

Universität Augsburg – Lehrstuhl Prof. Dr. Josef Franz Lindner – 86159 Augsburg

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Platz der Republik 1
11011 Berlin
(per E-Mail: anhoerungen-gesundheitsausschuss@bundestag.de).

Prof. Dr. Josef Franz Lindner
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Medizinrecht und Rechtsphilosophie
[Juristische Fakultät](#)
Universitätsstraße 24
86159 Augsburg
Telefon +49 (0) 821 598 – 4970
Telefax +49 (0) 821 598 – 14 4970
Josef.Lindner@jura.uni-augsburg.de
www.jura.uni-augsburg.de

Augsburg, den 24. Januar 2025

Öffentliche Anhörung am 29. Januar 2025 im Ausschuss für Gesundheit

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-Drucksache: 20/13804)

Gesetzentwurf des Bundesrates

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes und Einführung der Widerspruchslösung (BT-Drucksache: 20/12609)

hier: schriftliche Stellungnahme

Sehr geehrte Mitglieder des Ausschusses für Gesundheit,

für die Einladung zu der o.g. Anhörung darf ich herzlich danken. Ich leiste ihr gerne Folge. Die gegenständlichen Gesetzentwürfe haben als gemeinsames Ziel, die sog. Widerspruchsregelung im Transplantationsgesetz (TPG) zu verankern. Ich darf mich im Rahmen dieser Stellungnahme auf die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Einführung einer der Widerspruchsregelung im Transplantationsgesetz beschränken. Näheres erläutere ich gerne in der mündlichen Befragung.

A. Zusammenfassende Thesen	3
B. Ausgangspunkt: Gravierender Mangel an Spenderorganen in Deutschland	5
C. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Einführung der Widerspruchsregelung	8
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	8
2. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für Leben und körperliche Unversehrtheit	8
3. Gestaltungsspielraum und Untermaßverbot	11
D. Verfassungsmäßigkeit der (erweiterten oder doppelten) Widerspruchsregelung	12
1. Kein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	13
2. Entscheidung des BVerfG vom 18.2.1999	14
3. Kein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG)	14
4. Kein Verstoß gegen die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	15
a) Schutzbereich	15
b) Widerspruchslast als Grundrechtseingriff	16
c) Rechtfertigung des Eingriffs	16
aa) Verfassungsrechtlich legitime Zwecke	16
bb) Geeignetheit	16
cc) Erforderlichkeit	18
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	19
ee) Nicht einwilligungsfähige Personen	21
ff) Minderjährige	21
gg) Übergangsfrist, Evaluation	22
5. Nichtdiskriminierungsklausel	22

A. Zusammenfassende Thesen

Gegen die Einführung einer Widerspruchsregelung in das TPG bestehen nach Maßgabe der nachfolgenden Thesen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt für beide Gesetzentwürfe.

1. Der Staat – nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG der Bundesgesetzgeber – ist verfassungsrechtlich verpflichtet, für ein effektives Organtransplantationssystem zu sorgen. Dazu gehört auch die Pflicht, die gesetzlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass eine ausreichende Zahl an Spenderorganen generiert wird.

2. Bei der konkreten Ausgestaltung des Organtransplantationsrechts hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der seine Grenze am Untermaßverbot findet. Der Gesetzgeber verstößt gegen seine aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht, wenn er keine oder nur solche Maßnahmen ergreift, die allenfalls – im Hinblick auf den Gesamtbedarf an Spenderorganen – eine marginale Verbesserung erbringen. Der aktuell eklatante Mangel an Spenderorganen, der auch durch die Reformen des Jahres 2020 nicht beseitigt worden ist, indiziert einen Verstoß des derzeit geltenden Rechts gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, dem der Gesetzgeber abzuhelfen hat.

3. Die Widerspruchsregelung stellt einen verfassungskonformen Weg dar, wie der Gesetzgeber seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nachkommen kann. Gegen beide Gesetzentwürfe bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Gesetzgeber ist zur Einführung der Widerspruchsregelung zwar nicht verpflichtet. Verzichtet er aber darauf, müsste er im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes andere Maßnahmen im TPG regeln, die zu einer Verbesserung der aktuell tatsächlich und verfassungsrechtlich nicht akzeptablen Mangelsituation führen können.

4. Die Widerspruchsregelung – wie sie in beiden Gesetzentwürfen konzipiert ist – stellt keine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Das Selbstbestimmungsrecht jedes einzelnen Menschen, ob er Organspender sein will oder nicht, wird vollumfänglich gewahrt. Denn jede Person hat die Möglichkeit, jederzeit formlos, ohne Begründung und niedrighellig einen Widerspruch gegen die Organspende zu erheben. Allerdings wird dringend angeregt, den Zugang zum Organspenderregister niedrighellig zu gestalten als es derzeit der Fall ist.

5. Die Widerspruchsregelung stellt auch keinen Verstoß gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das daraus abgeleitete Recht auf körperliche Selbstbestimmung dar. Niemand wird zur Organspende gezwungen. Das Bundesverfassungsgericht hat gegen die Notwendigkeit eines Widerspruchs im Rahmen der gegenwärtig geltenden erweiterten Zustimmungslösung (um eine Zustimmung der Angehörigen auszuschließen) keinen Verstoß gegen Grundrechte gesehen.

6. Die Widerspruchsregelung begründet auch keine (rechtfertigungsbedürftige) Befassungspflicht, so dass insoweit auch kein Eingriff in ein Recht auf Nichtbefassung vorliegt. Denn niemand wird rechtlich oder faktisch gezwungen, sich mit dem Thema Tod und Organspende zu befassen. Jede Person hat die Option, das Thema schlicht auszublenden, die Befassung auf später zu verschieben und einfach nur (vorerst oder vorsorglich bis zu einer Befassung mit dem Thema) einen Widerspruch zu hinterlegen.

7. Die mit der Widerspruchsregelung verbundene Widerspruchslast stellt zwar einen Eingriff in das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit dar (Art. 2 Abs. 1 GG). Dieser Eingriff ist jedoch wenig eingriffsintensiv und verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Die Regelung verfolgt verfassungsrechtlich legitime Zwecke (Erhöhung der Zahl der Spenderorgane; Entlastung der Angehörigen von Entscheidungspflichten), ist zu deren Erreichung geeignet und erforderlich sowie verhältnismäßig.

8. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist die Widerspruchsregelung so zu gestalten, dass der Widerspruch jederzeit niederschwellig erhoben und widerrufen werden kann. Es müssen hinreichende verfahrens- und organisationsbezogene Vorkehrungen getroffen werden, dass ein Widerspruch im Falle des Falles auch verifiziert und beachtet wird. Diesen Anforderungen werden beide Gesetzentwürfe gerecht. Sie sehen auch die Befragung der Angehörigen vor, ob ihnen ein Widerspruch bekannt ist. Der Zugang zum Organspenderregister sollte in der Praxis allerdings vereinfacht werden.

9. Um das Selbstbestimmungsrecht für Minderjährige und einwilligungsunfähige Personen effektiv zu gewährleisten, sollten diese Personen nicht in die erweiterte Widerspruchslösung einbezogen werden. Gegen § 4 Abs. 5 TPG-E Gruppenantrag bestehen daher verfassungsrechtliche Bedenken.

10. Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts ist die Widerspruchsregelung mit einer umfassenden Pflicht des Staates zu Aufklärung der Bürger zu flankieren. Da dies Zeit benötigt, sollte die Widerspruchsregelung selbst erst nach einer zwei- oder dreijährigen Übergangsfrist greifen.

11. Nach etwa der Hälfte der Übergangszeit sollte eine demoskopische Evaluation über den Informationsstand der Bevölkerung durchgeführt werden.

