

Widerspruchslösung oder Prompted Choice? Organspenderegimes aus Sicht des Libertären Paternalismus

von Birthe Frenzel und Micha Werner*

I. Einleitung

Wie kann die Zahl der Organspenden in Deutschland erhöht werden? Diese Frage ist seit langem Gegenstand intensiver Debatten, denn bislang werden deutlich weniger Organe gespendet als benötigt. Obgleich die Zustimmung zur Organ- und Gewebespende in Deutschland generell hoch ist, dokumentieren nur relativ wenige Menschen ihre Spendenbereitschaft in einer Weise, die nach derzeitiger Gesetzeslage für eine postmortale Organspende hinreicht. Das ist aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht nicht überraschend. Denn die Notwendigkeit einer aktiven Handlung, in diesem Fall der Dokumentation des eigenen Willens, stellt eine nicht geringe Hürde dar. Wie sich Menschen verhalten, wird daher maßgeblich dadurch beeinflusst, wie ein Entscheidungskontext konstruiert ist. Ein Wechsel zur Opt-Out Variante bzw. Widerspruchslösung, bei der automatisch jede:r als Spender:in gilt, der/die sich zu Lebzeiten nicht aktiv gegen eine Spende ausgesprochen hat, erscheint daher auf den ersten Blick als naheliegende Möglichkeit, der durch Studien belegten grundsätzlich positiven Einstellung gegenüber der Organspende besser zu entsprechen und dadurch die Spendenrate anzuheben.¹ Wie Richard Thaler und Cass Sunstein in ihrem einflussreichen Buch *Nudge* aufzeigen, kann ein Wechsel des *Defaults*, das heißt des Standardvorgehens bei Fehlen einer aktiven Willenserklärung, einen großen Einfluss auf die Entscheidungen und das Verhalten von Menschen haben. In der Regel folgen Individuen eher der Standardvorgabe, statt selbst aktiv eine andere Wahl zu treffen².

* Die Autorin *Birthe Frenzel*, M.Sc. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im Arbeitsbereich Praktische Philosophie an der Universität Greifswald. Der Autor Prof. Dr. *Micha Werner* hat dort den Lehrstuhl für Philosophie inne.

¹ Die Spendenrate eines Landes (d.h. die Anzahl der tatsächlichen Organspender:innen pro Jahr in Relation zur Gesamtbevölkerung, üblicherweise ausgedrückt in Spender:innen pro einer Million Einwohner:innen) wird jedoch nicht allein durch die registrierte Zahl der Spendenwilligen beeinflusst, sondern kann auch durch eine verbesserte medizinische Infrastruktur und andere institutionelle Maßnahmen angehoben werden.

² *R. Thaler/C. R. Sunstein*, *Nudge*, 2008.

Gleichwohl favorisieren Thaler und Sunstein im Hinblick auf die Regelung der Organspende jedoch in ihren neueren Arbeiten *nicht* die Widerspruchslösung. Vielmehr plädieren sie für die Option der sogenannten *Prompted Choice*. Sie empfehlen, Bürger:innen zu einer Entscheidung über eine Organspende aufzufordern oder jedenfalls aktiv eine Entscheidungsfindung anzuregen. Das Modell der *Prompted Choice* kann durch spezifische *Nudges*, d.h. spezifische Gestaltungen der Entscheidungsarchitektur, die ein Verhalten im aufgeklärten Interesse der Betroffenen erleichtern, ohne jedoch Handlungsoptionen einzuschränken oder finanzielle Anreize zu setzen, flankiert werden. Der von Thaler und Sunstein vertretene sogenannte libertäre Paternalismus zielt darauf, das Wohl von Bürger:innen zu fördern und zugleich ihre Freiheit zu wahren. Thaler und Sunstein sind mithin der Ansicht, dass das Modell der *Prompted Choice* diesem Anspruch eher genügt als eine Widerspruchslösung. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden ein Beitrag zur vergleichenden Bewertung von Widerspruchslösung und *Prompted Choice* geleistet werden.

