten, unter ihnen Österreich durch §§ 4, 8 des dortigen Organtransplantationsgesetzes der Fall ist, hat der deutsche Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 TPG untersagt, dass ein Erwachsener sich freiwillig aus altruistischen Motiven bereit erklärt, als Lebendspender für eine tödlich bedrohte, ihm jedoch nicht nahestehende Person zur Verfügung zu stehen. Ein solcher Spender müsse vor sich selbst geschützt werden¹⁹. Ein derartiges Nein zur Lebendspende an Fernerstehende oder Unbekannte verkennt den Stellenwert, der – über den Nahbereich des menschlichen Zusammenlebens hinausgehend – einer Übernahme von Verantwortung im Fernhorizont ethisch zukommt. Das gesetzliche Verbot ist immer wieder als staatliche Bevormundung und als Gesetzespaternalismus charakterisiert worden, die das Selbstbestimmungsrecht mündiger Bürger konterkarieren²⁰.

Sofern der Gesetzgeber in der jetzigen 19. Legislaturperiode eine Widerspruchslösung einführen und alle Angehörigen der Bevölkerung nach ihrem Hirntod prinzipiell zu Organ Spendern erklären würde, griffe er erneut und nochmals anders in das persönliche Selbstbestimmungsrecht ein. Betroffen wäre u.a. die negative Selbstbestimmungsfreiheit als Recht des Bürgers, sich nicht zu äußern²¹. Hierdurch würde er seinen biopolitischen Paternalismus weiter verstetigen. Im Übrigen klangen schon 2012 staatspaternalistische Töne an, als die Erklärungslösung beschlossen wurde. Einer der Initiatoren, der damalige SPD-Fraktionsvorsitzende Steinmeier, bekundete im Deutschen Bundestag, man wolle den An-

¹⁸ Hierzu Kreß, Staat und Person. Politische Ethik im Umbruch des modernen Staates, 2018, S. 189 ff.

¹⁹ Diesen Standpunkt des Gesetzgebers hinnehmend: BVerfG, MedR 2000, 31.

²⁰ Gutmann, NJW 1999, 3387; Kreß, ethica 2000, 183; Seidenath, MedR 2000, 34; Rittner/Besold/Wandel, MedR 2001, 118; vgl. Hoyer, in: Kreß/Kaatsch (Hrsg.): Menschenwürde, Medizin und Bioethik, 2000, S. 128; Schroth, in: Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 15, 2007, S. 395; Stoecker, Zum Novellierungsbedarf der gesetzlichen Regelungen zur Lebendspende, 2012, S. 97.

²¹ Mit dem negativen Selbstbestimmungsrecht würde ebenfalls kollidieren, falls sich der Gesetzgeber aktuell, alternativ zum Widerspruchmodell, zu einer Verschärfung der Erklärungslösung entschliesse und den Bürgern gesetzlich eine Erklärungspflicht auferlegte, der sie nicht mehr durch Schweigen ausweichen könnten. Im Deutschen Bundestag war dies bereits 1996 ins Spiel gebracht, dann aber aus plausiblen Grund verworfen worden; Kreß, in: Hilpert/Sautermeister (Hrsg.): Organspende – Herausforderung für den Lebensschutz, 2014, S. 284. Die Idee der Erklärungspflicht kann zu einer überaus problematischen, willkürlichen Spielart des nudging, des staatlichen Bemühens um Verhaltenslenkung der Bürger, führen; hierzu unter Verweis auf die diesbezügliche US-Debatte Kreß, Staat und Person, 2018, S. 193.

gehörigen der Bevölkerung staatlich „auf die Pelle rücken“²². Seitdem erhalten die Bürger von ihrer Krankenversicherung regelmäßig Schreiben, die sie auffordern, sich zur Organspende zu äußern. Laut Gesetz soll durch diese Schreiben zusätzlich subtil Druck ausgeübt werden. Denn den Versicherten soll als „Rechtsfolge einer unterlassenen Erklärung im Hinblick auf das Entscheidungsrecht der nächsten Angehörigen“ klargemacht werden, dass sie beim Verzicht auf eine Erklärung die Entscheidungslast auf ihre Angehörigen abwälzen²³, so dass ihnen vom Staat gleichsam ein schlechtes Gewissen gemacht wird.

