

Die Begrenzung des Spenderkreises im Rahmen der Lebendorganspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf verfassungsrechtlichem Prüfstand

Zugleich eine Einführung in die verfassungsrechtlichen Anforderungen an paternalistisch motivierte Gesetzgebungsakte

Von Diplom-Jurist **David Georg Stark**, Hamburg*

Die gesetzgeberische Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz (nachfolgend: TPG) wirft eine Vielzahl insbesondere ethischer und verfassungsrechtlicher Probleme auf. Die Legitimität paternalistischen Staatshandelns stellt hier ein zentrales Problem unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten dar. Muss der Gesetzgeber diesbezüglich im Rahmen der Schaffung eines einfachrechtlichen Rahmens der Lebendorganspende jedenfalls partiell restriktive Zulässigkeitskriterien aufstellen oder überschreitet er bereits mit der derzeitigen Ausgestaltung der Lebendorganspende den zulässigen verfassungsrechtlichen Rahmen? Die Begrenzung des Empfängerkreises bei Lebendorganspenden verdeutlicht die derzeitige restriktive Ausgestaltung der Möglichkeit einer Lebendorganspende. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG verlangt bei der Lebendorganspende „einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe“ eine Begrenzung des Empfängerkreises auf „Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Dieses Verbot wird durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 TPG strafrechtlich abgesichert. Ziel dieses Beitrages ist eine Darstellung der Regelungen des TPG sowie der signifikanten grundrechtlich gewährleisteten Schutzpositionen der verschiedenen Akteure innerhalb des Prozesses der Lebendorganspende am Beispiel des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sowie eine Aufzeigung der Verfassungswidrigkeit dieser Norm. Hierdurch soll zudem eine Einführung in die Rechtfertigung paternalistisch motivierter Normen unter der Geltung des Grundgesetzes gegeben werden. Eine umfassende Darstellung aller Argumentationsansätze bezüglich der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kann nicht Gegenstand dieses Beitrags sein.¹

I. Regelungen des TPG

Das TPG wurde 1997 kodifiziert² und seitdem mehreren Änderungen unterzogen.³ Das bundesgesetzliche⁴ TPG unter-

scheidet die postmortale Organspende (§§ 3-7 TPG) sowie die Lebendorganspende (§§ 8-8c TPG). Identisch bei beiden Arten der Organspende sind lediglich die Begrenzung der Durchführung der Organübertragung auf Transplantationszentren (§ 9 Abs. 2 S. 1 TPG) sowie die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 17 TPG mit der Intention des Schutzes vor einem Handel mit Organen. Voraussetzungen der postmortalen Organspende sind gemäß §§ 3 f. TPG insbesondere der irreversible Gesamtausfall von Hirnstamm, Kleinhirn und Großhirn⁵ sowie die Zustimmung des Betroffenen zu Lebzeiten oder die diesbezügliche Erklärung eines nächsten Angehörigen (Legaldefinition in § 1a Nr. 5 TPG) nach Eintritt des Hirntods.⁶ Voraussetzungen einer Lebendorganspende sind neben der informierten Einwilligung mit dem festgeschriebenen Inhalt des Aufklärungsgesprächs gemäß § 8 Abs. 2 TPG die Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit des potentiellen Spenders, eine medizinische Eignung als Organspender und das voraussichtliche Nichtbestehen einer über das Risiko der Operation oder der direkten Folgen der Organentnahme hinausgehenden Gefahr für den potentiellen Organspender. Zudem muss der potentielle Organempfänger durch die Lebendorgantransplantation jedenfalls die Möglichkeit einer Besserung hinsichtlich möglicher Beschwerden erfahren. Zusätzlich muss der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen werden und im Falle einer Organtransplantation ein Einverständnis des potentiellen Organempfängers und des potentiellen Organspenders bezüglich einer ärztlichen Nachbetreuung bestehen. Die Einhaltung des restriktiven Spenderkreises bei der Übertragung bestimmter Organe und Organteile, wessen Kriterien in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genannt sind, ist zu beachten. Ferner sind die Mitwirkung einer Expertenkommission gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 TPG sowie die Beachtung der Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG zu berücksichtigen. Additional zu den Zulässigkeitskriterien der post-

Rixen, in: Höfling (Hrsg.), TPG, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Einführung Rn. 1 ff.

³ Inter alia: Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz v. 12.7. 2012 = BGBl. I 2012, S. 1504; Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes v. 21.7. 2012 = BGBl. I 2012, S. 1601; zuletzt Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung v. 15.7.2013 = BGBl. I 2013, S. 2423.

⁴ Kompetenztitel: Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG.

⁵ Hierzu *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 131 Rn. 7 ff.

⁶ Zu diesem Modell der erweiterten Zustimmung zur postmortalen Organentnahme: *Schroth*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, Kommentar, 2005, Vorbemerkung zu §§ 3 und 4 Rn. 44.

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie, Prof. Dr. Marion Albers, Universität Hamburg. Der Lehrstuhlinhaberin sei für wertvolle Anregungen gedankt.

¹ Diesbezüglich siehe nur *Esser*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, 2000, S. 149 ff.; *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 142 ff.

² Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) v. 5.11.1997 = BGBl. I 1997, S. 2631; zum Entstehungshintergrund des TPG

mortalen Organspende sowie der Lebendorganspende regelt das TPG insbesondere den organisatorischen Prozess der Organspende (§§ 9-12 TPG) sowie die Kompetenz der Bundesärztekammer zum Erlass von Richtlinien bezüglich der Ausgestaltung der postmortalen Organspende (§§ 16-16b TPG).

