

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Transplantationsmedizinrecht

Beiträge zur aktuellen Diskussion
um die Widerspruchslösung



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 36

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Transplantationsmedizinrecht

Beiträge zur aktuellen Diskussion
um die Widerspruchslösung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6010-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0130-3 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Widerspruchslösung aus medizinethischer Sicht – ein Kommentar <i>Heiner Fangerau</i>	7
Die Widerspruchslösung aus transplantationsmedizinischer bzw. ärztlicher Sicht <i>Florian Sommer, Matthias Anthuber</i>	15
Arbeitsweise, Struktur und Aufgaben von Eurotransplant <i>Serge Vogelaar</i>	21
Die Widerspruchslösung aus verfassungsrechtlicher Sicht <i>Friedhelm Hufen</i>	23
20 Jahre TPG – Erfolgsgeschichte oder Reformbedarf? <i>Ulrich Schroth</i>	37
Mein Herz gehört mir! Eine Erwägung der Widerspruchslösung aus moraltheologischer Sicht <i>Kerstin Schlögl-Flierl</i>	57
Über den Zusammenhang von Hirntodkonzept und Organmangel. Warum die Widerspruchslösung das Versorgungsproblem der Transplantationsmedizin nicht löst <i>Alexandra Manzei</i>	73
Widerspruchslösung aus Sicht der Deutschen Stiftung Organtransplantation <i>Axel Rahmel</i>	109
Die Entnahme von Organen Verstorbener zum Zweck der Transplantation – die Rechtslage in Österreich <i>Erwin Bernat</i>	123
Autoren- und Autorinnenverzeichnis	135

Widerspruchslösung aus medizinethischer Sicht – ein Kommentar

Heiner Fangerau

Im Jahr 2010 berichtete das Deutsche Ärzteblatt verblüfft von einer „unerwartenden (sic!) Wendung“ auf dem 113. Deutschen Ärztetag, als sich eine Mehrheit der Delegierten „ohne Diskussion“ für die Widerspruchslösung im Zusammenhang mit der postmortalen Organspende aussprach.¹ Warum sprachen sich die Ärzte für die sogenannte Widerspruchslösung aus und warum war das eine Überraschung?

Derzeit – wie zum damaligen Zeitpunkt auch schon – gilt in Deutschland eine (erweiterte) Zustimmungslösung bei der postmortalen Organspende. Das heißt, dass eine Organspende nur möglich ist, wenn die potentiellen Spender/-innen zu Lebzeiten einer Organentnahme zugestimmt haben oder dass, wenn keine Zustimmung vorliegt, Angehörige dem mutmaßlichen Willen des/der Verstorbenen folgend einer Organentnahme zustimmen. Die Widerspruchslösung würde hingegen bedeuten, dass Organe von Verstorbenen für Transplantationen entnommen werden dürfen, wenn die Betroffenen zu Lebzeiten nicht ausdrücklich der Entnahme zu diesem Zweck widersprochen haben.² Der Wunsch nach der Einführung einer Widerspruchslösung wurde damals und wird auch heute wieder vor allem von politischer und verbandsärztlicher Seite öffentlich damit begründet, dass in Deutschland die Anzahl spendeorganbedürftiger Empfänger viel höher sei als die Zahl der zur Verfügung stehenden Spenderorgane.³ Das Leid derer, die ein Organ zum Überleben benötigen, verlange daher nach einer Steigerung der Spendenzahl. Von der Umstellung auf eine

1 *Klinkhammer/Richter-Kuhlmann*, Organspende und Ethik: Mehrheit für Widerspruchslösung, *Dtsch Arztebl* 2010; 107(20): A-991.

2 Für eine Zusammenfassung und kritische Diskussion siehe u.a. *Haucke*, Organspende und Entscheidungspflicht. Eine skeptische Kritik, *Ethik in der Medizin* (2015) 27, 207 (208f.).