Für eine angemessene Bewertung müssen neben dem zentralen Ziel, durch die Steigerung der Spendenrate Leben zu retten, auch die Interessen und Rechte der Spender:innen Berücksichtigung finden. Grundlegende Prinzipien wie die Achtung der Menschenwürde, des Selbstbestimmungsrechts sowie der Respekt vor der Freiheit und Autonomie aller Beteiligten müssen in Einklang gebracht werden mit dem unmittelbaren Ziel, durch Organtransplantation Leben zu retten oder die Lebensqualität der Empfänger:innen zu erhöhen. Wir beschränken uns im Folgenden auf eine Diskussion der postmortalen Organspende, da Maßnahmen, die darauf zielen, generell die Spendenbereitschaft von Lebendspender:innen zu erhöhen, zum einen nur einen begrenzten Beitrag zur Verringerung des Organmangels leisten könnten und zum anderen schwerer wiegende ethische Probleme aufwerfen.³

³ Um Organhandel zu unterbinden, ist die Lebendspende von Organen nach deutschem Transplantationsgesetz nur unter eng umrissenen Bedingungen erlaubt: Explantiert werden darf Lebenden nur eine Niere oder ein Teil der Leber, und die Entnahme ist nur zulässig, falls keine passenden Organe aus postmortaler Spende zur Verfügung stehen, nur bei Volljährigen und bei nach umfangreicher Aufklärung erfolgter Einwilligung und zugunsten von Verwandten ersten und zweiten Grades, Eheleuten, eingetragenen Lebenspartner:innen, Verlobten oder anderen Menschen, die der:dem Spender:in erkennbar besonders nahe stehen und wenn eine eigens dafür zuständige Prüfungskommission keine Hinweise darauf findet, dass die Einwilligung unter dem Einfluss sozialen Drucks oder ökonomischer Motive zustande gekommen ist. Die für die Lebendspende in Frage kommenden Angehörigen und der organbedürftigen Person nahestehenden Menschen können sich ohnehin psychischem Druck in Richtung einer Organspende

Nach einer Einleitung (I) erläutern wir zunächst die Aktualität und gesellschaftliche Relevanz des Themas (II). Im Anschluss skizzieren wir ethische Grundlagenfragen der postmortalen Organspende (III) und gehen dann auf verschiedene Modelle der Willensäußerung zur Organspende ein (IV). Der Fokus dieser Arbeit liegt auf dem Konzept des Nudgings als potenzielles Mittel zur Steigerung der Spendenbereitschaft. Hierfür stellen wir das Konzept vor und verorten es im Kontext der Organspende (V). Im Anschluss diskutieren wir, welchen Beitrag die Veränderung der Entscheidungsarchitektur mittels Nudging zu einer Steigerung der Spendenbereitschaft leisten kann und welches Modell zur Regelung der Willensbildung bei der Organspende den Grundsätzen des Nudgings am besten entspricht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf einer Gegenüberstellung der Widerspruchsregelung und dem Modell der Prompted Choice (VI). Die Schlussfolgerungen fassen wir im Fazit zusammen (VII).

II. Zur Aktualität des Themas und Probleme

Fast 100.000 Einträge innerhalb nur eines Monats zählte die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung im neuen Online-Register für Organspende. Seit dem 18. März 2024 können Bürger:innen mit E-Ausweisfunktion⁴ ab einem Alter von 16 Jahren ihre Erklärung zur Organ- und Gewebespende rechtlich verbindlich online festhalten. Schritt für Schritt sollen immer mehr Entnahmekrankenhäuser Zugriff auf das Register bekommen und auf diese Weise potenzielle Spender:innen schneller identifiziert bzw. der Patientenwille schneller erfasst werden.

Eingerichtet wurde das bundesweite Online-Register im Zuge des Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende, das im März 2022 in Kraft getreten ist. Weiterhin gilt mit der Erweiterung der Zustimmungsregelung in Gestalt der Entscheidungslösung, dass nach dem Hirntod einer Person nur dann Organe oder Gewebe entnommen werden dürfen, wenn dieser Entnahme zu Lebzeiten zugestimmt wurde oder wenn

ausgesetzt sehen. Die Spendenbereitschaft dieser Menschen durch Methoden des Nudging zu erhöhen, erscheint daher von vornherein kaum als angemessene Maßnahme.

⁴ Allgemein gilt, dass auch Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft Organspender werden können, da laut Landesgesetz nicht die Staatsangehörigkeit, sondern der Aufenthaltsort der verstorbenen Person ausschlaggebend für die Spendenfähigkeit ist. Vgl. <https://www.organspende-info.de/blog/organspende-zaehlt-die-staatsbuergerschaft-oder-der-aufenthaltsort/>.