II. Lebendorganspende in der Praxis

Neben Nieren werden auch Teile der Bauchspeicheldrüse, des Dünndarms, der Leber und der Lunge im Rahmen einer Lebendorganspende regelmäßig transplantiert.⁷ Für das Jahr 2014 konstatierte die Deutsche Stiftung Organspende generell ein „sehr niedrige[s] Niveau“ an Organspendern.⁸ Insgesamt wurden 2014 innerhalb Deutschlands 678 Organe durch eine Lebendorganspende transplantiert, welches 17,6% aller Organspenden aus dem Jahr 2014 entspricht.⁹ Hierbei handelt es sich hauptsächlich um Nierenlebendspenden. 2014 wurden insgesamt 620 Nierenlebendspenden innerhalb Deutschlands durchgeführt.¹⁰

III. Verdeutlichung der Konflikte im Rahmen einer Lebendorganspende anhand der Darstellung eines durch das Bundesverfassungsgericht gewürdigten Lebenssachverhalts

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher im Hinblick auf die Lebendorganspende keine verbindliche Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der diesbezüglichen Vorschriften des TPG gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG getroffen. Lediglich in einem Nichtannahmebeschluss vom 11.8.1999¹¹ hat sich das Bundesverfassungsgericht mit der Lebendorganspende auseinandergesetzt. In diesem hat die 1. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts drei Individualverfassungsbeschwerden bezogen auf einen identischen Lebenssachverhalt zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Ein Beschwerdeführer litt an terminaler Niereninsuffizienz und Diabetes und benötigte eine neue Niere. Er trug vor, dass aufgrund seiner Gefäßsituation eine Dialysebehandlung nur noch für einen kurzen Zeitraum möglich sei. Seine Operationstauglichkeit sei aufgrund seines abnehmenden körperlichen Zustandes nicht mehr über einen längeren Zeitraum gewährleistet. Aufgrund der geringen Wahrscheinlichkeit des Erhalts eines postmortal gespendeten Organs sei lediglich eine Lebendorganspende zum Erhalt seines Lebens möglich. Ein geeigneter Lebendspender im eingeschränkten Personenkreis des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bestünde nicht. Ein weiterer Beschwerdeführer verfolgte das Ziel, dem ersten Beschwerdeführer aus rein altruistischen Gründen eine Niere zu spenden. Seine

Motivation hierzu sei unter anderem aus dem Kontakt mit einem dialysepflichtigen Familienmitglied entstanden. Eine über dieses gemeinsame Interesse hinausgehende Beziehung zwischen den beiden Beschwerdeführern bestand nicht. Ein dritter Beschwerdeführer ermittelte, in seiner Funktion als Leiter der Sektion Organtransplantation und Thoraxchirurgie der Klinik für Chirurgie an der Medizinischen Universität zu Lübeck, auf Wunsch des zweiten Beschwerdeführers den ersten Beschwerdeführer als diejenige Person, welche für eine Nierenlebendspende durch den zweiten Beschwerdeführer objektiv am besten geeignet sei. Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sowie dessen strafrechtliche Absicherung, welche aufgrund der nicht bestehenden nahen Verbindung zwischen dem ersten und zweiten Beschwerdeführer einer Lebendorganspende im vorliegenden Fall entgegenstanden. Das Bundesverfassungsgericht erkannte die Verfassungsbeschwerden als zulässig an, nahm diese jedoch nicht zur Entscheidung an. Es kam im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses, nach einer in dieser verfahrensrechtlichen Situation ungewöhnlich ausführlichen Erörterung,¹² zu dem Ergebnis der Verfassungskonformität der angegriffenen Regelungen. Dieser Nichtannahmebeschluss verdeutlicht in besonderer Weise die Konflikte im Rahmen einer Lebendorganspende, welche bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung dieses Themenkomplexes zu beachten sind: Primär ist das dreipolige Verhältnis¹³ zwischen Arzt, potentiellm Organspender und potentiellm Organempfänger, in welchem das Verfassungsrecht einen zulässigen legislativen Ausgestaltungsrahmen der grundrechtlich geschützten Interessen der beteiligten Akteure aufzeigen muss, anhand dieses Nichtannahmebeschlusses in hervorragender Weise nachzuvollziehen. Sekundär demonstriert dieser Lebenssachverhalt die enorme Schwierigkeit, mit welcher sich der lediglich die Möglichkeit der Schaffung eines abstraktregelnden Ausgestaltungsrahmens dieses Verfahrens besitzende Gesetzgeber bei der Kodifikation des TPG konfrontiert sah. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall einer sogenannten altruistischen Lebendspende von Organen imponiert prima facie: Es stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Strafbewehrung einer derartigen Organspende, welche als selbstloser Akt von Menschlichkeit und Nächstenliebe verstanden werden kann. Jedoch klammert diese einseitige Betrachtung insbesondere die Schwierigkeit der Sicherstellung eines freiwilligen Spenderwillens sowie der Sicherstellung der Motivation des potentiellen Organspenders aus oben aufgezeigten rein altruistischen Motiven aus. Das Verfassungsrecht muss hier den Rahmen aufzeigen, in welchem der Gesetzgeber die Gefahr unbilliger Motivationen und der möglichen fehlenden Freiwilligkeit von Spenderentscheidungen sowie die Möglichkeit altruistisch motivierter und freiwilliger diesbezüglicher Spenderentscheidungen in einen verfassungsgemäßen Ausgleich bringen kann und muss. Zentral ist innerhalb dieses Interessenausgleichs, inwieweit der Ge-

⁷ Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009, S. 56 ff.

⁸ Deutsche Stiftung Organspende, Organspende und Transplantation in Deutschland, Jahresbericht 2014, S. 4 (unter https://www.dso.de/uploads/tx_dsodl/JB_2014_Web_1.pdf [26.1.2016] abrufbar).

⁹ Deutsche Stiftung Organspende (Fn. 8), S. 62.

¹⁰ Deutsche Stiftung Organspende (Fn. 8), S. 64.

¹¹ BVerfG (K) NJW 1999, 3399.

¹² Rixen (Fn. 2), Einführung Rn. 6.

¹³ Vgl. zur Betroffenheit im dreipoligen Verhältnis im Verfassungsrecht allgemein BVerfGE 77, 84 (100).

setzgeber potentielle Organspender in ihrer Entscheidungsfindung vor sich selbst schützen darf und muss.

IV. Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Nachfolgend wird die Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG dargestellt. Mögliche Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 4 GG finden aufgrund ihrer besonderen Abhängigkeit von dem jeweiligen spezifisch zu untersuchenden Lebenssachverhalt vorliegend keine Beachtung.