12. Angesichts der Sensibilität und Höchstpersönlichkeit der Entscheidung für oder gegen eine Organspende sollte der Gesetzgeber ein spezielles Diskriminierungsverbot in das TPG aufnehmen. Folgende Regelung wäre vorstellbar: „Niemand darf wegen eines Widerspruchs gegen eine Organspende benachteiligt werden.“

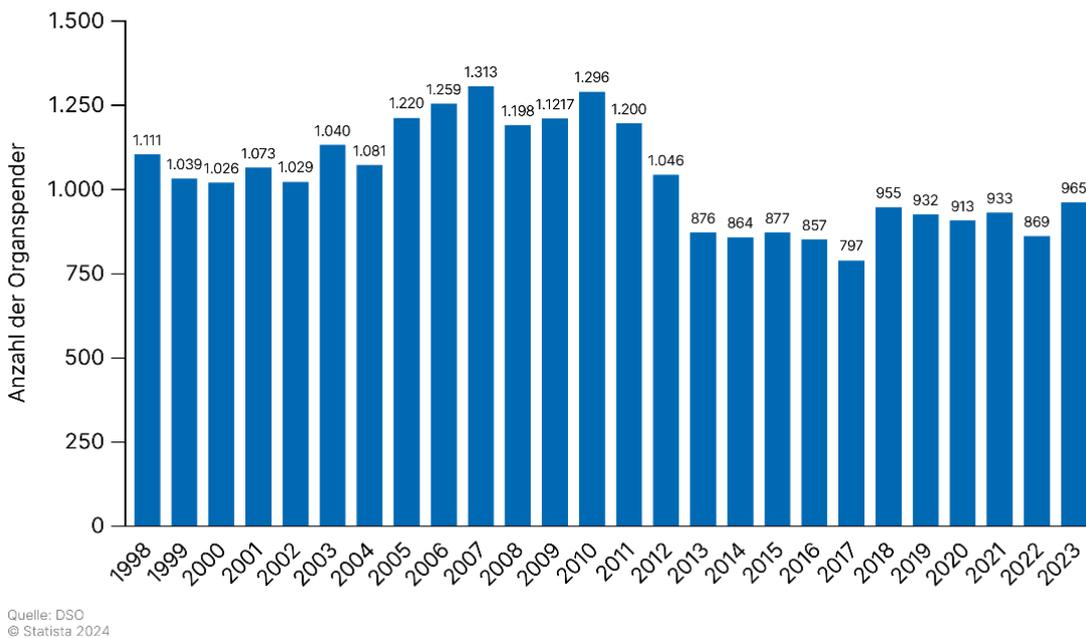
B. Ausgangspunkt: Gravierender Mangel an Spenderorganen in Deutschland

Jeden Tag sterben drei Menschen, die ein medizinisch dringend benötigtes Spenderorgan nicht rechtzeitig erhalten, auf den Wartelisten der deutschen Transplantationszentren.¹ Die Zahl der tatsächlich zur Verfügung stehenden Spenderorgane bleibt dauerhaft und weit hinter der Zahl der medizinisch benötigten Organe zurück. Die Versorgung von Menschen mit Organversagen durch eine Transplantation ist heute deutlich schlechter als vor 25 Jahren. Die Zahl der Spender ist seit 2007 um ca. 30% eingebrochen.

¹ F. Sommer/M. Anthuber, in: J.F. Lindner, Transplantationsmedizinrecht, 2019, 15 (16) für die Zeit vor der Pandemie. Daran hat sich auch im Jahr 2024 nichts geändert.

Postmortale Organspender

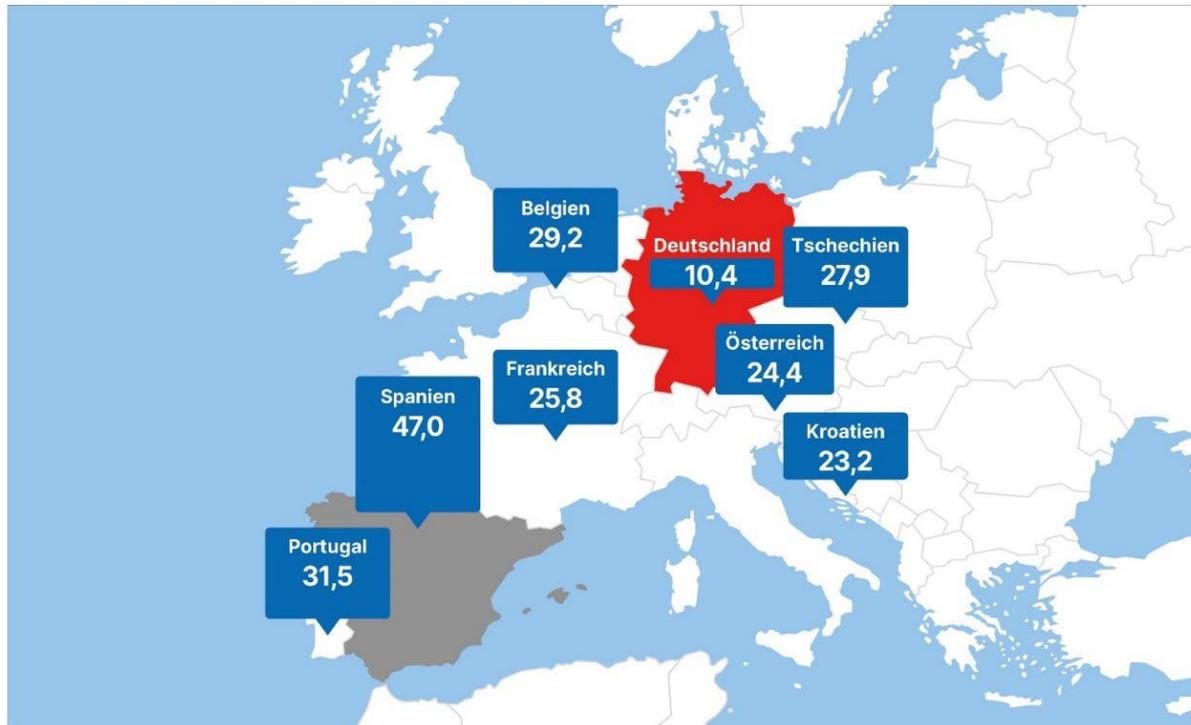
Entwicklung in Deutschland 1998 bis 2023



Nach dem Jahresbericht der Deutschen Stiftung für Organtransplantation (DSO) für das Jahr 2023 standen 8.400 auf ein Organ wartenden Patienten lediglich 2.877 transplantierte Spenderorgane (von 965 Spendern) gegenüber.² Damit steht Deutschland auch im europäischen Vergleich denkbar schlecht da. Die Zahl der Spender in Spanien, wo eine Widerspruchsregelung gilt, ist im Verhältnis mehr als vier mal so hoch wie in Deutschland.

² <https://www.dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO-Jahresbericht%202023.pdf> (Abruf am 23.1.2025).

Organspender in Europa pro Mio. Einwohner 2022



Quelle: Domínguez-Gil B. NEWSLETTER TRANSPLANT. International figures on donation and transplantation 2022. EDQM 2023; Vol. 28

Die deutsche Gesundheitspolitik sucht daher seit Jahren nach Wegen, um die Zahl der Personen zu erhöhen, die zu einer postmortalen Organspende – also zur Organspende im Falle eines Hirntodes (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TPG) – bereit sind. Im Jahr 2019 wurde das „Zweite Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes – Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende“ erlassen.³ Ziel dieses Gesetzes war es, die organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen der Organspende zu verbessern. Hervorzuheben sind die Regelungen über die Stellung der Transplantationsbeauftragten (§ 9b TPG) und die Vergütung der Entnahmekrankenhäuser durch die pauschale Abgeltung ihrer Leistungen (§ 9a Abs. 3 TPG). Die Einführung der sog. „Widerspruchsregelung“ ist hingegen im Jahr 2020 politisch gescheitert. Damit ist die Rechtslage – jedenfalls was die „Gewinnung“ von Spenderorganen angeht – seit dem Inkrafttreten des TPG 1997 nahezu unverändert. Nicht nur, aber auch deswegen schneidet Deutschland im internationalen Vergleich schlecht ab: Während Österreich, wo die Widerspruchsregelung gilt, beim Aufkommen an Spenderorganen im internationalen Vergleich den dritten Rang belegt, findet sich Deutschland auf Platz 19 wieder. Das Transplantationsrecht in Deutschland steht daher auch aktuell unter Reformdruck. Nach einem nahezu vollständigen

³ Gesetz vom 22.03.2019, BGBl. I S. 352.