Angehörige in die Organspende einwilligen, sofern kein dokumentierter Wille vorliegt. Das Ziel der Änderungen⁵ im Transplantationsrecht ist es, neben den erweiterten Registrierungsmöglichkeiten in Ausweisstellen und dem Online-Register „verbindliche Information und bessere Aufklärung zu gewährleisten und die regelmäßige Auseinandersetzung mit der Thematik zu fördern.“⁶ Durch Aufklärung in Erste-Hilfe-Kursen, Ermunterungen zur Registrierung beim Arztbesuch und die Aushändigung von Informationsmaterial und einem Organspendeausweis in den Ausweisstellen des Bundes und der Länder sowie durch die Krankenversicherungen sollen die Bürger:innen und Bürger ergebnisoffen aber nachdrücklich zur Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende bewegt werden⁷.

Weiterhin herrscht in Deutschland, wie in vielen anderen Ländern, ein eklatanter Mangel an Spenderorganen. 8.394 Menschen warten derzeit in Deutschland auf eine Organspende (Stand 1. Januar 2024). Die Zahl der Patient:innen aller Mitgliedsländer von Eurotransplant zusammen beläuft sich auf 13.498 (Stand 1. Januar 2024)⁸. In einer alle zwei Jahre stattfindenden repräsentativen Umfrage der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) werden in Deutschland lebende Menschen nach ihrer Einstellung und ihrem Wissen zur Organ- und Gewebespende befragt. Ein großer Teil der Befragten (82% im Jahr 2020 und 84% im Jahr 2022) steht dem Thema Organ- und Gewebespende hiernach positiv gegenüber⁹, doch zu wenige Menschen halten ihren Willen zur Organspende auch schriftlich fest. Die Spendenrate in Deutschland ist mit 11,4 Spenden pro Millionen Einwohner:innen vergleichsweise niedrig (Stand 2023).¹⁰ Laut der Deutsche Stiftung Organspende (DSO) „profitiert das Land derzeit im Eurotransplant-Verbund von anderen Mitgliedsländern, indem es mehr Organe

⁵ Hierzu zählt auch eine Änderung durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung vom 11. Juli 2021, vgl. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/entscheidungsbereitschaft-organspende> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁶ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/entscheidungsbereitschaft-organspende> (zuletzt abgerufen am: 4.6.2024).

⁷ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw03-de-transplantationsgesetz-674682>, <https://www.organspende-info.de/gesetzliche-grundlagen/gesetzstaerkerung-entscheidungsbereitschaft/> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁸ <https://www.eurotransplant.org/region/eurotransplant-region/> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁹ R. Zimmering/D. Hammes, Bericht zur Repräsentativstudie 2022 „Wissen, Einstellung und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende“, 2023.

¹⁰ <https://dso.de/dso/presse/pressemitteilungen/Organspendezahlen%20in%202023%20auf%20leichtem%20Erholungskurs/120> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

erhält, als es abgibt.“¹¹ Obwohl 61% der Befragten laut BZgA angaben, eine Entscheidung für oder gegen eine Organspende getroffen zu haben, hielten deutlich weniger Befragte diese Entscheidung auch schriftlich fest (43% der Entscheidungen schriftlich dokumentiert). Von den 17% derjenigen, die ihre Entscheidung zwar getroffen, diese jedoch nicht schriftlich dokumentiert haben, gaben zudem nur 62% an, dass sie ihre Entscheidung anderen Personen wie etwa Angehörigen mitgeteilt haben. Im Todesfall wäre eine fehlende Dokumentation und Kommunikation damit gleichbedeutend mit Fällen, in denen keine Entscheidung getroffen wurde. Wurde kein Patientenwillen festgehalten, sind im Falle eines Hirntods die Angehörigen gefordert, in ihrer Trauer über den Verlust einer geliebten Person und oft unter Zeitdruck eine Entscheidung über die Freigabe der Organe zu treffen.¹² Mit einem Eintrag bzw. einer Willensäußerung im digitalen Organspende-Register werden Angehörige von dieser belastenden Aufgabe befreit.