Eine Widerspruchslösung hatte Steinmeier damals freilich ausgeschlossen. In der soeben zitierten Bundestagsrede bekräftigte er, man wolle nicht „alle Menschen zu Organ Spendern machen“, sondern „Menschen auffordern, selbst Überlegungen anzustellen“. Mit dieser Aussage traf er in einer ganz bestimmten Hinsicht ins Schwarze. Bei der Organentnahme geht es um eine Grenzsituation des menschlichen Seins, um Sterben und Tod und um die Einschätzung des Todeszeitpunktes, insofern philosophisch-anthropologisch um „letzte Situationen“²⁴ und um die Grundlagen der individuellen Existenz. Deshalb sollte jeder Einzelne hierüber seiner subjektiven Überzeugung und seinem persönlichen Gewissen gemäß befinden. Sofern in der derzeitigen 19. Legislaturperiode eine Widerspruchslösung verabschiedet würde, bestünde die Gefahr, dass Steinmeiers Leitmotiv aus der 17. Legislaturperiode, Menschen dazu zu bringen, „selbst Überlegungen anzustellen“, in den Hintergrund gedrängt würde.

Aktuell auf eine Widerspruchslösung zuzugehen, krankt im Inland noch an einem weiteren Manko. Diese Hypothek hat der Gesetzgeber im Jahr 2012 selbst erzeugt.

2. Staatlich erzeugte Intransparenz

Abgesehen von verschiedenen „Kampagnen“ wird in den Schreiben oder Faltblättern, die den Versicherten seit 2012 zugeschickt werden, durchweg verschwiegen, dass der Hirntod als Voraussetzung der postmortalen Organspende in seiner naturwissenschaftli-

²² Steinmeier, Es sollen sich mehr Menschen für die Organspende entscheiden, 25.5.2012, <https://www.spdfraktion.de/themen/reden/mehr-menschen-organspende-entscheiden> (abgerufen am 16.11.2018).

²³ TPG § 2 Abs. 1 Nr. 2; vgl. BT-Dr. 17/9030, S. 14.

²⁴ Saner, Grenzsituation, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie Bd. 3, 1974, Sp. 877.

chen und anthropologischen Tragkraft immer wieder negiert oder relativiert worden ist²⁵. Selbst wenn man die neurologischen, medizinischen, moralphilosophischen oder religiösen Einwände gegen das Hirntodkriterium für nicht durchschlagend hält²⁶, ist es unerlässlich und stellt es ein Gebot argumentativer Redlichkeit dar, in einschlägigen Schreiben und Mitteilungen deren Vorhandensein und ihre hauptsächlichen Inhalte zu erwähnen. Stattdessen wird in solchen Schreiben sogar der Terminus „Hirntod“ als solcher umgangen. Oft heißt es nur, man könne bzw. man solle seine „Organe ‚nach dem Tod‘ spenden“²⁷.

D.h., der Staat hat seine Bringschuld nicht eingelöst, über das pro und contra des Hirntodkriteriums als wesentlicher Sachgrundlage für eine persönliche Entscheidung adäquat zu informieren. Die Intransparenz ist in der Gesetzesbegründung von 2012 angelegt, da das Thema und das Wort „Hirntod“ dort ausgeklammert worden sind²⁸. Dies verstärkt den Zweifel an dem neuen Vorschlag, per Gesetz eine Widerspruchslösung einzuführen. Darf der Staat – wie bislang – die Skepsis gegenüber dem Hirntodkriterium durch Nichterwähnung marginalisieren bzw. darf er im Fall der Widerspruchslösung einfach übergehen, dass zahlreiche Menschen sich zum Hirntod als Basis der Organentnahme noch keine Meinung gebildet haben oder dass sie subjektive, ggf. auch irrationale Vorbehalte haben? Hierdurch würde er den Meinungspluralismus leugnen, der unter den Bürgern zu biomedizinischen Fragen einschließlich Hirntod und Organspende faktisch herrscht²⁹.

IV. Dilemma der Widerspruchslösung: Egalisierung weltanschaulicher Differenzen und das Problem der Überforderung

Der Sachverhalt, dass in der Bevölkerung zur Transplantationsmedizin ganz unterschiedliche Auffassungen vorhanden sind, kann hier nur exemplarisch veranschaulicht werden. So ist z.B. im Judentum eine Sichtweise sehr wichtig, die genau das Gegenteil der

²⁵ Hierzu nur *Bormann*, in: *Hilpert/Sautermeister* (Hrsg.): *Organspende – Herausforderung für den Lebensschutz*, 2014, S. 267; *Stoecker*, in: *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg.): *Hirntod und Organtransplantation*, 2016, S. 77; *Kersting*, *EthikMed* 2017, 217.