Verstummen der Reformdiskussion während der Zeit der Pandemie in den Jahren 2021 bis 2023 ist im Verlaufe des Jahres 2024 wieder politische Bewegung in die Diskussion gekommen. Der Bundesrat hat mittlerweile einen Gesetzentwurf beschlossen und im Bundestag eingebracht.⁴ Ein interfraktioneller Gruppenantrag zur Einführung der Widerspruchsregelung wurde ebenfalls in den Bundestag eingebracht⁵. Beide Gesetzentwürfe sind Gegenstand der Anhörung im Gesundheitsausschuss am 29.1.2025. Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen bestehen nicht.

C. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Einführung der Widerspruchsregelung

Die gesetzliche Regelung der Rahmenbedingungen für das Transplantationsmedizinrecht steht nicht allein im politischen Gestaltungsermessen des Gesetzgebers. Er unterliegt dabei verfassungsrechtlichen, zumal grundrechtlichen Direktiven.

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Zwar folgt nicht bereits aus der Kompetenzzuweisungsnorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG, wonach der Bundesgesetzgeber über die (konkurrierende) Gesetzgebungszuständigkeit für „Regelungen zur Transplantation von Organen, Geweben und Zellen“ verfügt, eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Erlass transplantationsrechtlicher Regelungen oder gar bestimmter „Lösungen“ oder Modelle zur Organgenerierung. Allerdings steht das Transplantationsmedizinwesen auch nicht im verfassungsrechtsfreien Raum. Ungeachtet des politischen Gestaltungsspielraums, von dem der Bundesgesetzgeber erstmals 1997 Gebrauch gemacht und die bis heute geltende sog. „erweiterte Zustimmungslösung“ eingeführt hat,⁶ steht es dem Gesetzgeber nicht gänzlich offen, ob er ein Transplantationsrecht überhaupt schafft und wie er dieses ausgestaltet. Vielmehr ist der Staat – genauer der Bundesgesetzgeber – verpflichtet, für ein funktionierendes und effektives Organtransplantationswesens zu sorgen und dafür die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen.

2. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für Leben und körperliche Unversehrtheit

Diese Pflicht lässt sich insbesondere aus der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates für Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ableiten. Grundrechtsnormen

⁴ BT-Drs. 20/12609: „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes und Einführung der Widerspruchsregelung“

⁵ BT-Drs. 20/13804: „Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes – Einführung einer Widerspruchsregelung im Transplantationsgesetz“.

⁶ Vgl. §§ 3, 4 TPG.

verbürgen nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem freiheitsintervenierenden Staat, sie begründen auch die Pflicht des Staates, sich schützend vor diese Grundrechte zu stellen, wenn sie durch Dritte *oder in sonstiger Weise* bedroht sind. In sonstiger Weise bedeutet: auch durch Krankheit. Diese Schutzpflichtdimension der Grundrechte hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einer umfangreichen Rechtsprechung seit der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch⁷ entwickelt. Sie ist auch für das Transplantationsmedizinrecht von entscheidender Relevanz. Durch eine Erkrankung wird die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt und kann auch das Leben bedroht sein – nicht durch staatlichen Eingriff, aber eben in sonstiger Weise. Hier greift die grundrechtliche Schutzpflicht grundsätzlich ein: Der Staat ist zwar nicht verpflichtet, den Patienten zu heilen – wie sollte er das auch können? Er ist aber verpflichtet, ein funktionierendes Medizin- und Gesundheitswesen zu gewährleisten und die diesbezüglichen organisatorischen und infrastrukturellen Voraussetzungen zu schaffen sowie die insoweit notwendigen finanziellen Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Insbesondere im Rahmen der Corona-Pandemie haben Politik und das BVerfG die grundrechtliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit⁸ betont. In der Entscheidung „Bundesnotbremse I“ heißt es dazu:⁹

„Sowohl der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sind bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke (vgl. BVerfGE 7, 377 <414>; 121, 317 <349>). Aus Art. 2 Abs. 2 GG, der den Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Gesundheit umfasst (vgl. BVerfGE 142, 313 <337 Rn. 69> m.w.N.), kann zudem eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>; 121, 317 <356>).“

Das BVerfG macht deutlich, dass auch die „Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen“ Ausprägung staatlicher Schutzpflicht ist. Diese für die Corona-Pandemie ausgesprochene Formulierung ist nicht auf diese beschränkt, sondern allgemein gefasst und auf die Situation der Transplantationsmedizin zu übertragen. Denn jeder Mensch kann jederzeit – regelmäßig unverschuldet – in eine medizinische Situation kommen, in der er dringend oder gar sofort (etwa bei akutem Leberversagen) auf ein Spenderorgan angewiesen ist. Hierfür gibt es heute eine erfolgversprechende und etablierte medizinische Behandlungsmethode, nämlich die Organtransplantation mittels menschlicher Organe. Aufgrund seiner aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzpflicht für die durch die Erkrankung in ihrem Leben bedrohten Patienten ist der Staat verpflichtet, für ein effektives Organtransplantationswesen zu sorgen. In seiner bisherigen – spärlichen – Rechtsprechung zum Organtransplantationsrecht hat das BVerfG deutlich ge-

⁷ BVerfGE 39, 1.

⁸ Das BVerfG spricht nicht nur von körperlicher Unversehrtheit, sondern auch von „Gesundheit“, die in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG einbezogen ist.

⁹ BVerfGE 159, 223/Rn. 176.

macht, dass die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch im Bereich des Transplantationsmedizin relevant ist. So schreibt das Gericht in einem Kammerbeschluss vom 6.7.2016¹⁰ in Rn. 17:

„Für den hier betroffenen Bereich der Zuteilung von Organen kann die Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen (vgl. BVerfGE 115, 25 <44 f.>), es gebieten, einem an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung leidenden Betroffenen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, auch wenn hiermit gegebenenfalls eine Vorwegnahme der Hauptsache verbunden ist. Im Falle der Beschwerdeführerin hätte dies bedeuten können, dass ihr Status auf der Warteliste vorläufig von „nicht transplantabel“ in „transplantabel“ hätte geändert werden müssen.“

Zwar hat der Einzelne keinen (grundrechtlichen) Anspruch gegen den Staat (oder einen Dritten) auf Bereitstellung eines transplantierbaren Organs. Wohl aber besteht ein Anspruch darauf, dass der Staat hinreichende rechtliche und organisatorischen Rahmenbedingungen schafft, die ein effektives Organtransplantationswesen ermöglichen. Diese Gewährleistungspflicht des Staates hat verschiedene Bezugspunkte: (1) Der Staat hat zunächst möglichst rechtssicheres Transplantationsmedizinrecht zu schaffen,¹¹ also einen regulatorischen Rahmen, der Organspende ermöglicht und an selbstbestimmungswahrende Kriterien bindet sowie die Organisation, das Verfahren und die Zuteilung von Spenderorganen regelt. Dies hat der Gesetzgeber durch das Transplantationsgesetz getan. (2) Der zweite Ansatzpunkt ist eine auskömmliche Finanzierung der Organtransplantation, die zumal im Rahmen des Krankenversicherungs- und des Krankenhausfinanzierungsrechts erfolgt. (3) Der dritte Bezugspunkt ist ein quantitativer: Der Gesetzgeber ist verpflichtet, das Transplantationsmedizinrecht so zu gestalten, dass eine hinreichende Zahl an Spenderorganen generiert werden kann, so dass möglichst jeder Patient, der ein Organ benötigt, dieses rechtzeitig und in einer zumindest zumutbaren Wartezeit erhält. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht prägt sich also auch in einer Organgenerierungspflicht aus. In einer weiteren Kammerentscheidung, die eine im Ergebnis erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Beschränkung der Lebensorganspende auf den persönlichen Nähebereich in § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG zum Gegenstand hatte, hat das BVerfG – allerdings im

¹⁰ 1 BvR 1705/15 = NJW 2017, 545. Eine diesbezügliche Schutzpflicht wird auch in der Literatur überwiegend angenommen: etwa *F. Hufen*, Die Widerspruchsregelung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *J.F. Lindner*, Transplantationsmedizinrecht, 2019, 23 (24).