Nachdem am 16. Januar 2020 nach jahrelanger Debatte die Stärkung der Entscheidungslösung im Deutschen Bundestag beschlossen wurde, griff eine Länderinitiative im Bundesrat die Diskussion Ende 2023 erneut auf. Auf Initiative von mehreren Bundesländern wird gefordert, „im Transplantationsgesetz eine Widerspruchslösung einzuführen, um die Zahl der Organspenden zu erhöhen.“¹³ Trotz intensiver Aufklärungs- und Informationskampagnen, wie sie mit dem Beschluss zur Stärkung der Entscheidungslösung 2020 angestrebt werden, um der Kluft zwischen Einstellung und Handlung (theoretischer Zustimmung zur Organspende und praktischer Umsetzung in Form einer Willenserklärung) zu begegnen, sei kein signifikanter Anstieg der Zahl der Organspender:innen zu verzeichnen. Ein schriftlich dokumentierter Wille liege entgegen der Befragungsergebnisse des BZgA in der Praxis sogar in nur weniger als 20% der Fälle vor.¹⁴ Ein Wechsel von einer Opt-In zu einer Opt-Out Regelung

¹¹ <https://www.dso.de/dso/presse/pressemitteilungen/Organspendezahlen%20in%202023%20auf%20leichtem%20Erholungskurs/120> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹² https://organspende-register.de/erklarendenportal/hilfe#OGR_005 (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹³ <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/23/1040/26.html;jsessionid=19E27EA9AACCC58BEDF722CA23F9C4A1.live242?nn=4352768#top-26> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹⁴ <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/23/1040/26.html;jsessionid=19E27EA9AACCC58BEDF722CA23F9C4A1.live242?nn=4352768#top-26> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

könnte diesem Trend entgegenwirken. Die Bundesregierung sollte daher einen entsprechenden Gesetzesentwurf entwickeln.¹⁵ Am 14. Juni soll der Gesetzentwurf der Länderinitiative in den Bundesrat eingebracht werden. Sollte die Gesetzesinitiative im Bundesrat eine Mehrheit finden, ist der Bundestag verpflichtet, sich damit zu befassen.¹⁶

Kritik an der erweiterten Entscheidungslösung, sollte jedenfalls berücksichtigen, dass das Online-Register zur Organspende erst am 18. März 2024 angelaufen ist. Ob die getroffenen Maßnahmen zur Stärkung der Entscheidungslösung zur Anhebung der Spendenrate führen, kann daher möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt beurteilt werden. In dieser Phase bereits von einem Scheitern der erweiterten Zustimmungsregelung zu sprechen, könnte sich als verfrüht erweisen.

In der Politik ist seit längerem die Annahme verbreitet, dass die Einführung eines Widerspruchsmodells die effizienteste Lösung darstellt, um die Spendenrate kurzfristig zu erhöhen.¹⁷ Zumindest eine vergleichende Studie in 35 OECD-Ländern konnte *keinen* signifikanten Einfluss von Opt-Out auf die faktischen Spenderaten und sogar einen *negativen* Einfluss auf die relative Zahl der lebenden Spender:innen feststellen.¹⁸

III. Grundlagen der ethischen Debatte

Diskussionen der Bioethik, und überhaupt der bereichsspezifischen Ethik, weisen eine erhebliche Komplexität auf. Diese Komplexität betrifft gleich mehrere Ebenen. In diesem Abschnitt werden wir zunächst allgemeinere Überlegungen zur Rolle bioethischer Reflexion anstellen (III.1). In einem zweiten Schritt führen wir in die Grundlagen der ethischen Debatte über die Organspende ein (III.2).

¹⁵ <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/bundesrat-organspende-100.html> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹⁶ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/151895/Widerspruchsloesung-bei-Organspende-Gesetzesinitiative-im-Bundesrat> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹⁷ Gesundheitsminister Lauterbach hält die Widerspruchsregelung laut einem Tagesschaubericht gar für die einzige gangbare Option zur Anhebung der Organspendezahlen; s. <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/kontext/organspende-widerspruchsloesung-100.html> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

¹⁸ A.Arshad/B. Anderson/A. Sharif, Comparison of organ donation and transplantation rates between opt-out and opt-in systems, *Kidney International* 2019, 1453.