²⁶ Hierzu *Kreß*, *Medizinische Ethik*, 2. Aufl. 2009, S. 218 ff.

²⁷ *Jox*, in: *Körtner/Kopetzki/Müller* (Hrsg.): *Hirntod und Organtransplantation*, 2016, S. 47; kritisch z.B. auch *Maio*, *CHAZ* 2013, 3, und sogar der Deutsche Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, 2015, S. 125.

²⁸ *Kreß*, in: *Hilpert/Sautermeister* (Hrsg.): *Organspende – Herausforderung für den Lebensschutz*, 2014, S. 287.

²⁹ In diesem Licht bedarf es gleichfalls kritischer Erörterung, ob die österreichische Regierungsvorlage von 1982 gut beraten war, die „Achtung religiöser und philosophischer Überzeugungen“ umstandslos für nachrangig zu erklären; s. oben Fn. 11.

deutschen Gesetzeslage besagt: starke Zurückhaltung gegenüber Organentnahmen nach dem Hirntod; stattdessen eine Präferenz für die Lebendspende von Organen³⁰. Im Spektrum des Islam findet sich der Gedanke, Organe seien als solche „als muslimisch einzustufen“, woraus Zweifel an der Legitimität der Spende für Nichtmuslime erwachsen kann³¹, oder es wird gefragt: „Kann der Organspender im Jenseits verantwortlich gemacht werden, wenn der Organempfänger mit den gespendeten Organen eine üble Tat begeht?“³². Nun bedürfen solche religiösen Auffassungen der kritischen Aufarbeitung, der man sich – wie zu betonen ist – im jeweiligen religiösen Binnenhorizont keineswegs verschließt. Für die staatliche Rechtspolitik ergibt sich aber die Frage, ob sie die Heterogenität und die Komplexität³³ sozioreligiös und soziokulturell bedingter Vorstellungen³⁴, die sich auch im Inland in der Bevölkerung auswirkt, außer Acht lassen und egalisieren darf. Dies würde bedeuten, das Ökonomie- oder Sparsamkeitsprinzip bzw. Ockhams Rasiermesser³⁵ auf die Medizingesetzgebung zu übertragen.

Die Einwände verstärken sich, wenn man sich vor Augen führt, dass in der Bundesrepublik Deutschland schon jetzt auf der Basis der sog. Entscheidungs- oder Erklärungslösung zur Organspende nach dem Hirntod soziokulturell bedingte Irritationen aufbrechen. So wird berichtet, wie missverständlich, befremdend und „er- und abschreckend“ es für registrierte Flüchtlinge ist, einige Monaten nach ihrer Ankunft das Aufforderungsschreiben zu erhalten, zur Organspende eine Erklärung abzugeben³⁶. Auf diese Weise wird zugleich ein Basisproblem erkennbar, das quer durch die gesamte Bevölkerung von Belang ist. Für

³⁰ Nordmann, in: Körtner/Virt/von Engelhardt/Haslinger (Hrsg.): *Lebensanfang und Lebensende in den Weltreligionen*, 2006, S. 27 ff.

³¹ Eich/Grundmann, ZME 2003, 306.

³² Universität Mainz, Institut für Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin (Hrsg.): *Das Wissensportal zum Thema Kultur und Gesundheit*, www.kultur-gesundheit.de → Transplantationsmedizin → Organtransplantation (abgerufen am 16.11.2018); zum Hirntod im Islam Krawietz, in: Schlich/Wiesemann (Hrsg.): *Hirntod*, 2001, S. 239.

³³ Röcklinsberg, J Relig Health 2009, 62.

³⁴ Zu japanischen Sichtweisen zur Organspende zusammenfassend Kreß, in: Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg.): *Hirntod und Organtransplantation*, 2016, S. 101 f. Aufgrund der Wir-Individualität des dort überlieferten Menschenbilds ist es in Japan gesetzlich abgesicherte Praxis, eine Organspende nach dem Hirntod vorrangig für Empfänger in der eigenen Familie vorzunehmen; Aita, *Transplantation* 2011, 489.