1. Grundrechtliches Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders

Das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht, welches in seiner dogmatischen Verankerung umstritten ist und richtigerweise aufgrund seiner inhaltlichen Nähe zu den Schutzgütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in diesen Grundrechtsgewährleistungen fußt,¹⁴ gewährleistet dem potentiellen Organspender körperliche Selbstbestimmung.¹⁵ Die Entscheidung der Lebendspende eines Organs stellt unzweifelhaft einen Akt körperlicher Selbstbestimmung dar und fällt mithin in diesen Schutzbereich.¹⁶

Fraglich ist, ob vorliegend durch die Beschränkung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in dieses Recht eingegriffen wird. Die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG führt dazu, dass potentielle Organspender ohne die geforderte Nähebeziehung zu einem potentiellen Organempfänger zu Lebzeiten keine Organe spenden dürfen. Somit ist bezüglich derartiger Bestrebungen ein selbstbestimmtes Handeln potentieller Organspender nicht möglich. Allerdings darf die selbstbestimmte Entscheidung zu einer Lebendorganspende weiterhin geäußert werden, lediglich die Durchführung im Rahmen des geltenden Rechts ist vorliegend verwehrt. Hier ist eine Abgrenzung dieses möglichen Eingriffs zur Figur der Grundrechtsausgestaltung notwendig. Prima facie betrachtet ermöglicht der Gesetzgeber durch die Institutionalisierung der Lebendorganspende in insbesondere § 8 TPG die Durchführung von Lebendorganspenden und gestaltet somit das System der Lebendorganspende aus. Ohne die Schaffung dieses rechtlichen Rahmens im vorliegenden Mehrpersonenverhältnis wäre eine Lebendorganspende in der derzeit prak-

tizierten Form nicht möglich.¹⁷ In dem vorliegend bestehenden sehr sensiblen Bereich der körperlichen Selbstbestimmung würde ein derart weites Ausgestaltungsverständnis den Gesetzgeber jedoch unter Umständen in unzulässiger Weise von Anforderungen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung befreien können.¹⁸ Die Begrenzung des Spenderkreises schränkt vordergründig die Möglichkeit von Lebendorganspenden ein und beschränkt sich nicht auf eine Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens dieses Prozesses.¹⁹ Zudem stellt § 8 Abs. 1 S. 2 TPG eine Einschränkung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden gegenüber der Rechtslage vor der Kodifikation des TPG dar, welches die Eingriffsqualität dieser Regelung unterstreicht.²⁰ Mithin stellt die Begrenzung des Spenderkreises einen Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht dar.

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG müsste den Anforderungen an einschränkende Gesetze des grundrechtlichen Patientenselbstbestimmungsrechts des potentiellen Organspenders genügen. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG als Parlamentsgesetz schränkt vorliegend das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht formell verfassungsgemäß ein. Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeitsprüfung bestehen Probleme hinsichtlich der Bestimmtheit der Norm. Die Formulierung des Kreises zulässiger potentieller Organempfänger als „Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ könnte zu unbestimmt sein. Das in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Bestimmtheitsgebot fordert, dass staatliches Handeln derart bestimmt ist, dass dies für den Bürger vorausschaubar ist.²¹ Dies verbietet dem Gesetzgeber jedoch nicht die Nutzung unbestimmter Rechtsbegriffe.²² Vorliegend lässt sich der Norm entnehmen, dass die besonders problematische Formulierung der „besondere[n] persönliche[n] Verbundenheit“ insbesondere eine innere Verbundenheit von einiger Intensität zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger fordert.²³ Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass regelmäßig „eine gemeinsame Lebensplanung mit innerer Bindung“²⁴ grundlegend für der-

¹⁴ *Literatur*: allgemeines Persönlichkeitsrecht (Zuck, NJW 1991, 2933) sowie Art. 2 Abs. 1 GG (Esser [Fn. 1], S. 63 ff.); Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Höfling/Lang, in: Feuerstein/Kuhlmann [Hrsg.], Neopaternalistische Medizin, 1999, S. 17 [18 ff.]); BVerfG: nach unterschiedlichen Meinungen in BVerfGE 52, 131 (168: Art. 2 Abs. 1 GG sowie 171 ff.: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) nunmehr Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (BVerfGE 89, 120 [130]).

¹⁵ Konkretisierung anhand ausgewählter Beispiele des Biomedizinrechts: Taupitz, in: Krzemiński/Žorniak (Hrsg.), *Ethics & Medicine*, Tschechisch-slowakisch-polnische Tagung, 2009, S. 121.

¹⁶ Lediglich auf die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG abstellend Schreiber (Fn. 1), S. 157 ff.

¹⁷ Deutscher Bundestag, Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Organlebendspende, 2005 = BT-Drs. 15/5050, S. 19.

¹⁸ Zu der Überlegung der Unterscheidung der verfassungsrechtlichen Prüfung von Eingriffen und Ausgestaltungen einer grundrechtlichen Gewährleistung allgemein und den hiervon ausgehenden Gefahren Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 64.

¹⁹ Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, 2013, S. 87; BT-Drs. 15/5050, S. 19 (additional mögliche ausgestaltende Elemente des § 8 Abs. 1 S. 2 ansprechend).

²⁰ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

²¹ BVerfGE 83, 130 (145); Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3 Rn. 289.

²² BVerfGE 80, 103 (108).

²³ Dies unter anderem nennend Schreiber (Fn. 1), S. 146.

²⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 21.

artige Beziehungen ist. Trotz der streitbaren Judikatur insbesondere des Bundessozialgerichts zur Zulässigkeit der sogenannten „Cross-Over-Lebendspende“²⁵ ist die diesbezügliche Formulierung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mithin mit den juristischen Mitteln der Gesetzesauslegung hinreichend bestimmbar.²⁶ In einer Zeit, in welcher viele sehr vertraute Beziehungen außerhalb des staatlichen Verständnisses von Ehe und Familie stattfinden, ist eine weitergehende Konkretisierung durch den Gesetzgeber zudem jedenfalls nur sehr schwer möglich.²⁷ Zentral im Rahmen der Würdigung der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG. Bezüglich der Verhinderung von Organhandel und der Sicherstellung der freiwilligen Spenderentscheidung als Zwecke dieser Norm²⁸ ergeben sich bereits bei der Prüfung der Geeignetheit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zum Erreichen dieser Zwecke Probleme. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Begrenzung des Empfängerkreises einer Organspende die Freiwilligkeit dieser Entscheidung sichern kann.²⁹ Sogar der Gesetzgeber erkennt einen „starken Aufforderungscharakter [...] bei Spenden in der eigenen Familie“³⁰ und lässt keine Vorteile der Sicherstellung einer freiwilligen Entscheidungsfindung in Verhältnissen besonderer Nähe zwischen potentiell Organspender und potentiell Organempfänger erkennen. Bezüglich der Bekämpfung von Organhandel als legitimem Zweck des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist nicht nachvollziehbar, inwiefern diese Gefahr jedenfalls häufiger in Beziehungen zwischen potentiell Organspender und potentiell Organempfänger ohne Näheverhältnis besteht und somit § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die Verhinderung des Organhandels fördert.³¹ Es kann sogar argumentiert werden, dass § 8 Abs. 1 S. 2 TPG durch seine Eingrenzung des Empfängerkreises zur Organknappheit beiträgt, welche eine Voraussetzung für den Anstieg von Organhandel ist.³² Mithin ist § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedenfalls nicht geeignet zum Erreichen dieser Zwecke.³³ Als zusätzlichen