1. Fünf Komplikationen bioethischer Reflexion

a) Vielfalt von Betroffenenperspektiven und heterogene Werte

Eine *erste* Komplikation bioethischer Reflexion (und generell der bereichsspezifischen Ethik) ergibt sich aus der Tatsache, dass die ethische Bewertung spezifischer Handlungsoptionen typischerweise sowohl verschiedene Betroffenheiten und Interessenlagen als auch qualitativ unterschiedliche Kriterien und Wertgesichtspunkte berücksichtigen muss. Sie hat es also mit der *Vielfalt von Betroffenenperspektiven* und mit der *Heterogenität einschlägiger Interessen, Normen und Werte* zu tun. Beides gilt offenkundig auch für den Kontext der Organspende. Insbesondere stehen den Interessen potenzieller Organempfänger:innen an der Verlängerung des eigenen Lebens und/oder an der Erhöhung ihrer durch gesundheitliche Beeinträchtigungen eingeschränkten Lebensqualität hier die Interessen potenzieller Organspender:innen und deren Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit und auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper auch über den Tod hinaus gegenüber. Die Aufzählung ist nicht vollständig. Auch moralische Ansprüche und Wertvorstellungen von Angehörigen, von weiteren an der Transplantationspraxis beteiligten Akteur:innen oder der Gesellschaft insgesamt könnten für die Bewertung spezifischer Regelungen der Organspendepraxis relevant sein. In jedem Fall zielt die ethische Reflexion grundsätzlich darauf, Optionen im Hinblick auf die moralischen Rechte und legitimen Interessen *aller* Betroffenen zu bewerten und Lösungen zu finden, die die rationale Zustimmung *aller* Betroffenen verdienen.

b) Theoriepluralismus

Die Suche nach solchen Lösungen sieht sich allerdings *zweitens* mit der Tatsache des *Pluralismus normativ-ethischer Theorien* konfrontiert, d.h. mit dem Umstand, dass sich im moralphilosophischen Grundlagendiskurs bislang kein normativ-ethischer Ansatz als universell zustimmungsfähig erwiesen hat. Das drückt sich auch darin aus, dass bislang keine uneingeschränkt konsensfähige Methode zur Verfügung steht, mit der die beiden im vorangehenden Absatz benannten Komplikationen (Perspektivenvielfalt und Heterogenität von Interessen, Werten und Normen) bewältigt werden

könnten. Ansätze wie der Utilitarismus bieten zwar — auf der Ebene der theoretischen Grundlagen — für beide Probleme vergleichsweise klare und einfache Lösungen an, indem sie erstens alle (vermeintlich?) heterogenen Interessen und Werte auf einen einzigen homogenen Basiswert („Nutzen“, definiert entweder als Glück im hedonistischen Sinne des subjektiven Wohlbefindens oder als Befriedigung subjektiver Präferenzen) reduzieren und zweitens alle individuellen Nutzenerfahrungen zu einer Gesamt- oder Durchschnittssumme aufaddieren, so dass auch die Vielfalt individueller Perspektiven für die Gesamtbewertung keine Rolle mehr spielt und alle Mitglieder der moralischen Gemeinschaft gewissermaßen als ein einziges Kollektivsubjekt behandelt werden. Ansätze, die solch radikale Vereinfachungen vornehmen, haben sich allerdings in der allgemeinen ethischen Diskussion gerade wegen dieses Reduktionismus¹⁹ nicht durchsetzen können oder werden nur in Varianten vertreten, die – etwa durch die Einführung von „mittleren Prinzipien“ oder „Praxisnormen“²⁰ oder ähnlichen Ergänzungen, Vermittlungsschritten oder Vorbehalten – neue Komplikationen in das System normativer Kriterien einführen. Gerade weil Beiträge zur Bereichsethik nur in begrenztem Umfang für die für das behandelte Thema relevanten normativen Grundannahmen argumentieren können, müssen sie versuchen, der Herausforderung des Theoriepluralismus durch andere Strategien zu begegnen. So kann man versuchen, sich in der Auseinandersetzung auf reduzierte Sets normativer Annahmen zu beschränken, über die in der Gesellschaft und insbesondere auch unter den Vertreter:innen unterschiedlicher ethischer Ansätze ein möglichst breiter Konsens zu erwarten ist. Dabei kann es sich um rein prozedurale, fairnessbezogene Entscheidungskriterien handeln oder, wie etwa von *Beauchamp/Childress* oder *Gert* vorgeschlagen,²¹ um ein Set von Prinzipien mittlerer Reichweite. Auch mit solchen Vorschlägen wird allerdings eine normative Position eingenommen und werden Behauptungen über deren allgemeine Zustimmungsfähigkeit aufgestellt, für die gegebenenfalls Argumente vorzubringen sind. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, „klugheitsethisch“ nach praktischen Optionen zu suchen, die mit *möglichst vielen* der prominentesten Prinzipien der Ethiktheorien

¹⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*. Revised Edition, 1999, 26.