3 Siehe exemplarisch *Mihm*, Debatte um Widerspruchslösung. Wird Organspende zum Normalfall? *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 31.3.2018, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/widerspruchslösung-organspende-soll-normalfall-werden-15519938.html>, abgerufen am 29.5.2019; *Anon*, Antrag gegen Widerspruchslösung bei Organspende steht, *Zeit Online* 18.12.2018, <https://www.zeit.de/politik/deutschland/>

Widerspruchslösung erhofften und erhoffen sich die Befürworter genau diesen Anstieg der zur Verfügung stehenden Organe.

Nur drei Jahre vor dem damaligen Abstimmungsergebnis des 113. Ärztetages hatte sich noch keine Mehrheit für die Widerspruchslösung auf dem Deutschen Ärztetag gefunden. Damals sollten „alle anderen Optionen“ zur Erhöhung der Spendenbereitschaft ausgeschöpft werden, bevor auf die Widerspruchslösung zurückgegriffen werden sollte,⁴ die auf dem Ärztetag 2007 noch als zweitbeste, mit einem gewissen Unbehagen behaftete Lösung gesehen worden war. Dieses Unbehagen hatte 1978 dazu geführt, dass der Bundesrat eine schon damals von der Bundesregierung im Entwurf des Transplantationsgesetzes vorgesehene Widerspruchslösung abgelehnt hatte und für eine Zustimmungslösung eingetreten war: Wenn ein Widerspruch zur Explantation von Organen fehle, so die Argumentation, könne nicht auf eine Zustimmung geschlossen werden, da Schweigen als „nullum“ gewertet werden müsse.⁵

Gerade mit Blick auf die in der DDR seit 1975 geltende Widerspruchslösung war in Ost- und Westdeutschland auf der einen Seite die Problematik der Feststellung dieses Widerspruchs diskutiert (im Osten), auf der anderen Seite (im Westen) die Widerspruchslösung gelegentlich sogar als Spezifikum eines DDR-Unrechts angesehen worden.⁶ „Wer Willen und Recht der Toten und damit die Totenruhe nicht respektiert, macht auch mit den Rechten der Lebenden meist kaum viel Federlese“ resümierte beispielsweise ein Autor im Deutschen Ärzteblatt in der Rubrik „Aus der DDR“ 1981.⁷ Seitdem hat sich im wiedervereinigten Deutschland die Debatte aber in Richtung der Forderung nach einer Widerspruchslösung gedreht. Der Ruf nach dieser Lösung wird nun seit einigen Jahren fast einem Mantra ähnlich immer wiederholt, wenn von der Notwendigkeit der Steigerung der Spendenbereitschaft in Deutschland die Rede ist: Die Triebfeder war und ist der Wunsch, mehr Organe für notwendige, lebensrettende Transplantationen zu erhalten.

2018-12/gesetzentwurf-organspende-widerspruchsloesung-entscheidungsregelung-bundestag, abgerufen am 29.5.2019; Beerheide, Organspende: Widerspruchslösung umstritten, Dtsch Arztebl 2018; 115(49): A-2282.

4 Klinkhammer/Richter-Kuhlmann (Fn. 1).

5 Carstens, Organtransplantation: Zu den Gesetzentwürfen von Bundesregierung und Bundesrat, ZRP 1979, 282 ff.

6 Lohmeier/Gross, Der Diskurs über die rechtliche Regelung der Organtransplantation in West- und Ostdeutschland (1960-1989). Eine vergleichende Studie, Sudhoffs Archiv 97, H. 1 (2013), 39 (50f.).