³⁵ Vgl. Cloeren, Ockham`s razor, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* Bd. 6, 1984, Sp. 1094.

³⁶ Alaous, Die Deutschen wollen uns als Ersatzteillager!, *Süddeutsche.de* 6.5.2016. – Im Kontrast dazu, zur Organspende eine Erklärung abgeben zu sollen, ist durch § 4 Abs. 1 AsylbLG Flüchtlingen und Asylbewerbern z.B. eine Nierentransplantation verweigert, sofern Dialyse noch möglich ist; OVG Greifswald, NVwZ-RR 2004, 902. Zu weiteren Hemmnissen der Organvermittlung für Flüchtlinge vgl. Bundesärztekammer, Grundsätze zur Aufnahme von Flüchtlingen und Asylbewerbern in die Warteliste zur Organtransplantation in Deutschland, 26.8.2016; Huster/Ströttchen, *MedR* 2016, 415.

viele Menschen stellt es eine Überforderung dar – nicht nur aus Gründen von Herkunft oder sozioreligiöser Einbindung, sondern des Bildungsstands oder sonstiger Faktoren –, sich mit dem Thema Hirntod/Organspende so substantiiert auseinanderzusetzen, dass sie zu einer tragfähigen Meinungsbildung überhaupt in der Lage sind.

Darüber hinaus sind zur Widerspruchslösung Schwierigkeiten aufzuarbeiten, die anders gelagert sind.

V. Gegenläufig zur Widerspruchslösung: Bedarf, für Sonderfälle eine enge Zustimmungslösung einzuführen

Inzwischen prägt sich eine Variante der Transplantationsmedizin aus, die nicht auf Lebensrettung abzielt, sondern der wunscherfüllenden Medizin zuzurechnen ist. Konkret geht es um die Lebend- sowie die Hirntodspende des Uterus an Frauen, die keine eigene oder nur eine disfunktionale Gebärmutter haben. Wenn sie sich dennoch ein genetisch eigenes Kind wünschen oder weil sie eine eigene Schwangerschaft erleben möchten, wird ihnen von Medizinerinnen seit einigen Jahren die Implantation eines fremden Uterus vorgeschlagen. Seit 2014 sind weltweit, zunächst in Schweden, vereinzelt Kinder in einem transplantierten Uterus geboren worden. Der Vorgang ist hochexperimentell, technisch kompliziert, äußerst kostenintensiv und ethisch u.a. deshalb zu problematisieren, weil für Kinder, die im implantierten fremden Uterus unter der Gabe von Immunsuppressiva ausgetragen werden sollen, hohe gesundheitliche Risiken zu veranschlagen sind³⁷. Psychosoziale Belastungen können für sie hinzukommen.

Auch in Deutschland wird geplant, hirntoten Frauen den Uterus zu entnehmen, damit eine andere Frau schwanger werden kann. In der Universitätsfrauenklinik Erlangen wurde eine solche Transplantation für Ende 2017 angekündigt³⁸. Rechtlich wird zu prüfen sein, ob und inwieweit der chirurgische Eingriff vom TPG in seiner jetzigen Fassung gedeckt wird. Eine derartige Überprüfung ist sowohl für Lebendspenden des Uterus³⁹ als auch für die Entnahme nach dem Hirntod geboten. Um Letztere zu legitimieren, beruft man sich auf eine planwidrige Regelungslücke in § 1a Nr. 2 TPG, da der Gesetzgeber den Uterus seinerzeit nicht unter den vermittlungspflichtigen Organen aufgelistet hat⁴⁰.

³⁷ Zu Gefahren für das Kindeswohl jetzt auch *Guntram/Williams*, *Bioethics* 2018, 516.

³⁸ *Beckmann*, *Gynäkologie* 2017, 392.

³⁹ *Kreß*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* Bd. 24, 2016, S. 127 f.

⁴⁰ *Kreß*, *Gynäkologie* 2018, 631, bezogen auf *Beckmann*, *Gynäkologie* 2017, 393 f.