²⁰ D. Birnbacher, *Praktische Rationalität des Irrationalen? Funktionale Argumente in der angewandten Ethik*, in: *Nida-Rümelin*, *Rationalität, Realismus*, Revision 2000, 662.

²¹ T. L. Beauchamp/J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 8th Edition, 2019; B. Gert, *Morality*, 2005.

vereinbar sind, oder Maximen zu entwickeln, die darauf abzielen, unter Bedingungen normativer Ungewissheit zumindest die Wahrscheinlichkeit schwerer moralischer Verfehlungen zu minimieren. Eine letzte, durchaus respektable Möglichkeit besteht schließlich darin, sich mit der Offenlegung der in Anspruch genommenen normativen Grundprinzipien zu begnügen und alternative Handlungsoptionen unter der Annahme ihrer Gültigkeit *konditional* zu bewerten.

c) Abhängigkeit von empirischen Hypothesen

Die ethische Bewertung spezifischer Handlungsoptionen, wie sie von der Bereichsethik häufig erwartet wird, sieht sich drittens der Tatsache gegenüber, dass identische Ziele (z.B. die Erhöhung der Organspenderate) in der Regel durch eine Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen erreicht werden können, deren Erfolgchancen von wiederum vielfältigen (z.B. rechtlichen, gesundheitssystemstrukturellen, ökonomischen, kulturellen) und ihrerseits prinzipiell veränderbaren Kontextbedingungen abhängig sind. Entsprechend ist die (vergleichende) ethische Beurteilung von Einzelmaßnahmen oder Maßnahmenbündeln auf empirische Informationen und mehr oder weniger gut abgesicherte Kausalhypothesen unterschiedlichen Charakters angewiesen. In deren Auswahl fließen dabei immer auch schon normative Überlegungen ein. So wird man beispielsweise die Frage, inwieweit sich die Bereitschaft zur Organspende durch direkte ökonomische Anreize erhöhen ließe, gar nicht erst thematisieren, wenn man davon überzeugt ist, dass der Bereich der Organgewinnung und -verteilung unter keinen Umständen marktförmig organisiert werden darf.

d) Entscheidung zwischen Idealtheorie und Realtheorie

In diesem Zusammenhang ergibt sich eine *vierte* Komplikation, die häufig unter der Überschrift der von *Rawls* eingeführten Unterscheidung zwischen Idealtheorie und nicht-idealer Theorie diskutiert wird: Die ethische Bewertung einzelner Maßnahmen (z.B. zur Erhöhung der Organspendenrate), kann entweder im Sinne der „nicht-idealen“ Theorie von der Annahme ausgehen, dass diese Maßnahmen in einem Kontext getroffen werden, der den realen empirischen Bedingungen so weit wie

möglich entspricht, auch wenn diese Bedingungen in vielerlei Hinsicht suboptimal sind (z.B. aufgrund von Dysfunktionalitäten im Gesundheitssystem, Informations- oder Motivationsdefiziten, gesellschaftlichen Tabus, die die Thematisierung relevanter Themen erschweren, irrationalen Ängsten, kognitiven Verzerrungen und Biases in relevanten Entscheidungssituationen, mangelndem Vertrauen in die Integrität von Institutionen oder die medizinische Forschung, etc.). Alternativ kann sie als „idealtheoretische“ ethische Betrachtung einzelne Maßnahmen auch im Hinblick auf die Rolle untersuchen, die sie in einem mehr oder weniger stark idealisierten Situationskontext spielen würden. Die Frage, wann eine stärker idealisierende und wann eine von realen Bedingungen ausgehende Bewertung angezeigt ist, hängt zum großen Teil von der jeweiligen Zielsetzung der ethischen Thematisierung ab: In Kontexten ethischer Politikberatung verengt sich das Feld der Bewertung häufig auf ein engeres Spektrum kurz- oder mittelfristig möglicher Handlungsalternativen und werden die nicht kurzfristig reformierbaren Bedingungen grundsätzlich als gegeben angenommen. Im Kontext der von unmittelbarem Handlungsdruck entlasteten akademischen Moralphilosophie kann die „idealtheoretische“ ethische Betrachtung dagegen angezeigt sein, um einen Ausgangspunkt für eine umfassendere normative Kritik, für die vergleichende Bewertung unterschiedlicher Optionen oder Situationselemente und der Rolle verschiedener Akteur:innen und Institutionen und gegebenenfalls auch Maßstäbe für längerfristige Reformprojekte zu gewinnen. Es kann jedoch auch in ein und demselben Bewertungskontext umstritten sein, ob eher idealisierende oder realitätsnähere Situationsbedingungen zugrunde gelegt werden sollen: Inwieweit und unter welchen Umständen ist es legitim (oder gar geboten), im Rahmen der ethischen Beurteilung alternativer Handlungsoptionen erwartbare Normverletzungen mit in Rechnung zu stellen, obwohl diese aus normativer Sicht gar nicht auftreten dürften?²²