7 Zel (anon), Auch die Leiche gehört dem Staat, Dtsch Arztebl 1981; 78(41): A-1946 (1946).

Der Mangel an Spenderorganen hat sich in den letzten Jahren verschärft. Seit vielen Jahren sinkt die Anzahl der in Deutschland durchgeführten Organtransplantationen stetig. Im Jahr 2017 erreichte sie – vermutlich auch in Folge von Transplantationsskandalen, die das Vertrauen in eine korrekte Verteilung und Vergabe der Organe erschüttert hatten, einen Tiefpunkt.⁸ In diesem Umfeld erscheinen Argumente für die Widerspruchslösung logisch, wie sie jüngst im Zusammenhang mit einem neuen Vorstoß des Gesundheitsministers Jens Spahn zu ihrer Einführung auch in Pro- und Contra-Rubriken von Tageszeitungen⁹ kolportiert wurden, auch wenn noch längst nicht alle anderen Möglichkeiten der Steigerung der Spendenbereitschaft ausgenutzt worden sind wie etwa Vertreter der „Deutschen Stiftung Organtransplantation“ (der deutschen Koordinierungsstelle für postmortale Organspenden) betonen.¹⁰ Die Argumente lauten:

- Die Zahl der Spender würde durch diese Art der Zustimmungsannahme vermutlich erhöht,
- dadurch werde individuelles Leid von auf Organe wartenden Personen vermindert,
- die Verstorbenen hätten keine Nachteile
- die Spendenbereitschaft sei höher als es aktive Zustimmungen durch beispielsweise das Ausfüllen eines Organspendeausweises nahelegten
- und da ein Widerspruch ja möglich sei, böte sich hier der beste Kompromiss zwischen einer Hilfsverpflichtung für andere Menschen und individuellen Rechten

8 *Eurotransplant*, Annual Report 2017, Figure 1.1.b; Nach dem Transplantationskandal: Bereitschaft zur Organspende sinkt“, Dtsch Arztebl 2013; 110(50): A-2402 / B-2116 / C-2040.

9 Siehe z.B. *Dowideit/Rasche*, Der Staat macht uns alle zu Organspendern – gute Idee oder Kopfgeburt?, Die Welt 4.9.2018, <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article181410186/Organspenden-Pro-und-Contra-zu-Jens-Spahns-Vorstoess.html>, abgerufen am 28.5.2019; *Schwinn*, Pro Widerspruchslösung: Die Entscheidung ist mündigen Bürgern zuzutrauen, Süddeutsche 1.1.2019, <https://www.sueddeutsche.de/politik/organspende-pro-widerspruchsloesung-1.4271435>, abgerufen am 28.5.2019.

10 Interview mit *Axel Rahmel* (medizinischer Vorstand der DSO) mit der Frankfurter Allgemeinen Zeitung in *Schläfer*, Spenderrückgang: „Wir brauchen eine Kultur der Organspende“, Frankfurter Allgemeine Zeitung 14.1.2018, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/deutsche-stiftung-organtransplantation-ueber-spendermangel-15397816.html>, abgerufen am 29.5.2019.

So logisch diese Argumente wirken, so sehr ist doch die Widerspruchslösung mit ethischen Problemen behaftet, die ich im Folgenden in vier Punkten adressieren möchte.

Das erste Problem der Widerspruchslösung liegt in der einfachen Setzung einer grundsätzlichen Bereitschaft zur Organspende im Falle des Hirntods. Das Hirntodkriterium wird nämlich nicht uneingeschränkt von allen Menschen akzeptiert, auch wenn es als Todeskriterium in manchen Diskursen unumstritten zu sein scheint. Das Hirntodkriterium folgt einer komplexen Diagnostik und die diagnostisch erhobenen Zeichen sind nicht allen Bürgerinnen und Bürgern bekannt oder intuitiv einleuchtend. Auch ist der Umgang mit dem Tod bzw. das Verständnis seiner Feststellung kulturell unterschiedlich und historisch verschiedenen Transformationen unterworfen gewesen, die bis heute nachwirken.¹¹ Nicht einmal der Deutsche Ethikrat war sich in einer Stellungnahme zum „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“ aus dem Jahr 2015 vollkommen einig, ob das Hirntodkriterium eine „hinreichende Bedingung für den Tod des Menschen“ sei.¹² Diese Umstände rechtfertigen eben gerade nicht die einfache Annahme, dass grundsätzlich alle Menschen bereit seien, im Falle der Feststellung eines Hirntods ihre Organe zu spenden, wie es die Widerspruchslösung nahelegt. Im Gegenteil: Die Komplexität des Hirntodkriteriums sollte eine aktive Auseinandersetzung mit der Diagnostik vor einer Zustimmung zur Organspende voraussetzen, um hier dann ein informiertes Einverständnis geben zu können (oder die Spende eben abzulehnen).