Zweck des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erkennt das Bundesverfassungsgericht richtigerweise den Umstand an, dass durch diese Vorschrift die Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende verdeutlicht und verstärkt wird und sieht hierin ein „legitimes Gemeinwohlanliegen [...] Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“³⁴. Mithin stellt sich das Problem der Legitimität paternalistisch geprägter Gesetzgebungsakte. Es scheint prima facie offensichtlich, dass unter dem Grundgesetz, welches jedenfalls partiell in liberalistischen Denkmustern verwurzelt ist,³⁵ die Aufgabe der Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften jedenfalls eine anspruchsvolle Aufgabe darstellt. Die ihrer Intention nach freiheitssichernden Grundrechte gegenüber staatlichen Eingriffen umschließen nach unstreitiger Meinung auch die Freiheit, risikoreiche Handlungen durchzuführen, sofern nicht Interessen Außenstehender oder der Allgemeinheit entgegenstehen.³⁶ Die Literatur unterscheidet im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung paternalistisch motivierten Staatshandelns in Anlehnung an die Philosophie³⁷ richtigerweise zwischen dem sogenannten harten und weichen Paternalismus.³⁸ Im Rahmen des sogenannten harten Paternalismus bestimmt der Staat oder die Gesellschaft die Interessen des jedenfalls als autonomiefähig fingierten³⁹ Individuums.⁴⁰ Im Rahmen des weichen Paternalismus hingegen werden Normen aus der Sicht des Rechtsgutsinhabers „für und gegen“⁴¹ diesen kodifiziert. Dieses Modell schützt mithin die Interessen des Rechtsgutsträgers bei (jedenfalls angenommenem) Nichtbestehen der Fähigkeit zur autonomen Entscheidungsfindung.⁴² Fraglich ist, unter welches Konzept die Einschränkung des Empfängerkreises von Lebendorganspenden gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zu subsumieren ist. Die Qualifizierung der Regelung als hart oder weich paternalistisch hängt gemäß den obigen Ausführungen von der Frage ab, ob vorliegend mögliche Lebendorganspender grundsätzlich zur eigenen Entscheidungsfindung ausreichend qualifiziert sind.⁴³ Die Zustimmung zu einer Lebendorganspende stellt keine

²⁵ BSGE 92, 19; zusammenfassend zu diesem Problem: *Augsberg*, in: Höfling (Fn. 2), § 8 Rn. 66 ff.

²⁶ Auch *Schreiber* (Fn. 1), S. 145 ff.; anders sowie insbesondere auf Art. 103 Abs. 2 GG abstellend *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, 2004, S. 90 ff.

²⁷ Dieses Argument anführend *Gutmann*, MedR 1997, 147 (149).

²⁸ BT-Drs. 13/4355, S. 20.

²⁹ *Pfeiffer* (Fn. 26), S. 102.

³⁰ Im Rahmen der besonderen Konstellation einer Enquete-Kommission (Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin) BT-Drs. 13/4355, S. 36.

³¹ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), 2001, S. 98 (unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/29.pdf> [26.1.2016] abrufbar).

³² Dies erörternd, jedoch im Ergebnis die Geeignetheit der Maßnahme aufgrund der legislativen Einschätzungsprärogative zweifelnd annehmend *Esser* (Fn. 1), S. 166 f.

³³ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 148 f.

³⁴ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

³⁵ *Thieme*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 113 (1957), 285.

³⁶ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 18), § 191 Rn. 244; BVerfGE 10, 302; 60, 123; umfassend zu diesbezüglichen Einschränkungsmöglichkeiten *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 158 ff.

³⁷ *Feinberg*, Harm to Self, 1986, S. 12.

³⁸ Siehe nur *Schroth*, JZ 1997, 1149 (1153); *Merkel*, in: *Hegselmann/Merkel* (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1991, S. 71 (82).

³⁹ Konflikt der Autonomiefähigkeit, siehe nur *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, passim.

⁴⁰ *Merkel* (Fn. 38), S. 82.

⁴¹ *Merkel* (Fn. 38), S. 82.

⁴² *Feinberg* (Fn. 37), S. 12.

⁴³ Diese Frage ist zentral für die Diskussion der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung paternalistischen Staatshandelns im Allgemeinen, vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 89.

Entscheidung dar, welche aufgrund ihrer Risiken für das einzelne Individuum nicht zu überblicken ist.⁴⁴ Die notwendigen, jedenfalls kurzfristigen, gesundheitlichen Einschränkungen des Spenders stellen zudem auf faktischer Ebene ausreichend sicher, dass eine derartige Entscheidung Ergebnis eines intensiven Entscheidungsfindungsprozesses des potentiellen Organspenders ist.⁴⁵ Einfachgesetzlich verdeutlicht dies § 8 Abs. 3 TPG, welcher aussagt, dass die autonome Entscheidung des Spenders von zentraler Signifikanz für eine Lebendorganspende ist.⁴⁶ Es handelt sich mithin um eine hart paternalistische Regelung.⁴⁷ Paternalistische Vorschriften sind grundsätzlich lediglich im Rahmen des sogenannten weichen Paternalismus verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.⁴⁸ Nach richtiger Ansicht widerspricht eine Rechtfertigung von Vorschriften des harten Paternalismus im Grundsatz der Vorstellung des Grundgesetzes, dass der Mensch eine „mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘“⁴⁹ sei.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht ist von diesem Grundsatz in einigen Konstellationen zur Stärkung des Gesundheitsschutzes des Betroffenen abgewichen.⁵¹ Hierbei handelt es sich jedoch ausschließlich um Handlungen im Alltag, welche Bürger oft reflexartig ausführen ohne kognitiv über mögliche Risiken nachzudenken, und welche zudem für die Bildung der Persönlichkeit nicht von Signifikanz sind.⁵² Diese Situationen verlaufen jedoch diametral zu der Situation der Lebendorganspende:⁵³ Hier verbietet der Staat einem Menschen durch eine Lebendorganspende einem anderen Menschen außerhalb des Empfängerkreises gemäß § 8

Abs. 1 S. 2 TPG eine Lebensverlängerung zu schenken. Diese Entscheidung stellt aufgrund der sich hieraus ergebenden zukünftigen, jedenfalls kurzfristigen, gesundheitlichen Einschränkungen sowie der möglichen Bedeutung dieser Entscheidung für die Persönlichkeit des Spenders keine mit diesen Fällen vergleichbare alltägliche Situation dar. Mithin ist im Rahmen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG eine auf paternalistische Motive gestützte Einschränkung bereits kein legitimer Zweck einer Grundrechtseinschränkung.⁵⁴ Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Restriktion des Empfängerkreises bei der Lebendorganspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines legitimen Zweckes ist.