²² Der Unterschied zwischen Ideal- und Realtheorie ist für den vorliegenden Kontext insofern von besonderer Bedeutung, als die unter dem Begriff Nudging subsumierten Maßnahmen grundsätzlich als Reaktion auf bekannte nicht-ideale Heuristiken, Entscheidungsmuster und Handlungsdispositionen konzipiert sind, die nicht als solche verändert, sondern durch die geschickte Gestaltung von Wahrnehmungs-, Entscheidungs- und Handlungskontexten ihrer potenziell negativen Konsequenzen beraubt werden sollen. Statt die Rationalität kognitiver oder motivationaler Prozesse zu erhöhen, sollen durch Kontextgestaltung dieselben Prozesse zu besseren Ergebnissen führen.

e) Interferenzen zwischen Ethik und Recht

Damit hängt schließlich *fünftens* zusammen, dass die bereichsethisch reflektierten Handlungsoptionen in Praxiskontexte eingebettet sind, die in aller Regel schon stark vorstrukturiert sind – durch technische und institutionelle „affordances“ und „restrictions“, institutionelle Anreize, funktionale oder konventionelle Rollenerwartungen, traditionelle Wertorientierungen und nicht zuletzt auch rechtliche Normen. Gerade das Verhältnis und die möglichen Interferenzen zwischen Bioethik und Recht werfen vielfältige Fragen auf.²³ Bereichsethische Stellungnahmen zu rechtlich vorstrukturierten Handlungsoptionen sollten in jedem Fall offenlegen, inwieweit sie sich lediglich als Versuche zu verstehen, die innerhalb eines gegebenen Rechtsrahmens verbleibenden Spielräume ethisch auszu-leuchten, oder ob und inwieweit sie Versuche der Neuinterpretation oder Umgestaltung von einfachen Rechtsnormen oder gar grundrechtlicher Normen einschließen.

2. Relevante ethische Themenfelder

Zentrales Thema dieses Beitrags ist die Bewertung alternativer Optionen der Gestaltung von Kommunikations- und Deliberationskontexten und insbesondere der „Entscheidungsarchitekturen“ (*choice architectures*) innerhalb derer potenzielle Organspender:innen ihre Präferenzen entwickeln und ihre Spendenbereitschaft rechtsgültig festlegen. Der Fokus liegt auf der ethischen Bewertung alternativer Regelungsoptionen innerhalb des einfachen Rechts. Dabei wird von ethischen Grundannahmen ausgegangen, die (anders als mutmaßlich eine unvermittelte Anwendung des utilitaristischen Nutzenprinzips auf die Organisation von Organspende und Organverteilung) mit verfassungsrechtlichen Normen konkordant sind, so dass verfassungsrechtliche Reformen außer Betracht bleiben. Um die spezifische Fragestellung im bioethischen Diskussionskontext situieren zu

²³ Bislang scheinen diese Fragen aus der Perspektive der Rechtswissenschaft gründlicher untersucht worden zu sein als aus der der Bioethik; vgl. *D. Birnbacher*, Pathologien an der Nahtstelle von Recht und Ethik in der Biomedizin, in: ARSP 2010, 435; *S. Huster*, Bioethik im säkularen Staat. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechts- und Moralphilosophie im pluralistischen Gemeinwesen, in: ZphF 2001, 258; *T. M. Spranger*, Recht und Bioethik, 2010; *S. Vöneky*, Recht, Moral und Ethik, 2010; *S. Vöneky/C. Hagendorn/M. Clados/J. von Achenbach* (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, 2009; *S. Vöneky/B. Beylage-Haarmann/A. Höfelmeier/A.-K. Hübler* (Hrsg.), Ethik und Recht, 2013.

können, werden im Folgenden zunächst einige der für die Organspenden-debatte zentralen ethischen Themen eingeführt.