Das zweite Problem folgt aus der sich schon hier andeutenden Verschiebung der Ausgangsbasis der Entscheidung. Die Zustimmungslösung bezieht sich auf historisch gewachsene Vorstellungen von Sepulkralkultur. Diese gehen von einer familiären Kontinuität im Umgang mit dem Leichnam aus, im Rahmen derer die Totenruhe mit einer Unversehrtheit verbunden wird, die nur bei dokumentiertem oder mutmaßlichem Willen des/der Verstorbenen aufgehoben und zum Beispiel in der Organspende umgedeutet werden kann. Die Widerspruchslösung hingegen geht einfach davon aus, dass die Spendenbereitschaft mit der damit einhergehenden Öffnung und chirurgischen Intervention der Normalfall sei. Diese Annahme wiederum erschließt sich keineswegs aus dem bisher in Deutschland

11 Polianski/Imhof/Fangerau, Hirntoddiagnostik und Medizinethik. Eine Einordnung in die Geschichte und Theorie der Medizin, *Wege zum Menschen* 65(6), 501 ff.

12 *Deutscher Ethikrat*, Hirntod und Entscheidung zur Organspende, 2015, S. 84f., <https://www.ethikrat.org/-fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-hirntod-und-entscheidung-zur-organ-spende.pdf>, abgerufen am 28.5.2019.

geübten Umgang mit dem Leichnam, was sich allerdings in den kommenden Jahren auch ändern kann – wie der Blick in andere Länder zeigt, in denen die Widerspruchslösung gilt (u.a. Spanien oder Österreich). Bei der Widerspruchslösung würde also die aktive Zustimmung zur Nutzung des Leichnams für die Organtransplantation ersetzt durch die Nutzung der Körper hirntoter Menschen, wenn diese nicht vorsorglich widersprochen haben. Das Leid der Organempfänger rechtfertigt aus moralischer Sicht nicht zwingend eine solche Umkehrung einer aktiven Zustimmung in eine angenommene passive Nichtablehnung. Die aktive Zustimmung ist der Dreh- und Angelpunkt, denn nur durch eine solche können Personen eine Entscheidung für oder gegen Organspende nach eigenen Vorstellungen und Lebensplänen treffen, was eben voraussetzt, dass sie sich mit der Thematik beschäftigt haben und nicht unter Umgehung ihrer möglichen Vorstellung automatisch zu Spendern werden.

Dies führt zum dritten Problem: Wäre es vorstellbar, dass Widerspruchslösungen in allen Bereichen des menschlichen Lebens zum Tragen kommen? Diese rhetorische Frage berührt den kategorischen Imperativ Immanuel Kants als ethisches Grundprinzip. Wenn seiner Universalismusformel „handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“¹³ gefolgt wird, dann hieße die Umsetzung in der Widerspruchslösung, dass sie grundsätzlich auch in anderen Fällen des Umgangs mit dem Leichnam als dem der Organentnahme zu Transplantationszwecken zum Tragen kommen müsste. Hier eröffnen sich nun verschiedenste Ebenen, die in konsequentem Fortdenken Szenarien aufscheinen lassen, in denen eine reine Widerspruchslösung zumindest auf Widerspruch stoßen dürfte. Die konsequente Umsetzung könnte zum Beispiel bedeuten, dass Leichname grundsätzlich – es sei denn, es existiere ein vorsorglicher Widerspruch – für den Anatomiekurs im Medizinstudium, chirurgische Übungen oder militärärztliche Übungszwecke zur Verfügung stehen müssten. Da diese Nutzungsbereiche momentan nicht konsensfähig sind, müsste die Widerspruchslösung allgemein keine Maxime werden können, von der man wollen kann, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.