2. Leben und körperliche Unversehrtheit des potentiellen Organspenders, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG schützt die körperliche Unversehrtheit und Art. 2 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GG das Leben als einen „Höchstwert“⁵⁵ der Verfassung. Beide Schutzgüter werden durch eine mögliche Lebendorganspende auf Seiten des potentiellen Organspenders tangiert.

Es ist fraglich, inwieweit die Entnahme eines zu spendenden Organs einen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und das Grundrecht auf Leben des potentiellen Organspenders darstellt und mithin unter diesem Blickwinkel verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen. Die körperliche Unversehrtheit wird durch die Entnahme eines Organs bei dem zuvor gesunden Spender beeinträchtigt.⁵⁶ Auch die grundrechtliche Gewährleistung des Lebensschutzes könnte durch eine Lebendorganspende, welche beispielhaft in Gestalt der Nierenlebendspende ein Letalitätsrisiko in Höhe von 0,03% besitzt,⁵⁷ beeinträchtigt sein. Es erscheint offenkundig, dass eine final auf den Tod des Organspenders gerichtete Eingriffshandlung in dem Prozess der Lebendorganspende nicht zu identifizieren ist. Jedoch könnte ein faktischer Grundrechtseingriff vorliegen. Problematisch ist in diesem Kontext primär die Würdigung der Lebensbedrohung durch eine Wahrscheinlichkeit. Der grundrechtliche Eingriffsbegriff müsste vorliegend somit das „Risiko der Schutzgutbeeinträchtigung“⁵⁸ umfassen. Richtigerweise verortet das Bundesverfassungsgericht Grundrechtsgefährdungen grundsätzlich „im Vorfeld verfassungsrechtlich relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen“⁵⁹. Eine Gleichsetzung von Grundrechtsgefährdung und Grundrechtseingriff ist vor dem Hintergrund der Signifikanz des Grundrechts auf Leben jedoch jedenfalls in Fällen notwendig, in denen die Gefahr für das grundrechtlich geschützte Gut zumindest eine „naheliegende“ und „konkrete“ Gefahr ist.⁶⁰ Dies ist vorliegend, schon durch

⁴⁴ Aktuelle Bewertung als „überschaubare[s] und einschätzbare[s] Risiko“: Winter, *Psychologie der Lebendorganspende*, 2015, S. 342.

⁴⁵ Hier jedoch eine Gefahr der unfreiwilligen Entscheidungsfindung erkennend insbesondere Seidenath, *MedR* 2000, 33.

⁴⁶ Lomb, *Der Schutz des Lebendorganspenders*, 2012, S. 16.

⁴⁷ Pfeiffer (Fn. 26), S. 101.

⁴⁸ Schroth, *JZ* 1997, 1149 (1153 f.); Diese haben „in einer liberalen, demokratischen und säkularisierten Gesellschaft einen erheblichen Legitimationsvorsprung“ vor der Rechtfertigung hart paternalistisch motivierter Normen, vgl. Merkel (Fn. 38), S. 84; Teilweise wird sogar angenommen, weich paternalistisch motivierte Normen würden nicht einmal ein Problem des Paternalismus darstellen (Merkel [a.a.O.], S. 82; Feinberg [Fn. 37], S. 12 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 5, 85 (204).

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso Schwabe, *JZ* 1998, 66 (69 f.).

⁵¹ BVerfGE 59, 275 (Schutzhelm für Kraffradfahrer); BVerfGE (K) NJW 1987, 180 (Gurtanlagepflicht für Kraftfahrzeugführer); BVerfGE 90, 145 (Umgang mit Cannabisprodukten); beispielsweise nicht beim Schutz vor einer möglichen Verwahrlosung einer Person (BVerfGE 22, 180 [219 f.]); Teilweise stellen diese Entscheidungen jedoch in unzulässigem Maße auf Gemeinwohlbelange ab (siehe zum Beispiel des Urteils zur Gurtanlagepflicht für Kraftfahrzeugführer Möller, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 14).

⁵² Diese grundsätzlichen Unterschiede herausstellend Gutmann, *NJW* 1999, 3387 (3388).

⁵³ Gutmann, *NJW* 1999, 3387 (3388).

⁵⁴ Anders Schreiber (Fn. 1), S. 147 f.

⁵⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶ Hagen (Fn. 19), S. 73.

⁵⁷ Najarian/Chavers/McHugh/Matas, *The Lancet* 340 (1992), 807.

⁵⁸ Murswiek, *VVDStRL* 57 (1998), 129 (130).

⁵⁹ BVerfGE 51, 324 (346).

⁶⁰ BVerfGE 51, 324 (346); bereits bei „einer nur entfernten Schadenseintrittswahrscheinlichkeit“ einen Eingriff bejahend