¹¹ Das BVerfG betont, dass „in einem sensiblen Bereich wie der Transplantationsmedizin ein Höchstmaß an Seriosität und Rechtssicherheit herzustellen“ sei. Das sei „unabdingbare Voraussetzung, wenn - um des Lebensschutzes willen - die Bereitschaft der Menschen zur Organspende langfristig gefördert werden soll“ (BVerfG, Beschl. vom 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98 = NJW 1999, 3399, Rn. 78)

Rahmen der abwehrrechtlichen Prüfung – am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 GG dessen besondere Relevanz für das Organspendewesen betont:¹²

„Das Leben stellt einen "Höchstwert" innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung dar und ist "die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte" (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>). Auch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nimmt, wie schon der enge systematische Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Leben zeigt, innerhalb der grundrechtlichen Ordnung einen besonderen Platz ein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss bei der Krankenversorgung jeder Patient sicher sein, "dass sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach allen Regeln ärztlicher Kunst gewahrt wird" (vgl. BVerfGE 57, 70 <99>).“

3. Gestaltungsspielraum und Untermaßverbot

Der Staat ist demnach – in Gestalt des dafür nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG zuständigen Bundesgesetzgebers – verfassungsrechtlich verpflichtet, für eine möglichst hohe Anzahl an Spenderorganen zu sorgen, so dass möglichst jede transplantationsbedürftige Person tatsächlich rechtzeitig und in zumutbarer Wartezeit ein Spenderorgan und damit die notwendige medizinische Behandlung erhalten kann. Mit dieser Pflicht korrespondiert ein aus der grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgender subjektiver Anspruch auf ein Tätigwerden des Staates zur Beseitigung der – derzeit unstrittig gegebenen (s. oben B.) – Mangelsituation. Mit dieser grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Pflicht des Gesetzgebers ist allerdings nur gesagt, dass dieser überhaupt geeignete Maßnahmen zur Behebung der Mangelsituation ergreifen muss. Keineswegs kann daraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, *bestimmte* gesetzgeberische Maßnahmen zu treffen oder Modelle einzuführen, etwa gerade die Widerspruchsregelung. Der Gesetzgeber ist nicht zur Regelung einer bestimmten Maßnahme verpflichtet, sondern „nur“ dazu, überhaupt Regelungen vorzunehmen, die zu einer Verbesserung der Organsituation insgesamt führen können. Man kann insofern von einem transplantationsrechtlichen „Untermaßverbot“ sprechen. Bei der Auswahl der Maßnahmen hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, solange er nur ein Mindestmaß an zielführenden Regelungen schafft. Der insoweit bestehende politische Gestaltungsspielraum ist breit, aber nicht unbegrenzt. Beschränkungen bestehen in dreierlei Hinsicht: (a) Zum einen ist es keine Option für den Gesetzgeber, gänzlich untätig zu bleiben, etwa weil die Diskussion um die richtigen und vertretbaren Maßnahmen politisch oder in ethischer Hinsicht zu schwierig oder nicht opportun erscheint. Damit würde der Gesetzgeber das verfassungsrechtliche Untermaßverbot verletzen und gegen die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG verstoßen. (b) Umgekehrt ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, alle denkbaren verfassungskonformen Handlungsoptionen umzusetzen. Das transplantationsmedizinrechtliche Untermaßverbot ist kein Optimierungsgebot in dem Sinne,

¹² BVerfG, Beschl. vom 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98 = NJW 1999, 3399.

dass der Gesetzgeber das Optimum zu regeln hätte. (c) Innerhalb der Pole (a) und (b) ist der Handlungsspielraum des Gesetzgebers beträchtlich. Er kann bestimmte Optionen, die insbesondere ethisch umstritten sind, verwerfen und andere Optionen umsetzen. Voraussetzung ist lediglich, dass sich der Gesetzgeber für Reformoptionen entscheidet, die überhaupt einen signifikanten Zuwachs an Spenderorganen in Aussicht stellen. Ein Verstoß gegen das Untermaßverbot wäre nicht nur dann gegeben, wenn der Gesetzgeber überhaupt nicht weiter handelt, sondern auch dann, wenn er zwar bestimmte Maßnahmen ergreift, diese aber allenfalls – im Hinblick auf den Gesamtbedarf an Spenderorganen – eine marginale Verbesserung erbringen.

D. Verfassungsmäßigkeit der (erweiterten oder doppelten) Widerspruchsregelung

Beide zur Diskussion stehenden Gesetzentwürfe sehen die erweiterte oder doppelte Widerspruchslösung vor. Der Einzelne ist im Falle seines Hirntodes, also des „endgültigen, nicht behebbaren Ausfalls der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstammes“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG)¹³ nicht nur dann Organspender, wenn er selbst oder seine Angehörigen (unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen) einer Organentnahme zugestimmt haben (§§ 3, 4 TPG), sondern bereits dann, wenn der Betroffene nicht widersprochen hat; die Angehörigen haben kein eigenes Widerspruchsrecht, sondern sind lediglich danach zu fragen, ob ihnen ein Widerspruch des Betroffenen bekannt ist.¹⁴

¹³ Das seit Inkrafttreten des TPG im Jahr 1997 etablierte Hirntodkonzept wird durch die vorliegenden Gesetzentwürfe weder in Frage gestellt noch modifiziert. Der Zustand des irreversiblen Hirnfunktionsausfalls, ursprünglich ohne jeglichen Zusammenhang zur Organspende als *Coma dépassé* (Koma jenseits des Kommas) von den französischen Neurologen Mollaret und Goulon Mitte der 1950er Jahre beschrieben, wurde 1968 im Zuge neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse vom Ad-hoc-Komitee an der Harvard Medical School in Boston als Hirntod und damit als neues Kriterium für die Todesfeststellung festgelegt. Die Feststellung des Hirntodes erfolgt heute durch zwei qualifizierte Ärzte nach den Richtlinien der Bundesärztekammer unabhängig voneinander. Das Hirntodkonzept ist auch vom BVerfG bislang nicht in Frage gestellt worden. Entgegen vereinzelter Stimmen in der medizinrechtlichen Literatur (vgl. z.B. R. Beckmann, DÖV 2024, 104) steht das Hirntodkonzept weder konzeptionell noch verfassungsrechtlich einer Widerspruchsregelung entgegen. Die Gesetzentwürfe bieten daher keinen Anlass, an der bisherigen Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG etwas zu ändern. Insbesondere besteht auch kein Widerspruch zwischen § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG, wo vom „Tod“ des Organspenders die Rede ist, und § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG, wo der Hirntod definiert ist. In systematischer Auslegung stellt der in § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG geregelte „nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstammes“ die transplantationsmedizinrechtliche Konkretisierung des Todesbegriffs in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG dar. Transplantationsmedizinrechtlich ist der Hirntod der Tod des Menschen, an dessen Feststellung von der Bundesärztekammer zu treffende verfahrensrechtliche Anforderungen zu stellen sind (vgl. auch § 16 Abs. 1 Nr. 1 TPG).