Transplantationsrechtlich sind Uterusverpflanzungen als neu entstandener Sonderfall einzustufen. Obwohl es sich – anders als es manchmal dargestellt wird – absehbar um kleine Fallzahlen handeln wird, wird sich der Gesetzgeber mit dem Thema befassen müssen. Dies gilt erst recht, weil er jetzt ohnehin beabsichtigt, die Normierungen zur Organtransplantation zu novellieren. Das neue Verfahren weitet Organtransplantationen um eine zusätzliche Handlungsart aus, indem es nicht Lebensrettung bzw. die Behandlung einer zum Tod führenden Krankheit, sondern die Erfüllung biographischer Wünsche intendiert. So dann unterscheidet es sich strukturell von den bisher üblichen Transplantationen wie der Nieren- oder Leberspende. Statt des Dualis Organspender–Organempfänger ist eine Trias von Betroffenen involviert, da das transplantierte Organ für die Geburt eines Kindes als einer dritten Person bestimmt ist. Um den Besonderheiten der Fallkonstellation gerecht zu werden, sollte der Gesetzgeber hierzu eine enge Zustimmungslösung einführen, die keinen Stellvertreterentscheid zulässt. Die Voraussetzung für die Explantation eines Uterus nach dem Hirntod müsste darin bestehen, dass die Spenderin zuvor, zu Lebzeiten, auf der Basis von Information, Aufklärung und Beratung ausdrücklich persönlich ihre Einwilligung erteilt hat. Dabei muss sie über die Risiken aufgeklärt worden sein, denen das Kind ausgesetzt wird, das in dem von ihr zu spendenden Uterus zur Welt gebracht werden soll⁴¹. Inakzeptabel wäre es, wenn der Gesetzgeber die Widerspruchslösung einführen würde und wenn in ihrem Schatten im Inland dann stillschweigend ebenfalls Gebärmutterexplantationen als legalisiert gelten würden. Auf der Grundlagenebene wird deutlich, dass einzelne Fallkonstellationen der Transplantation je für sich zu diskutieren sind und dass sie spezieller gesetzlicher Regulierungen bedürfen.

VI. Differenzierungsbedarf zu einzelnen Personengruppen, insbesondere Kindern

Noch in anderer Hinsicht ist Differenzierungsbedarf geltend zu machen. Eine Gruppe von Patienten, denen Organe sowohl ex- als auch implantiert werden, hat in der Bundesrepublik Deutschland rechtspolitisch und ethisch vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit

⁴¹ Kreß, MedR 2016, 247; ders., Gynäkologie 2018, 631. Nachtrag: Nach Abschluss des Manuskripts wurde bekannt, dass in Brasilien 2018 weltweit erstmals ein Kind nach einer Schwangerschaft geboren worden ist, für die ein einer hirntoten Spenderin explantierter Uterus benutzt worden war; *Ejzenberg et al.*, *The Lancet*, published online December 4, 2018, [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31766-5](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31766-5). Bei den schwedischen Pilotprojekten hatte es sich um Lebendentnahmen des Uterus gehandelt. Auf das potenzielle Kind bezogen wirft die Option der Schwangerschaft mit hirntodgespendetem Uterus medizinisch noch größere Rückfragen auf als das in Schweden präferierte Vorgehen, das auf lebendgespendete Uteri zugreift.

gefunden, nämlich Kinder⁴². Zurzeit dürfen ihnen nach ihrem Hirntod Organe entnommen werden, sofern ihre Eltern eingewilligt haben, die in einer Klinik hierauf aktiv angesprochen werden. Anders als bei der Einbindung von Kindern in pharmakologische Prüfverfahren ist es an keinen Gruppennutzen gebunden, wenn ihnen nach dem Hirntod Organe explantiert werden. Die aus Kindern gewonnenen Organe dürfen auch auf erwachsene Patienten übertragen werden.

Zu prüfen wäre, was die Einführung einer Widerspruchslösung für die Organentnahme bei Kindern bedeuten würde. Es müsste auf jeden Fall dabei bleiben, dass die Eltern aufgrund von Information, Aufklärung und Beratung ihre Zustimmung erteilen. Demgegenüber würde es zu kurz greifen, wenn man z.B. ihr Stillschweigen als ausreichend ansähe, um aus hirntoten Kindern Organe zu entfernen. Anders als in Deutschland ist die Explantation von Organen aus Kindern in den zurückliegenden Jahrzehnten sehr intensiv in Japan erörtert worden⁴³. Überhaupt hat man sich dort eingehend damit auseinandergesetzt, wie mit Nichteinwilligungsfähigen und mit vulnerablen Personen als Ressource für Organe umzugehen ist. Das ursprüngliche vollständige Nein zur Organexplantation bei Kindern ist in Japan 2009 aufgehoben worden. Nach wie vor dürfen jedoch aus Verstorbenen, die psychisch krank oder intelligenzvermindert gewesen sind, sowie aus missbrauchten Kindern nach dem Hirntod keine Organe genommen werden⁴⁴. Die Debatte, die jetzt im Inland zur Widerspruchslösung einsetzt, wird dem Erfordernis der gruppenspezifischen Differenzierung auf jeden Fall Rechnung zu tragen haben.