das allgemeine Operationsrisiko, der Fall und somit kann ein Eingriff in das Grundrecht auf Leben des potentiellen Organ spenders durch die Entnahme eines zu transplantierenden Organs angenommen werden.⁶¹ Problematisch jedenfalls bezüglich der dargestellten Grundrechtseingriffe in die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist, dass diese primär durch Handlungen der in diesen Prozess involvierten Transplantationschirurgen beeinträchtigt werden.⁶² Grundsätzlich ist eine Grundrechtsbindung unter Privaten dem primär abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte fremd.⁶³ Hier könnten jedoch jedenfalls grundrechtliche Schutzpflichtdimensionen einschlägig sein.⁶⁴ Fraglich ist jedoch bereits, ob derartige Schutzpflichten im vorliegenden Fall einer Einwilligung in die Organentnahme, welche das TPG in § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b zwingend voraussetzt, Beachtung finden dürfen. Zentral könnte hier die Figur des Grundrechtsverzichts sein.⁶⁵ Ein wirksamer Grundrechtsverzicht setzt vorliegend jedenfalls eine, auf eine ausreichende Aufklärung gestützte, autonome Einwilligung sowie eine Dispositionsbefugnis über das geschützte Gut voraus.⁶⁶ Eine autonome Entscheidung besteht im Regelfall einer Entscheidung zur Lebendorganspende,⁶⁷ Probleme hinsichtlich der sehr problematischen Dispositionsbefugnis über insbesondere das grundrechtliche Recht auf Leben⁶⁸ scheinen insbesondere aufgrund des geringen Komplikationsrisikos⁶⁹ und der hierdurch entstehenden Möglichkeit der Rettung eines anderen Menschenlebens nicht von zentraler Bedeutung in dem vorliegenden Kontext zu sein. Mithin kann ein zulässiger Grundrechtsverzicht vorliegend angenommen werden.⁷⁰

3. Leben und körperliche Unversehrtheit des potentiellen Organempfängers, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Der potentielle Organempfänger leidet an einer Krankheit, welche regelmäßig jedenfalls zu erheblichen körperlichen Beeinträchtigungen führt. Eine Lebendorganspende könnte die körperliche Verfassung des potentiellen Organempfängers in einigen Fällen jedenfalls höchstwahrscheinlich zumindest bessern sowie dessen Leben höchstwahrscheinlich verlängern

oder erhalten. Mithin sind die Schutzgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens des potentiellen Organempfängers vorliegend betroffen.

Die Begrenzung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG untersagt in bestimmten Fällen der fehlenden Nähe zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger jedoch eine Lebendorganspende und verhindert somit die Chance auf eine Besserung des körperlichen Zustandes des potentiellen Organempfängers sowie die Chance des möglichen Schutzes dessen Lebens. Jedoch ist die Frage nach einem möglichen staatlichen Eingriff in die Grundrechtspositionen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in derartigen Fällen komplex. Die Entstehung der Krankheit als Anknüpfungspunkt eines Eingriffs ist dem Staat offenkundig nicht zurechenbar und scheidet somit aus.⁷¹ Die restriktive Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG richtet sich zudem *expressis verbis* an Transplantationsärzte und nicht an den potentiellen Organempfänger. Somit kann bei der Betrachtung dieses Anknüpfungspunktes kein finaler Eingriff identifiziert werden. Jedoch betrifft § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mittelbar potentielle Organempfänger. Zwar ist der Eingriffsbegriff grundsätzlich auch bei mittelbaren Beeinträchtigungen erfüllt.⁷² Eine Einschränkung ist jedoch zur Vermeidung der Uferlosigkeit der Eingriffskonstruktion notwendig und erfolgt richtigerweise über die Sozialadäquanz und die normative Zurechenbarkeit.⁷³ Allerdings müsste der potentielle Organempfänger hierfür einen Anspruch auf bestmögliche Therapie haben. Hier konkretisiert sich die Problematik, ob Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein derartiges Recht beinhaltet.⁷⁴ Im Anwendungsbereich des TPG wird dem potentiellen Organempfänger durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedenfalls bezüglich bestimmter Organe bei dem Fehlen eines potentiellen Spenders im Kreis des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die Möglichkeit einer regelmäßig in hohem Maße erfolgversprechenden Therapie versagt. Das Bundesverfassungsgericht eröffnet jedenfalls den Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, „wenn staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Thera-

Müller-Terpitz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 36.

⁶¹ Hagen (Fn. 19), S. 66 f.

⁶² Ausführlich hierzu Esser (Fn. 1), S. 49 ff.

⁶³ Sogenannter „negative[r] Status“, vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919, S. 94 ff.

⁶⁴ Grundlegend BVerfGE 39, 1; 88, 203.

⁶⁵ Allgemein zu dieser sehr problembeladenen Figur Bethge, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 18), § 203 Rn. 91 ff.; ausführlich bzgl. dieser Figur im vorliegenden Kontext Esser (Fn. 1), S. 61 ff.

⁶⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, S. 267 ff.; explizit ohne auf die Figur des Grundrechtsverzichts zu rekurrieren Bethge, VVDStRL 57 (1998), 7 (44).

⁶⁷ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁶⁸ Siehe nur Czerner, MedR 2001, 354 (356).

⁶⁹ Vgl. beispielsweise das Letalitätsrisiko von 0,03 % im Rahmen einer Lebendnierenspende, siehe Fn. 57.

⁷⁰ Hagen (Fn. 19), S. 67 ff., S. 73 ff.

⁷¹ Hagen (Fn. 19), S. 94.

⁷² Siehe nur BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401); Holznel, DVBl. 2001, 1629 (1634).

⁷³ Siehe nur BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

⁷⁴ Anspruch auf medizinische „Mindestversorgung“ in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip: Wiedemann, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2002, Art. 2 Abs. 2 Rn. 376; Recht auf „sachgerechte Teilhabe an vorhandenen Einrichtungen“: Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 93; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Abs. 2 Rn. 211; nur objektiver Anspruch auf medizinisches Versorgungssystem: Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 GG Rn. 60; Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 225; gänzliche Verneinung eines derartigen Anspruchs andeutend Huster, JZ 2006, 466.

pie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“⁷⁵. Dies ist vorliegend jedenfalls bezüglich einiger Organe aufgrund der höheren Erfolgsaussicht einer Lebendorganspende gegenüber einer postmortalen Organspende⁷⁶ durch die Versagung einer Lebendspende außerhalb des Empfängerkreises des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG gegeben. Es kann jedoch kein Recht auf den Erhalt einer Lebendorgantransplantation bestehen.⁷⁷ Dieses könnte durch die Bejahung einer staatlichen Beschränkung der grundrechtlich geschützten Güter der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens auf Seiten des potentiellen Organempfängers durch die einschränkende Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedoch suggeriert werden. Potentielle Organempfänger sind nicht primär durch die staatliche Beschränkung des Empfängerkreises einer Lebendorganspende in den grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beschränkt, sondern in der Möglichkeit der Erfüllung einer unter Umständen bestehenden Abrede mit einem potentiellen Organspender außerhalb des begrenzten Kreises des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bezüglich einer Lebendorganspende. Mithin muss eine Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG richtigerweise verneint werden.⁷⁸

Bezüglich einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung der Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch die für den Erhalt einer Lebendorganspende notwendige Operation des potentiellen Organempfängers ist auf obige Ausführungen zu verweisen.⁷⁹ Es liegt diesbezüglich mithin ein Grundrechtsverzicht vor.