¹⁴ So § 4 Abs. 1 TPG-E BRat und Gruppenantrag.

1. Kein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)

Im Zentrum der Diskussion in den Jahren 2019 und 2020 stand – neben medizinethischen Erwägungen – auch die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer Widerspruchsregelung, insbesondere, ob es mit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und seinem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) vereinbar sei, ihn zum Gegenstand einer Fiktion zu machen: Denn jede Person – so hieß es in Nr. 2 des damaligen Entwurfes (§ 1 Abs. 1 TPG n.F.) – „gilt als Organ- oder Gewebespender, es sei denn es liegt ein zu Lebzeiten erklärter Widerspruch oder ein der Organ- oder Gewebeentnahme entgegenstehender Wille vor“. Eine ähnliche Regelung sehen auch der Gesetzentwurf des Bundesrates (§ 1 Abs. 1 TPG-E) sowie der interfraktionelle Gruppenantrag (§ 1 Abs. 1 TPG-E) vor. Dazu entspann sich ein grundsätzlicher Disput unter Verfassungs- und Medizinrechtlern.¹⁵ Mitunter wurde die Widerspruchsregelung in die Nähe eines Verstoßes gegen die Würde des Menschen gerückt¹⁶ und damit als gravierendster aller Verfassungsverstöße qualifiziert. Der einzelne Mensch würde durch die Widerspruchsregelung zum Objekt des Verfahrens, da er sich der Organspende nur durch Widerspruch entziehen könne. Der allgemeine Grundsatz, dass Schweigen nicht als Zustimmung gelte, werde ignoriert. Das harte verfassungsrechtliche Verdikt des – nicht rechtfertigbaren – Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG überrascht schon deswegen, weil die Widerspruchsregelung in sehr vielen europäischen Ländern, z.B. in Österreich¹⁷, seit langer Zeit Anwendung findet. Da einige dieser Länder in das „Eurotransplant“-System eingebunden sind, werden Organe aus Ländern mit Widerspruchsregelung auch an Patienten in Deutschland vermittelt und diesen übertragen. Das bedeutet: Einem Patienten in Deutschland kann über Eurotransplant ein Organ aus dem Ausland vermittelt werden, das nach bisherigem deutschem Recht nicht entnommen werden dürfte.

Blickt man nüchtern auf das von beiden Gesetzentwürfen vorgesehene Modell der Widerspruchsregelung, wird sich eine Verfassungswidrigkeit nicht ernsthaft begründen lassen, zumal das aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) folgende Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Hinblick auf seine (postmortale) körperliche Integrität vollständig gewahrt bleibt.¹⁸ Nach beiden Gesetzentwürfen wird niemand gegen seinen

¹⁵ Vgl. etwa *St. Huster*, VerfBlog <https://verfassungsblog.de/abnutzungskampfe-an-der-falschen-front-zur-widerspruchsloesung-bei-der-organspende/>, DOI: [10.17176/20190517-144307-0](https://doi.org/10.17176/20190517-144307-0) (abgerufen am 14.6.2024); *H. Rosenau/J. Knorre*, ZfmE 2019, 45; *W. Kluth*, ZfL 2019, 49; *F. Hufen*, in: *J.F. Lindner*, Transplantationsmedizinrecht, 2019, 23; *G. Duttge*, ZfL 2019, 29.

¹⁶ So *S. Augsburg/P. Dabrock*, FAZ v. 14.10.2019, S. 7: „kollektive Erwartungshaltung hinsichtlich des Zurverfügung-Stellens des eigenen Körpers“, „Organabgabeerwartung mit Widerspruchsvorbehalt“.

¹⁷ *K. Bruckmüller*, MedR 2022, 809.

¹⁸ So auch *F. Hufen*, Die Widerspruchsregelung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *J.F. Lindner*, Transplantationsmedizinrecht, 2019, 23 (27 ff.); *Nationaler Ethikrat*, Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2007, 41 ff.

Willen auf rechtmäßige Weise zum Organspender. Damit wird er auch nicht zum Objekt degradiert, entsubjektiviert, verzweckt oder verdinglicht. Durch die Möglichkeit des jederzeitigen begründungslosen Widerspruchs erscheint die Annahme eines Verstoßes gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) als abwegig. Jede Person bleibt auch im Hinblick auf die Organspendende Subjekt. Sie kann sich – ohne Angabe von Gründen und ohne irgendwelche Nachteile oder gar Sanktionen befürchten zu müssen – für oder gegen eine Organspende entscheiden. Aus diesem Grund erscheinen auch Eingriffe in das postmortale Persönlichkeitsrecht oder in die Gewissens- oder Glaubens- und Religionsfreiheit als fernliegend.¹⁹

2. Entscheidung des BVerfG vom 18.2.1999

Das BVerfG hat in einer (Kammer-)Entscheidung vom 18.2.1999 im Hinblick auf die geltende erweiterte Zustimmungslösung (§§ 3, 4 TPG), die im Falle der fehlenden Zustimmung des Betroffenen eine Zustimmung der Angehörigen ermöglicht, festgestellt: Es verstoße nicht gegen Grundrechte, dass zur Abwehr einer postmortalen Organentnahme ein Widerspruch erklärt werden müsse (nämlich um eine Zustimmung der Angehörigen auszuschließen).²⁰ Angesichts dessen ist es jedenfalls nicht fernliegend anzunehmen, dass das BVerfG auch einer (echten) Widerspruchsregelung den verfassungsrechtlichen Segen erteilen würde.

3. Kein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG)

Nun könnte man darin ein selbstbestimmungsrelevantes Problem sehen, dass sich der Einzelne überhaupt mit dem Thema Organspende befassen und dann ggf. aktiv werden muss. Sähe man bereits in einer solchen Befassungs- und Entscheidungsobliegenheit einen Eingriff in ein aus dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) folgendes „Recht auf Nichtbefassung und Nichtentscheidung“²¹ – im Sinne eines Rechts, vor der Thematik „Organspende“ verschont zu bleiben, also diesbezüglich in Ruhe gelassen zu werden, das Thema verdrängen zu dürfen –, so ließe sich dieser (eher als geringfügig anzusehende) Eingriff mit der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG rechtfertigen, für eine ausreichende Zahl an Spenderorganen zu sorgen. An der Verhältnismäßigkeit der Befassungspflicht bestünden keine

¹⁹ *Hufen*, aaO, 29.

²⁰ BVerfG, NJW 1999, 3403 (Rn. 5): „Soweit die Beschwerdeführer sich gegen die Möglichkeit einer postmortalen Organentnahme auf der Grundlage des § 4 TPG wenden, haben sie die Möglichkeit, einer solchen Organentnahme zu widersprechen (§ 2 Abs. 2 TPG). Gemäß §§ 3 Abs. 2 Nr. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TPG ist die Organentnahme dann in jedem Fall ausgeschlossen. Der Widerspruch kann durch die Zustimmung einer anderen Person nicht überspielt werden. Die Beschwerdeführer haben es somit selbst in der Hand, den befürchteten Grundrechtsverletzungen vorzubeugen. Dass sie in ihren Grundrechten bereits dadurch verletzt werden, dass sie zur Abwehr der behaupteten Grundrechtsverletzung einen Widerspruch erklären müssen, ist nicht ersichtlich.“

²¹ So *Hufen*, aaO, 29 (Recht auf „Verdrängen“).

ernsthaften Bedenken, weil es sich dabei um eine lediglich geringfügige Zumutung handelt, auf der anderen Seite aber höchstrangige Rechtsgüter im Raum stehen.