VII. Potenzielle Zukunftsentwicklungen im Verhältnis zur Widerspruchslösung: Xenotransplantation

Eine Gesetzesnovellierung zur Transplantationsmedizin darf noch in einer anderen Hinsicht nicht zu kurz springen. Zurzeit rückt es näher, menschliche Spenderorgane durch andere Quellen zu ersetzen. Zunehmend findet Aufmerksamkeit, genetisch veränderte und insoweit humanisierte Tiere zum Reservoir für Organe werden zu lassen. Zwar haben sich Prognosen aus den 1990er Jahren nicht bewahrheitet, denen zufolge tierische Organe be-

⁴² Kreß, MedR 2015, 855. – Der Österreichische Nationalrat hat sich mit der Organentnahme bei Minderjährigen im Kern bereits 1982 befasst; Stenographisches Protokoll, 116. Sitzung XV. GP, 1.6.1982, S. 11623.

⁴³ Kreß, MedR 2015, 856 f.

⁴⁴ Yamanaka, in: Heinrich/Jäger/Schünemann et al. (Hrsg.): FS f. Roxin, 2011, S. 1639. – In Japan ist ferner die Organentnahme nach bestimmten Suizidhandlungen untersagt. Man möchte verhindern, dass Nahestehende, die innerfamiliär als postmortale Organspender in Betracht kommen, unter Suiziddruck geraten; Aita, Transplantation 2011, 491.

reits 2010 als Organersatz für Menschen verfügbar seien. Gegenwärtig wird indessen – auch aufgrund der Genomeditierung als eines neuen Forschungsansatzes – dargelegt, dass die Risiken einer Übertragung tierischer Organe auf den Menschen, insbesondere Infektionen und Abstoßungsreaktionen, beherrschbar würden und dass die Xenotransplantation in greifbare Nähe rücke⁴⁵. Mit Organen aus Tieren lasse sich das Problem der Organknappheit weitgehend beheben; ja es werde letztlich „komplett zu beseitigen“ sein⁴⁶.

Träfe dies zu, würde das Argument hinfällig, mit dem die Einführung einer Widerspruchslösung in der Vergangenheit begründet wurde und das auch jetzt den Begründungskern der neuen Initiative ausmacht. Wenn im Deutschen Bundestag in der laufenden 19. Legislaturperiode über die Widerspruchslösung beraten wird, ist daher zu prüfen, ob, inwieweit und wann Xenotransplantationen als Alternative spruchreif werden könnten, wie ggf. die Rangfolge von tierischem und humanem Organersatz zu bestimmen sein wird und ob es, wie bislang, beim Vorrang von Organen bleiben soll, die hirntoten Spendern entnommen werden.

VIII. Inwiefern stellt die Widerspruchslösung eine Gewissensfrage dar?

Als Bundesgesundheitsminister Spahn im September 2018 darauf drängte, dass sich der Deutsche Bundestag mit der Widerspruchslösung befasst, hob er sofort hervor, die Abgeordneten sollten hierüber ihrem Gewissen gemäß abstimmen⁴⁷. Nun bedürfen die Modalitäten der „Freigabe“ von Abstimmungen für das Gewissen inzwischen grundsätzlich der politisch-ethischen Erörterung⁴⁸. Im vorliegenden Zusammenhang ist nur ein Einzelproblem anzusprechen. Die Stimmabgabe von Abgeordneten, die bei „freigegebenen“ Abstimmungen ihrem Gewissen folgen dürfen, darf nicht einfach nur ihre subjektive Überzeugung abbilden. Das Problem brach erneut auf, als 2015 über § 217 StGB, das strafrechtliche Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe, zu beschließen war. Einzelne Parlamentarier bekundeten, sie würden aufgrund ihrer Bindung an ihr christliches Gewissen für das Verbotsgesetz stimmen. Hier liegt ein kategorialer Irrtum vor. So sehr Parlamentarier ihrer persönlichen Überzeugung, ihrem Gewissen gemäß argumentieren und votieren sollen, geht es bei ihrem Abstimmungsverhalten nicht um ihre eigene Existenz. Vielmehr sind sie

⁴⁵ Reichart/Abicht/Mayr et al., in: Sautermeister (Hrsg.): Tierische Organe in menschlichen Körpern, 2018, S. 34 ff., 40.