4. Grundrechtliches Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organempfängers

In Fällen eines identischen Willens des potentiellen Organspenders und potentiellen Organempfängers bezüglich einer Lebendorganspende beruht dieser im Regelfall auf einer autonomen Entscheidung des potentiellen Organempfängers. Die Umsetzung dieses Willens auf Seiten des potentiellen Organempfängers wird durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mitbestimmt. Somit ist der Schutzbereich des grundrechtlichen Patientenselbstbestimmungsrechts des potentiellen Organempfängers tangiert.

Das TPG verbietet in Fällen einer fehlenden Nähebeziehung zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger eine Lebendorganspende und greift somit in die Umsetzung des hierin enthaltenen Willens des Organempfängers auf Erhalt eines Organs durch einen diesen Entschluss teilenden potentiellen Organspender ein. Mithin

liegt in derartigen Konstellationen richtigerweise ein Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht vor.⁸⁰

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG müsste formell und materiell verfassungsgemäß sein. Vorliegend könnte ein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG bestehen. Dies wird teilweise vor dem Hintergrund der Bejahung eines finalen Eingriffs in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Seiten des potentiellen Organempfängers bejaht.⁸¹ Da jedoch in der vorliegenden Untersuchung ein lediglich mittelbarer Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des Organempfängers angenommen wurde, kann ein derartiger Verstoß, insbesondere vor dem Hintergrund der richtigerweise restriktiven Nutzung dieses Instruments der Verfassungsmäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht,⁸² nicht identifiziert werden. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zu repetieren, dass § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines legitimen Zweckes darstellt.⁸³ Mithin liegt ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organempfängers vor.

5. Allgemeiner Gleichheitssatz bezogen auf den potentiellen Organempfänger, Art. 3 Abs. 1 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz ist insbesondere verletzt, sofern zwischen ähnlichen Personengruppen nicht zu rechtfertigende Unterschiede bestehen.⁸⁴ Trotz dem anderslautenden Wortlaut ist auch der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet.⁸⁵ Vorliegend werden Sachverhalte, in denen potentielle Organempfänger bei Bestehen einer in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG geforderten Nähebeziehung die Möglichkeit einer Organtransplantation besitzen, ungleich zu Sachverhalten behandelt, in welchen bei identischer medizinischer Indikation eine diesbezügliche Nähebeziehung nicht vorliegt. Dem potentiellen Organempfänger ohne die in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG geforderte Nähebeziehung zu einem potentiellen Organspender wird hierdurch die grundsätzlich einzige Möglichkeit einer Heilung seines Leidens verwehrt. Mittelbar handelt es sich somit um eine Ungleichbehandlung von Personen.⁸⁶ Unabhängig von der Kontroverse um den richtigen Prüfungsmaßstab bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1

⁷⁵ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3400).

⁷⁶ Bzgl. Nierenlebendspende *Tarantino*, *Clinical Nephrology* 53 (2000), 55; bzgl. Leberlebendspende *Brelsch et. al.*, *Der Chirurg* 79 (2008), 135.

⁷⁷ Ein derartiges Recht im allgemeinen Kontext der Transplantationsmedizin als „Illusion“ bezeichnend: *Weber*, in: *Höfling* (Fn. 2), § 4 Rn. 2.

⁷⁸ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 144 f.; *Pfeiffer* (Fn. 26), S. 98 f.

⁷⁹ Siehe IV. 2. dieses Beitrages.

⁸⁰ *Hagen* (Fn. 19), S. 103; siehe bzgl. der Abgrenzung zur Ausgestaltung im Rahmen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die vorherigen Ausführungen dieses Beitrages.

⁸¹ Bspw. *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Fn. 6), § 8 Rn. 27; anders trotz Bejahung eines Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG *BVerfG* (K) NJW 1999, 3399 (3400).

⁸² Siehe nur *BVerfGE* 28, 36 (46).

⁸³ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁸⁴ *BVerfGE* 98, 1 (12).

⁸⁵ *Michael/Morlok* (Fn. 66), S. 366.

⁸⁶ *Pfeiffer* (Fn. 26), S.107.

GG⁸⁷ ist vorliegend aufgrund des Nichtbestehens eines geeigneten Mittels zum Erreichen eines legitimen Zwecks⁸⁸ eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung unmöglich. Mithin liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.⁸⁹

6. Berufsfreiheit des Transplantationsarztes, Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG schützt unter anderem die Berufsausübungsfreiheit des Transplantationsarztes. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG untersagt Organtransplantationen unter bestimmten Voraussetzungen und tangiert mithin die Freiheit der Berufsausübung der Transplantationsärzte.

Vorliegend können Transplantationsmediziner bestimmte Transplantationen aufgrund der restriktiven Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nicht vornehmen. Dies könnte einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch eine Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz darstellen. Derartige Maßnahmen zeichnen sich insbesondere durch eine berufsunspezifische Intention des Gesetzgebers bei der Beschränkung einer jedenfalls hauptsächlich berufsmäßig ausgeübten Tätigkeit aus.⁹⁰ Die Intention des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist jedenfalls die Verhinderung von Organhandel und die Sicherstellung der freiwilligen Spenderentscheidung,⁹¹ mithin werden berufsunspezifische Ziele verfolgt. Vorliegend dürfen Transplantationsmediziner in Fällen des nicht bestehenden Näheverhältnisses zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger eine vermutlich jedenfalls die körperliche Verfassung des betroffenen potentiellen Organempfängers zumindest bessernde Heilbehandlung nicht vornehmen, mithin die berufsmäßig auszuführende ärztliche Heiltätigkeit in diesem Kontext nicht durchführen. Somit liegt vorliegend ein Eingriff in der Form einer Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz vor.⁹²

Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG um einen Gesetzesvorbehalt mit Geltung für das gesamte Grundrecht der Berufsfreiheit.⁹³ § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kann die Berufsausübungsfreiheit des Transplantationsarztes als formelles Gesetz einschränken. Problematisch könnte vorliegend die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sein. Im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Drei-Stufen-Theorie wachsen die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Grundrechtsbeeinträchtigung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG bei einem Anstieg der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung.⁹⁴ Vorliegend untersagt § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in bestimmten

⁸⁷ Hierzu zusammenfassend *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.9.2015, Art. 3 Rn. 24 ff.