Bei Lichte betrachtet ist mit der Widerspruchsregelung aber schon gar keine (rechtfertigungsbedürftige) Befassungspflicht verbunden, so dass insoweit auch kein Eingriff in ein Recht auf Nichtbefassung vorliegt. Denn niemand wird rechtlich oder faktisch gezwungen, sich mit dem Thema Tod und Organspende zu befassen. Jede Person hat die Option, das Thema schlicht auszublenden, die Befassung auf später zu verschieben und einfach nur (vorerst oder vorsorglich bis zu einer Befassung mit dem Thema) einen Widerspruch zu hinterlegen.

4. Kein Verstoß gegen die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Lehnt eine Person die postmortale Organspende ab oder will sie sich – aktuell – nicht mit dem Thema befassen und noch keine Entscheidung treffen, so muss sie nichts weiter tun als einen Widerspruch zu erheben. Dass ein solcher Widerspruch niedrigschwellig erhoben werden können muss, ist verfassungsrechtlich zu fordern. Denn setzte die Erhebung eines wirksamen Widerspruchs etwa eine aufwändige Eintragung in einem technisch komplex gestalteten Organspenderegister²² voraus, geriete man tatsächlich in einen Konflikt mit den Grundrechten, weil es dem ein oder anderen nicht oder nur unter prohibitiv wirkenden Voraussetzungen möglich wäre, den Widerspruch zu erheben. Die Verfassungskonformität der Widerspruchsregelung setzt daher jedenfalls voraus, dass der Widerspruch einfach, in verschiedensten Modalitäten und jederzeit änderbar möglich sein muss.

a) Schutzbereich

Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, ob nicht bereits in der Last, einen Widerspruch erheben zu müssen, wenn man nicht Organspender werden will, eine Grundrechtsverletzung zu sehen ist. Man könnte diese Last als Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die Allgemeine Handlungsfreiheit qualifizieren. Durch die verfassungsgerichtliche, seit jeher allerdings umstrittene Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinn einer allgemeinen Handlungsfreiheit²³ und damit als freiheitrechtliches Auffanggrundrecht ist jegliches denkbare Freiheitsinteresse grundrechtlich geschützt, das nicht dem Schutzbereich eines speziellen Grundrechts zugeordnet ist. Das Interesse, keinen Widerspruch gegen die Organspende erheben zu müssen, lässt sich dem Art. 2 Abs. 1 GG ohne Weiteres zuordnen, wenn man es nicht schon als Ausprä-

²² Das aktuell aufgesetzte Organspenderregister nach § 2a TPG wird den Anforderungen an eine (technisch) niedrigschwellige Widerspruchsmöglichkeit faktisch nicht gerecht.

²³ Seit BVerfGE 6, 32.

gung des spezielleren Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verstehen möchte.

b) Widerspruchslast als Grundrechtseingriff

Allerdings könnte man das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit mit dem Argument verneinen, niemand sei rechtlich verpflichtet, einen Widerspruch zu erheben. Dies ist zwar richtig, verkennt aber die faktische Eingriffssituation, die darin liegt, dass ein Widerspruch erheben muss, wer nicht als postmortaler Organspender gelten will. Jedenfalls nach dem heute allgemein weit verstandenen Eingriffsbegriff dürfte es nicht bestrittbar sein, dass die Widerspruchslast einen Grundrechtseingriff im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.

c) Rechtfertigung des Eingriffs

Dieser Eingriff lässt sich allerdings durch eine gesetzliche Regelung, wie sie die vorliegenden Gesetzentwürfe darstellen, rechtfertigen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist bei entsprechender Ausgestaltung der gesetzlichen (doppelten) Widerspruchsregelung gewahrt.

aa) Verfassungsrechtlich legitime Zwecke

Der verfassungsrechtlich legitime Zweck, der mit dem Eingriff verfolgt wird, liegt zunächst in der Erhöhung der Zahl der Organspender und damit der für die Transplantation zur Verfügung stehenden Organe. Damit erfüllt der Staat seine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG²⁴ zu Gunsten von Leben und Gesundheit von Menschen, die auf ein Spenderorgan angewiesen sind, und kommt zugleich Anforderungen aus dem Sozialstaatsprinzip nach (Art. 20 Abs. 1 GG). Ein zweiter verfassungsrechtlich legitimer Zweck liegt in einer Entlastung der Angehörigen, die nach dem gegenwärtigen Modell der erweiterten Zustimmungsregelung (vgl. § 4 Abs. 1 TPG) bei Fehlen einer Zustimmung des Betroffenen zu befragen sind, was regelmäßig mit erheblichen psychischen Belastungen verbunden ist. Zwar würden die Angehörigen bei der (erweiterten) Widerspruchslösung auch einbezogen, weil sie befragt würden, ob ihnen ein Widerspruch bekannt ist. Ihnen kommt jedoch kein eigenes Widerspruchsrecht und damit keine Entscheidungskompetenz zu, was zu einer erheblichen psychischen Entlastung beitragen kann.

bb) Geeignetheit

²⁴ Dazu oben C.2.

Man könnte an der Eignung der Widerspruchsregelung und der damit zwangsläufig verbundenen Widerspruchslast für die Erreichung des legitimen Zwecks mit dem Argument zweifeln, weil die Zahl der Organspender und damit der Spenderorgane damit gar nicht (substanziell) erhöht würde; mindestens sei es nicht absehbar, jedenfalls nicht sicher, dass die Widerspruchsregelung insgesamt zu einem erhöhten Organaufkommen führen würde. Eine solche Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtlich nicht überzeugend. Zunächst überdehnt sie die Anforderungen an die Eignung. Diese ist erst dann zu verneinen, wenn die betreffende Maßnahme von vorneherein gar nicht in der Lage ist, überhaupt einen Beitrag zur Zweckverwirklichung zu leisten.²⁵ Auf eine besondere oder gar gesteigerte Wirksamkeit der Maßnahme kommt es nicht an, so dass auch solche Mittel geeignet sind, die nur einen marginalen Beitrag leisten können. Zweitens hat der Gesetzgeber – auch im Organspenderecht²⁶ – im Hinblick auf die künftige tatsächliche Eignung einer Maßnahme einen Einschätzungsspielraum, den das BVerfG wie folgt umschreibt:²⁷

„Eine Maßnahme ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann (vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>; 103, 293 <307>). Der Gesetzgeber verfügt in der Beurteilung der Eignung einer Regelung über eine Einschätzungsprärogative. Es genügt grundsätzlich, wenn die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Der Spielraum des Gesetzgebers bezieht sich insofern auf die Einschätzung und Bewertung der Verhältnisse, der etwa erforderlichen Prognosen und der Wahl der Mittel, um seine Ziele zu erreichen (vgl. BVerfGE 151, 101 <140 Rn. 100>; 152, 68 <130 f. Rn.166>). Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt (...).“

Schließlich (und entscheidend) ist es wenig realistisch anzunehmen, dass die Einführung der Widerspruchsregelung von vorneherein nicht in der Lage ist, die Situation auch nur geringfügig zu verbessern. Zwar mag man allzu großen Hoffnungen auf signifikante Verbesserungen skeptisch gegenüberstehen und vortragen, mit der Widerspruchsregelung alleine sei das Problem nicht gelöst.²⁸ Das ist für die Bejahung der Eignung aber auch gar nicht erforderlich, wenn nur die Zweckförderung nicht von vorneherein auszuschließen ist. Hierzu kann ein Blick auf die positive Entwicklung der Organspendezahlen in Ländern helfen, die die Widerspruchsregelung

²⁵ St. Rspr. des BVerfG, z.B. BVerfGE 159, 155/Rn. 114.