⁴⁶ Niemann, in: Sautermeister (Hrsg.): Tierische Organe in menschlichen Körpern, 2018, S. 89.

⁴⁷ Spahn, Organspende – eine nationale Aufgabe, in: FAZ 6.9.2018, S. 10.

⁴⁸ Kreß, Staat und Person, 2018, S. 240 ff.

als „Vertreter des ganzen Volkes“ (Art. 38 Abs. 1 GG) den Interessen und den Perspektiven aller Bürger verpflichtet und haben daher dem gesellschaftlichen Wertpluralismus Rechnung zu tragen. Bei zurückliegenden Beschlüssen des Deutschen Bundestages zum Medizinrecht, die für das Gewissen der Abgeordneten „freigegeben“ worden waren, ist dies nicht immer hinreichend berücksichtigt worden.

Was die Organspende als Thema des Gewissens anbelangt, ist der springende Punkt ohnehin ein anderer. Es sind die einzelnen Bürger selbst, die in ihrem Gewissen herausgefordert sind. Hieraus resultiert nun allerdings das fundamentale Dilemma, dem das Widerspruchsmo- dell nur ganz schwer enttrinnen kann. Indem es die Organspende per Gesetz zum Regel- oder Normalfall erklärt, nimmt es den Bürgern die eigene Gewissensentscheidung mehr oder weniger ab, so dass Heteronomie und staatlicher Paternalismus drohen⁴⁹.

Ist die Option der Widerspruchslösung deshalb ad acta zu legen? Weil es um Lebensrettung geht und weil eine Schutzpflicht von Staat und Gesellschaft für Leben und Gesundheit hervorzuheben ist, sollte dies nicht voreilig geschehen. Vielmehr ist zu fragen, unter welchen Voraussetzungen eine Widerspruchslösung dennoch vertretbar erscheinen könnte. Zur Urteilsfindung tragen die Erfahrungen bei, die in anderen Staaten, etwa Österreich, zu ihr gesammelt worden sind.

IX. Kriterien für eine Widerspruchslösung

Die Einführung einer Widerspruchsregelung darf nicht dazu dienen, organisatorisches Versagen oder administrative Mängel der Transplantationsmedizin zu kompensieren. Insofern hat sie als nachrangiges, ja als ein letztes Mittel zu gelten. Für den Fall ihrer Einführung wäre sie regelmäßig durch den Gesetzgeber bzw. durch eine Bundesbehörde als hierzu gesetzlich beauftragter Institution darauf zu prüfen, ob sie tatsächlich noch erforderlich und verhältnismäßig ist. U.U. wird sie nur eine Überbrückungslösung sein, so lange bis andere Ressourcen – Organe aus Tieren oder aus humanen Stammzellen – nutzbar sind.

Unabdingbar ist es, dass die Widerspruchslösung nur Organe erfasst, die für die Lebensrettung von Patienten bestimmt sind. Für Fallkonstellationen wie die Uterustransplantation bedarf es der gesonderten Regulierung, die sogar restriktiver als die bislang geltenden Normierungen ausfallen sollte (enge Zustimmungslösung)⁵⁰.

⁴⁹ S. oben, sub III. 1.

⁵⁰ S. oben, sub V.

Ein Schlüsselproblem für die Widerspruchslösung bildet es, wie sich das Selbstbestimmungsrecht und die Gewissensfreiheit der Bürger wahren lassen. Ein Ansatz, das Problem zu lösen, könnte darin bestehen, dass die derzeitige Praxis – regelmäßige Unterrichtung der Bürger durch ihre Versicherungen – nicht nur fortgeführt, sondern gezielt ausgebaut wird. Den Versicherten wäre regelmäßig in Erinnerung zu bringen, dass die Widerspruchslösung in Kraft ist und dass ihnen die Möglichkeit des Widerspruchs zusteht. Keinesfalls darf darauf gesetzt werden, dass eine neu geschaffene Widerspruchslösung in der Bevölkerung „in Vergessenheit gerät“. Essenziell ist es, dass die regelmäßigen Informationen und Anschreiben Zweifelsfragen, etwa die Kritik am Hirntodkonzept, beim Namen nennen. Aus Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht der Bürger ist der bisherigen Intransparenz, dem Verschweigen von Zweifeln und Einwänden, ein Ende zu setzen⁵¹.