Dies führt zum letzten und vielleicht wichtigsten Problem, nämlich der Frage, wer widersprechen kann und wer widersprechen darf. Der Einwand gegen alle bisher vorgebrachten Argumente, dass diejenigen, die eine Organentnahme für die Transplantation nicht akzeptieren, ja widersprechen

13 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe Kant Werke IV, 1968, S. 421, 7f.

können, verfängt nicht wirklich, wenn den Betroffenen aus welchem Grund auch immer die Möglichkeit oder Fähigkeit zum Widersprechen fehlt(e). Dies kann beispielsweise bei Personen mit erhöhtem Unterstützungsbedarf der Fall sein, wenn niemand sie angemessen informiert hat und sie keine Fürsprecher haben, die ihrem Willen Ausdruck geben. Gerade vulnerable Gruppen werden durch eine Widerspruchslösung eventuell in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt, wenn bei Ihnen eine Grundakzeptanz des Hirntodkriteriums als gesetzt betrachtet wird, eine putative Akzeptanz, die nicht notwendiger Weise auf ihre Zustimmung stößt, die aber wiederum nie erfragt wurde. Allein schon deshalb kann aus Gerechtigkeitserwägungen, die auf den Schutz der in einer Gesellschaft am schlechtesten gestellten Personen abzielen, eine reine Widerspruchslösung keine Lösung sein.

Kurzum, der Ruf nach der Widerspruchslösung erscheint bezogen auf das Ziel einer Erhöhung der Organspenderzahl vielleicht eine logische Forderung zu sein. Sie würde – so legen Ländervergleichsstudien nahe – eventuell helfen, die Zahl der Spender und gespendeten Organe zu steigern, auch wenn die Widerspruchslösung nur ein Faktor neben anderen (z.B. verbesserte Transplantationsinfrastrukturen, Öffentliche Präsenz des Themas, allgemeine Haltung) darstellt.¹⁴ Es besteht kein Zweifel daran, dass die Zahl der Spendenorgane insgesamt erhöht werden muss, um Leid von potentiellen Empfänger/-innen und ihren Angehörigen zu minimieren. Gleichwohl erscheint die Widerspruchslösung aus mehreren Gründen problematisch. Auch ihre Einhegung durch rechtliche Rahmen befriedigt mit Blick auf die Geschichte nur bedingt, wenn die historischen Erfahrungen im Umgang mit vulnerablen Gruppen an ihrem Schutzbedarf gemessen werden. Eine aktive Zustimmung oder Ablehnung erscheint – auch wenn sie regelhaft eingefordert wird – in jedem Fall dem Primat der Selbstbestimmung auch in Bezug auf den eigenen Leib besser zu genügen als die Annahme einer Zustimmung durch (ggfls. unabsichtliches) Schweigen.

Zu Recht hält der medizinische Vorstand der DSO fest, dass das Problem der sinkenden/niedrigen Spendenzahlen auch mit dem Thema Vertrauen zusammenhänge, wenn er in einem Zeitungsinterview anmerkt: „Aber die Ursachen für die niedrigen Spenderzahlen sind tiefgründiger. Zudem gilt: Vertrauen zu verlieren ist ganz leicht. Vertrauen zurückzuge-

14 *Rithalia/McDaid/Suekarran/Myers/Sowden*, Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review, *British Medical Journal* 338: a3162.

winnen ganz schwierig. Es müssen viele Faktoren zusammenkommen, um die Organspende voranzubringen.¹⁵ Plädoyers für die Widerspruchslösung setzen am falschen Ende an, sie taugen nicht dazu, Vertrauen zu gewinnen oder eine Spenderkultur zu stären. Sie erzeugen eher den Verdacht, dass gerade in diesem sensiblen Feld des Umgangs mit dem menschlichen Tod und dem Leichnam Anlass zur Sorge bestünde, dass Organexplantationen eventuell gegen den Willen von Betroffenen, die nicht aktiv werden wollten oder konnten, durchgeführt werden könnten.

15 *Schläfer* (Fn. 10).