²⁶ Dies betonend *F. Hufen*, Die Widerspruchsregelung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *J.F. Lindner*, Transplantationsmedizinrecht, 2019, 23 (34): „Der Gesetzgeber darf vielmehr annehmen, dass ... die Widerspruchsregelung geeignet und erforderlich sein kann, um zu einer wirksamen Steigerung der Organspenden beizutragen.“

²⁷ BVerfGE 159, 155/Rn. 114.

²⁸ So etwa – in Bezugnahme auf andere Studien – das Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung Essen: <https://www.rwi-essen.de/presse/wissenschaftskommunikation/unstatistik/detail/warum-mehr-potenzielle-organspender-nicht-zwingend-mehr-tatsaechliche-organspenden-bewirken> (abgerufen am 24.1.2025).

eingeführt haben, etwa Schweden, wo seit 2013 eine Widerspruchsregelung gilt.²⁹ Auch wenn die Übertragung solcher Entwicklungen immer die Gesamtsituation des Transplantationswesens in den betreffenden Ländern im Auge haben muss, so stützen solche Vergleiche zumindest die im gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum liegende Erwartung einer – wenn auch vielleicht nicht signifikanten – Verbesserung der Situation. Zudem ist Folgendes zu erwägen: Die Widerspruchsregelung kann eine neue, positive Kultur der Beschäftigung mit dem Thema Organspende bewirken. Diese wird selbstverständlicher. Damit wird auch das Gespräch des Arztes mit den Angehörigen erleichtert, diese werden entlastet. Die Widerspruchsregelung verpflichtet den Staat, noch häufiger, noch intensiver und laienverständlicher über die medizinischen und gesetzlichen Grundlagen der postmortalen Organspende zu informieren. Das kann zu einer Erhöhung der Zahl der Organspender führen.

cc) Erforderlichkeit

Auch die Erforderlichkeit der Widerspruchsregelung und der damit implizierten Widerspruchslast wird sich – unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraumes, den das BVerfG auch im Rahmen der Erforderlichkeit einräumt – nicht ernsthaft in Abrede stellen lassen. Sie wäre nur dann zu verneinen, wenn es ein mildereres, aber zur Zweckerreichung gleich geeignetes Mittel gäbe. Zwar lässt sich eine Reihe von Maßnahmen zur Erhöhung der Zahl der Spenderorgane vorstellen, etwa im Bereich der Organlebendspende. Es ist aber nicht erkennbar, dass diese gleich geeignet *und* weniger eingriffsintensiv wären. Aufklärungsmaßnahmen sind ersichtlich an ihre Grenzen gelangt, insbesondere hat deren weitere Intensivierung durch die Gesetzgebung des Jahres 2020 keine signifikanten Fortschritte erbracht. Reformen bei der Lebendspende oder Anreizsysteme mögen zwar weniger eingriffsintensiv sein, ihre gleiche Eignung steht jedoch in Frage. Gleiches gilt für organisatorische Änderungen, etwa eine Stärkung der staatlichen Verantwortung beim „Auffinden“ von Spendern in Entnahmekrankenhäusern nach spanischem Vorbild durch die Etablierung staatlich verantworteter Transplantationsbeauftragter. Diese organisatorische Maßnahme ist zwar in Spanien erfolgreich. Aber es ist offen, ob dies dort nur in Kombination mit der Widerspruchsregelung oder isoliert davon der Fall ist. In Anbetracht solcher prognostischer Unsicherheiten über die Eignung von Alternativmaßnahmen

²⁹ Die Spenderzahl in Schweden hat sich wie folgt entwickelt (WD des Deutschen Bundestages: WD 9 - 3000 - 025/18):

2000: 97

2005: 128

2010: 118

2015: 169

2016: 195.

würde der Gesetzgeber im Hinblick auf die Erforderlichkeit seinen Einschätzungsspielraum nicht überschreiten, den das BVerfG wie folgt umreißt:³⁰

„Dem Gesetzgeber steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein Einschätzungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 152, 68 <136 Rn. 179>; 155, 238 <280>Rn. 105>; stRspr. ...). Der Spielraum bezieht sich unter anderem darauf, die Wirkung der von ihm gewählten Maßnahmen auch im Vergleich zu anderen, weniger belastenden Maßnahmen zu prognostizieren. Der Spielraum kann sich wegen des betroffenen Grundrechts und der Intensität des Eingriffs verengen (vgl. BVerfGE 152, 68 <119 Rn. 134>). Umgekehrt reicht er umso weiter, je höher die Komplexität der zu regelnden Materie ist (...). Auch hier gilt, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Dient der Eingriff dem Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eigenschaftsprognose beschränkt (vgl. BVerfGE 153, 182 <272 f. Rn. 238>).“

Im Hinblick auf die nicht zu große Eingriffstiefe der Widerspruchslast wird man die gesetzgeberische Inkaufnahme der Unsicherheit über die Wirksamkeit von Alternativmaßnahmen akzeptieren können, so dass die Erforderlichkeit zu bejahen ist.

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Schließlich ist die Widerspruchslast auch verhältnismäßig im engeren Sinn, also dem Einzelnen zumutbar. Hierzu ist zunächst eine abstrakte Abwägung zwischen dem Schutzgut, also dem legitimen Zweck, und dem beeinträchtigten grundrechtlichen Interesse vorzunehmen. Es kann kein ernsthafter Zweifel darüber bestehen, dass der Zweck, nämlich der Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen, die zum Weiterleben auf ein Spenderorgan angewiesen sind, abstrakt höheres Gewicht hat als das bloße Interesse, keinen Widerspruch gegen eine Organspende artikulieren zu müssen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass niemand einen Anspruch gegen einen Dritten auf eine Organspende hat. Das ist zwar richtig, wird durch die Widerspruchsregelung aber gar nicht in Frage gestellt. Auch bei einem solchen Modell bleibt es dabei: Jede Person bestimmt selbst, ob sie Organspender werden will. Wer dies nicht will oder sich keine Gedanken darüber machen will, muss lediglich einen Widerspruch erheben – also eine eher geringfügige Last auf sich nehmen (sofern ein wirksamer Widerspruch niederschwellig erhoben werden kann).

Die abstrakte Mittel-Zweck-Relation ist allerdings nicht ausreichend, um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu bejahen. Hinzukommen muss eine *konkrete Betrachtung*.³¹ Es ist auf

³⁰ BVerfGE 159, 155/Rn. 123.

³¹ Näher *J.F. Lindner*, Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, NJW 2024, 564 (566).

die (potenzielle) konkrete Wirksamkeit der Maßnahme abzustellen, die bei der Prüfung der Eignetheit und Erforderlichkeit noch weitgehend ausgeblendet bleibt. Es rückt das Verhältnis des konkret zu erwartenden Zweckverwirklichungsbeitrags einer Maßnahme zu deren Eingriffstiefe in den Blick.³² Ein Mittel ist unverhältnismäßig, wenn sein konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu die Eingriffstiefe unangemessen ist. Auch wenn die Widerspruchsregelung nicht zu einer vollständigen Behebung des Organmangels und vielleicht nicht einmal zu einer signifikanten Erhöhung der Organspender führt, kann doch selbst eine eher geringfügige Verbesserung der Organsituation für viele Menschen zu einer signifikanten Verbesserung ihrer gesundheitlichen Situation führen und das Überleben ermöglichen. Selbst eine nur geringfügige Erhöhung der Zahlen kann also ein Maß an Nutzen stiften, dass von einer Unverhältnismäßigkeit der als solche nur geringfügig eingreifenden Widerspruchslast nicht die Rede sein kann. Die Widerspruchsregelung lässt von ihrer grundsätzlichen Konzeption her das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen unberührt. Allerdings ist dieses stärker gefährdet als beim gegenwärtigen Modell der erweiterten Zustimmungslösung nach §§ 3, 4 TPG. Während bei letzterer der Einzelne nichts zu tun braucht, um *nicht* Organspender zu werden (nur wenn er bei fehlender eigener Zustimmung eine Zustimmung der Angehörigen ausschließen will, muss er einen Widerspruch erheben),³³ ist bei der Widerspruchsregelung ein Widerspruch, also ein aktives Tun erforderlich, wenn der einzelne sein Selbstbestimmungsrecht dahin gehend ausüben will, dass er nach seinem Tod keine Organe spenden will. Eine Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts kann nun darin liegen, dass der Widerspruch organisatorisch-verfahrensmäßig zu hohen Hürden unterliegen könnte, zu spät erfolgt oder im Falle des Falles nicht verifiziert oder beachtet wird. Diese Gefährdungen hat der Gesetzgeber zu kompensieren, wenn er eine verfassungskonforme Gesamtregelung erlassen will. Dazu muss er die gesetzlichen Regelungen so ausgestalten, dass die Menschen von der neuen Widerspruchsregelung erfahren, niederschwellig und rechtzeitig den Widerspruch erheben können und dass dieser im Ernstfall auch bekannt und beachtet wird. Beide Gesetzentwürfe enthalten hinreichende Regelungen zur Aufklärung und Information der Bevölkerung³⁴ und lassen den Widerspruch niederschwellig zu. Um letzteres ist aber auch in tatsächlicher Hinsicht sicher zu stellen. Dazu wird man ein funktionsfähiges und technisch nutzerfreundliches Regis-