Würde eine Widerspruchslösung eingeführt, dürften einer Person Organe entnommen werden, falls sie in einem neu zu schaffenden Register keinen vollständigen oder teilweisen Widerspruch hinterlegt hat. Wenn sich in einer Klinik bei einem Patienten der Hirntod abzeichnet, müssten zusätzlich die Angehörigen unterrichtet werden. Ihnen sollten das Recht sowie die Pflicht zufallen, den tatsächlichen oder auch den mutmaßlichen Willen des Patienten zur Geltung zu bringen, sofern er nicht bereits widersprochen hat. Um seine postmortal nachwirkenden Persönlichkeitsrechte zu gewährleisten, sollte ebenfalls sein vermuteter Wille Bindungskraft besitzen. Die derzeitige Regelung, der zufolge der mutmaßliche Wille des Hirntoten nur beachtlich ist und ein Angehöriger letztlich frei entscheiden darf⁵², würde hierdurch eingeengt werden und restriktiver gefasst.

Klarzustellen wäre, für welche Personen oder Gruppen die Widerspruchslösung nicht greift und welche Normen für sie alternativ gelten sollen. Dieses Postulat betrifft die Gruppe der Kinder⁵³. Über Nichteinwilligungsfähige hinaus – neben Kindern etwa Menschen mit geistiger Behinderung – ist sodann etwa an Ausländer, Migranten, Flüchtlinge oder an religiöse Minoritäten zu denken, um Rechtsklarheit zu schaffen⁵⁴ und um Überfremdungen oder Überforderungen von Menschen durch den Staat zu vermeiden⁵⁵.

⁵¹ S. oben, sub III.2.

⁵² Erbs/Kohlhaas/Häberle, TPG, 220. Erg.lieferg. Juli 2018, § 4 Rdnr. 2.

⁵³ S. oben, sub VI.

⁵⁴ Faktisch herrscht in Österreich bis heute Unsicherheit über den Umgang mit Ausländern, die dort einen Hirntod erleiden.

⁵⁵ S. oben, sub IV.

Trotzdem verbleibt das Dilemma, dass die Widerspruchslösung im Zwielficht von Heteronomie und Staatspaternalismus steht und dass die persönliche Stellungnahme der Menschen auch eine Frage ihres Wissens- und Bildungsstandes ist. Angesichts dessen sind grundsätzliche, weitreichende Lösungsansätze erforderlich.

1. Bei einer Verabschiedung einer Widerspruchslösung sollte die Medizingesetzgebung generell auf inadäquate Einschränkungen der Selbstbestimmungsrechte hin durchforstet werden, die den Verdacht des staatlichen Moralpaternalismus aufkommen lassen. Insofern stellt es einen ersten Schritt in die richtige Richtung dar, dass soeben am 9.11.2018 ein Gesetzesantrag eingebracht wurde, der vorsieht, dass das Verbot der Lebendspende für Fernerstehende aufzuheben ist⁵⁶. Weitergehend müsste allerdings quer durch die gesamte Medizingesetzgebung systematisch und konsequent geprüft werden, an welchen Stellen Bedarf zu solchen Revisionen und zu Liberalisierungen vorliegt.

2. Sodann ist zur Organtransplantation die „breite und umfassende Information der Bevölkerung“ erforderlich⁵⁷. Sie wäre dadurch einzurahmen, dass die Gesundheitsbildung generell nachhaltig gestärkt wird, einsetzend mit dem Schulunterricht⁵⁸. Eine isolierte, punktuelle Betrachtung des Themas „Widerspruchslösung“ greift zu kurz. Neben der medizinrechtlichen ist ebenfalls die bildungspolitische Dimension zu berücksichtigen.

⁵⁶ BT-Dr. 19/5673. Zur Problemstellung s. oben, sub III.1.

⁵⁷ So im Jahr 1994 der Justizminister von Rheinland-Pfalz *Caesar* anlässlich des damaligen Vorstoßes zur Einführung einer Widerspruchslösung; LT-Dr. 12/5226.

⁵⁸ Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 121 f.