⁸⁸ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁸⁹ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 155 ff.; BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3402).

⁹⁰ *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2015, S. 190 f.

⁹¹ Siehe Fn. 28.

⁹² *Hagen* (Fn. 19), S. 109 f.

⁹³ BVerfGE 84, 133 (148); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 74), Art. 12 Abs. 1 Rn. 104.

⁹⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 377.

Fällen die Transplantation eines Organs. Mithin handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung.⁹⁵ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist als legitimer Zweck der Beeinträchtigung notwendig, dass „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen“.⁹⁶ § 8 Abs. 1 S. 2 TPG stellt jedoch, wie bereits erläutert, bereits kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines generellen legitimen Zweckes dar.⁹⁷ Mithin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor, welcher zur Verfassungswidrigkeit dieses Eingriffes in die Berufsausübungsfreiheit des Arztes führt.⁹⁸

V. Exkurs: Verfassungsrechtliche Würdigung des Imperativs zu einer Spende

Eine aktuelle psychologische Studie identifiziert im Rahmen der Entscheidung zu einer Lebendorganspende einen „Spendeimperativ“, welcher besagt, dass eine Lebendorganspende für nahe Angehörige jedenfalls aufgrund fehlender Negativpunkte eine richtige Entscheidung ist.⁹⁹ Dieser Imperativ beeinflusst mithin die Entscheidungsfindung eines potentiellen Lebendorganspenders. Dies könnte grundsätzlich gegen eine autonome Entscheidung des potentiellen Organspenders sprechen.¹⁰⁰ Kann mithin ein potentieller Lebendorganspender unter keinen Umständen selbstbestimmt in eine Lebendorganspende einwilligen? Dies könnte zu dem Ergebnis der grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit der Möglichkeit von Lebendorganspenden führen. Oder ist ein extensiver Einsatz weicher paternalistischer Regelungen durch den Gesetzgeber auf diesem Gebiet aufgrund der fehlenden Freiwilligkeit diesbezüglicher Spenderentscheidungen verfassungsrechtlich möglich und geboten? Richtigerweise ist hier zwischen einem juristischen und einem psychischen Freiwilligkeitsbegriff zu unterscheiden, wobei der juristische Freiwilligkeitsbegriff an die Autonomie anknüpft und jedenfalls bei dem Befolgen einer eigenen Wert- und Präferenzordnung besteht.¹⁰¹ Diese Autonomie besteht grundsätzlich in Situationen, in welchen eine gewisse Entscheidung innerlich als richtig angesehen wird, da dies das Bestehen einer inneren Präferenz widerspiegelt. Dies ist im Rahmen des Imperativs zur Spende der Fall. Mithin sind Entscheidungen zur Lebendorganspende trotz des oben aufgezeigten Imperativs im juristischen Sinn freiwillige Entscheidungen.

VI. Fazit

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG greift in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders, das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht sowie

⁹⁵ *Schreiber* (Fn. 1), S. 162.

⁹⁶ BVerfGE 7, 377 (405).

⁹⁷ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁹⁸ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 162 ff.

⁹⁹ *Winter* (Fn. 44), S. 347 ff.

¹⁰⁰ Zweifel an einer autonomen Entscheidung bereits andeutend *Motakef*, Körper Gabe, 2011, S. 197.

¹⁰¹ *Fateh-Moghadam/Schroth/Gross/Gutmann*, MedR 2004, 19 (32 f.).

Art. 3 Abs. 1 GG des potentiellen Organempfängers sowie das Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit des involvierten Transplantationsmediziners ein. Die Begrenzung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Ausgleich dieser Interessen. Eine zeitnahe gesetzgeberische Korrektur wäre in diesem auf Ermöglichung der Durchsetzung von Lebenschancen ausgerichteten System sehr zu begrüßen. Eine ersatzlose Streichung dieser „Organspendeverhinderungsvorschrift“¹⁰² und somit die Zulässigkeit rein altruistischer Lebendorganspenden ist jedenfalls verfassungsrechtlich zulässig.¹⁰³ Zudem hat dieser Beitrag gezeigt, dass die paternalistisch motivierte Einschränkung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG als hart paternalistisch einzuordnen ist und unserer Verfassung im Allgemeinen widerspricht. Vor diesem Hintergrund sollten auch Regelungen wie beispielsweise die Anordnung der Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG kritisch reflektiert werden. Bei der Kodifikation der Ausgestaltung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden hat sich der Gesetzgeber primär von der Tatsache leiten lassen, dass Lebendorganspenden für den Spender nicht medizinisch indizierte Eingriffe jedenfalls in dessen körperliche Unversehrtheit sind.¹⁰⁴ Hier galt es, potentiell als Organspender handelnde Bürger vor sich selbst zu schützen. § 1 Abs. 1 S. 1 TPG nennt jedoch als Ziel des TPG, „die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland zu fördern“. Jedenfalls § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bewegt sich im Gegensatz zu dieser primären Zielsetzung des TPG (sowie der neueren europarechtlichen Zielsetzung im Transplantationsrecht¹⁰⁵). Eine aktuelle Studie kommt zwar zu dem Ergebnis, dass die vordergründige Intention zur Durchführung einer Lebendorganspende auf Seiten potentieller Organspender der Wunsch der Hilfe für einen kranken und in einem engen persönlichen Verhältnis zu der jeweiligen Person stehenden potentiellen Organempfänger ist.¹⁰⁶ Einen signifikanten Anstieg der Zahlen von Lebendorganspenden in Deutschland wird eine Streichung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mithin aller Voraussicht nach nicht erreichen. Dennoch ist bereits zur rechtlichen Ermöglichung einer kleinen Anzahl altruistischer Lebendorganspenden eine Korrektur durch den Gesetzgeber mehr als angebracht und lohnenswert.

¹⁰² *Rixen*, in: Höfling (Hrsg.), *Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland*, 2008, S. 73 (76).

¹⁰³ *Resch*, *Die empfangengerichtete Organspende*, 2014, S. 65 f.; teilweise wird dies sogar als „zwingend geboten“ angesehen, vgl. *Esser* (Fn. 1), S. 194.

¹⁰⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 20.

¹⁰⁵ KOM (2008) 819 endgültig, S. 2.

¹⁰⁶ *Winter* (Fn. 44), S. 338.