³² Diese konkrete Abwägung im Hinblick auf den Zweckerreichungsbeitrag eines Mittels fordert das BVerfG mitunter ausdrücklich, thematisiert dies aber nicht durchgehend. Vgl. etwa BVerfG, Beschluss v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20 u.a. (Masernimpfpflicht): „Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und *die zu erwartende Zweckerreichung* nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen“ (Rn. 130; Hervorhebung nicht im Original, JFL).

³³ Dagegen hat das BVerfG – allerdings in einer Kammerentscheidung – keine verfassungsrechtlichen Bedenken artikuliert: BVerfG, Beschl. vom 18.2.1999 – 1 BvR 2156/98 = NJW 1999, 3403, Rn. 5.

³⁴ §§ 2 Abs. 1, 1a, 1e, 25a TPG-E Gruppenantrag, § 2 TPG-E BRat.

ter benötigen. Dem dürfte das gegenwärtige aufgesetzte Register noch nicht gerecht werden. Hier müsste nachgebessert werden. Die Gesetzentwürfe enthalten detaillierte Vorschriften zum Verfahren der Feststellung, ob ein Widerspruch vorliegt.³⁵ Zudem dürfte nur die doppelte oder erweiterte Widerspruchsregelung verhältnismäßig sein, bei der im Zweifel – wenn kein eindeutig verifizierbarer Widerspruch vorliegt – die Angehörigen zu befragen sind, ob ihnen ein Widerspruch bekannt ist. Dies sehen beide Gesetzentwürfe vor.³⁶ Diese Normen dürften ausreichend sein, um die Verifizierung des Vorliegens eines Widerspruches zu ermöglichen.

ee) Nicht einwilligungsfähige Personen

Nicht einwilligungsfähige Personen sollten von der Widerspruchsregelung ausgenommen werden. Insofern begegnet § 4 Abs. 5 TPG-E Gruppenantrag verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Vorschrift lautet:

„(5) Hat der mögliche Organ- oder Gewebespende keine Erklärung zur Organ- und Gewebespende abgegeben und war er in einem erheblichen Zeitraum vor Feststellung des Todes nach § 3 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 nicht einwilligungsfähig, ist die Organ- oder Gewebeentnahme unzulässig.“

Die Norm ist insofern zu unbestimmt, als unklar bleibt, was unter „erheblichem Zeitraum“ zu verstehen ist. Es sollte darauf abgestellt werden, ob die Person unmittelbar vor Feststellung des Hirntodes nicht einwilligungsfähig war und somit nicht widersprechen konnte. Dem wird § 4 Abs. 4 TPG-E BRat gerecht. Die Norm lautet:

„(4) 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 Organ- oder Gewebespende zu erkennen und seinen Willen danach auszurichten, ist eine Organ- oder Gewebeentnahme unzulässig. Ob dies der Fall ist, hat ein Arzt, der weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe oder Gewebe beteiligt ist, durch Befragung des nächsten Angehörigen sowie Personen nach Absatz 1 Satz 5 zu klären.“

ff) Minderjährige

Bei Minderjährigen sollte es bei der Zustimmungslösung bleiben. So sehen es § 4 Abs. 3 TPG-E BRat und § 4 Abs. 4 TPG-E Gruppenantrag vor.

gg) Vorübergehend oder dauerhaft eingereiste Personen

³⁵ § 4 TPG-E BRat, § 4 TPG-E Gruppenantrag.

³⁶ § 4 Abs. 1 TPG-E BRat, § 4 Abs. 1 TPG-E Gruppenantrag.

Zumindest vorübergehend nach Deutschland eingereiste Personen sollte für einen bestimmten Zeitraum von der Geltung der Widerspruchsregelung ausgenommen werden. Gegen § 4 Abs. 6 TPG-E Gruppenantrag (zwölf Monate Karenzzeit) bestehen keine Bedenken. Der Gesetzentwurf des Bundesrates sollte entsprechend ergänzt werden.

gg) Übergangsfrist, Evaluation

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist es zudem erforderlich, ein Problem zu lösen, das man als „Überrumpelungseffekt“ bezeichnen könnte:³⁷ Jeder Systemwechsel hat Wechselgewinner und -verlierer. Mögliche „Verlierer“ sind diejenigen Personen, die von dem Systemwechsel faktisch keine Kenntnis erhalten oder deren Tragweite nicht begreifen, sich mit ihm nicht befassen wollen oder auf ihn faktisch nicht reagieren können. Nach dem Inkrafttreten einer Widerspruchsregelung würde jede Person im Falle ihres Hirntodes (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG) zum Organspender, wenn sie nicht rechtzeitig widerspricht, selbst wenn sie von der neuen Widerspruchskonzeption gar nichts weiß oder aus faktischen Gründen nicht zu widersprechen in der Lage ist. Der Gesetzgeber ist im Falle der Einführung einer Widerspruchsregelung zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen mithin gehalten, verfahrensrechtliche Vorkehrungen gegen solche Überrumpelungs- oder Mitnahmeeffekte zu treffen. Hierzu gehören großzügige Übergangsfristen ebenso wie die Bereitstellung eines niederschweligen und zuverlässigen Register- oder Dokumentationssystems sowie Aufklärungs- und Informationskampagnen³⁸ einschließlich Vorgaben zu deren Evaluation nach einem bestimmten Kampagnenzeitraum. Eine zweijährige Übergangsfrist mit einer Evaluation nach zwei Jahren erscheint ausreichend.

5. Nichtdiskriminierungsklausel

Angesichts der Sensibilität und Höchstpersönlichkeit der Entscheidung für oder gegen eine Organspende sollte der Gesetzgeber ein spezielles Diskriminierungsverbot in das TPG aufnehmen. Folgende Regelung wäre vorstellbar: „Niemand darf wegen eines Widerspruchs gegen eine Organspende benachteiligt werden.“

Prof. Dr. Josef Franz Lindner

³⁷ Zu diesem Problem *J.F. Lindner*, VerBlog <https://verfassungsblog.de/unwissenheit-schuetzt-vor-spende-nicht/>, DOI: [10.17176/20190709-014406-0](https://doi.org/10.17176/20190709-014406-0) (abgerufen am 23.1.2025).

³⁸ Hierbei sind auch informationshindernde Probleme wie Sprachbarrieren oder Obdachlosigkeit in den Blick zu nehmen (etwa durch den Einsatz von Streetworkern o.ä.).