a) Selbstbestimmung

Schon im römischen Recht ist die freiwillige Zustimmung als grundlegendes Legitimationskriterium verankert. Individuelle Selbstbestimmung ist zugleich eines der normativen Grundprinzipien neuzeitlicher Ethik. Kant setzt das Autonomieprinzip gar mit dem Moralprinzip gleich. Auch innerhalb der (post-)aufklärerischen Ethik sind allerdings Unterschiede im Hinblick auf die Interpretation des Autonomiebegriffs und die Domäne legitimer Autonomieansprüche zu verzeichnen. Sie schlagen sich auch in Unterschieden hinsichtlich des normativen Verhältnisses zum eigenen Körper nieder. Während in der von Locke ausgehenden liberalen Tradition Selbstbestimmung wesentlich „nach dem Muster eines (in erster Linie als Abwehrrecht gegenüber Dritten zu verstehenden) Eigentumsrechts am eigenen Körper („Self-Ownership“) und an dessen Äußerungen modelliert“²⁴ wird, versteht Kant Autonomie stets zugleich als Recht und als an den:die Autonomieträger:in selbst gerichteten Anspruch. Entsprechend ist auch das Verfügungsrecht über den eigenen Körper an Pflichten gegenüber der eigenen Person gebunden, weshalb Kant beispielsweise den Verkauf der eigenen Zähne oder anderer Organe für moralisch verwerflich erklärt.²⁵ Dass dem Selbstbestimmungsprinzip im Kontext der Medizinethik zentrale Bedeutung zukommt, ist unstrittig. Das drückt sich vor allem in der zentralen Bedeutung des Grundsatzes der informierten Einwilligung als zentrales Kriterium für die Legitimität medizinischer Eingriffe und medizinischer Humanexperimente aus. Vielfältige Kontroversen betreffen jedoch erstens die genaue Formulierung der (primär: formal-prozeduralen) Anforderungen an hinreichend legitimationskräftige Willensentscheidungen für unterschiedliche Arten medizinischer Interventionen, Heilversuche, Humanexperimente oder Beobachtungsstudien, zweitens die genaue Reichweite und das genaue normative Gewicht selbstbestimmter Willensentscheidungen – oder auch verschiedener Typen von Willensentscheidungen (s.u.) –im Konflikt mit anderen gewichtigen normativen

²⁴ M. Bobbert/ M. H. Werner, Autonomie/Selbstbestimmung, in: C. Lenk/G. Duttge/H. Fangerau, Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen 2014, 105 (109).

²⁵ S. J. Kerstein, Kantian condemnation of commerce in organs, in: Kennedy Inst Ethics J 2009, 147.

Faktoren und drittens die Ausgestaltung und die Implikationen des Selbstbestimmungsgrundsatzes in Fällen eingeschränkter oder nicht (mehr) vorhandener aktueller Entscheidungsfähigkeit.

Das Recht auf Selbstbestimmung umfasst nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁶ und mehrheitlicher medizinethischer Auffassung auch das Recht auf eine über den eigenen Tod hinausreichende vorgeifende Verfügung über den eigenen Körper. Wo keine expliziten schriftlichen Erklärungen vorliegen, kann, analog zu anderen Fällen fehlender Einwilligungsfähigkeit (etwa bei Komapatient:innen), versucht werden, im Gespräch mit nahestehenden Personen den mutmaßlichen Willen der:des Betroffenen zu ermitteln.

Moralphilosophisch unstrittig ist das Recht auf postmortale Selbstverfügung allerdings nicht. Ethische Ansätze, die moralische Rechte (teils) an das aktuelle Vorliegen eines Bewusstseins oder bewusster Präferenzen oder darauf aufbauender Bedingungen (ein bestimmtes Verständnis von Personalität) koppeln,²⁷ tendieren dazu, das Recht auf postmortale Verfügung über den eigenen Körper zu bestreiten oder zumindest das Gewicht dieses Rechts im Vergleich mit vitalen Lebensinteressen Dritter als vergleichsweise gering anzusetzen. Birnbacher etwa macht das normative Gewicht von Willenserklärungen von drei Faktoren abhängig: Erstens davon, ob sie den Zeitpunkt nach dem eigenen Tod betreffen, zweitens davon, wie stark die in ihnen ausgedrückten Präferenzen sind, und drittens davon, inwieweit wir davon ausgehen können, dass sie ohne Zwang oder moralischen Druck zustande gekommen sind. Gestützt auf die beiden ersten Faktoren nimmt er an, dass das normative Gewicht von Selbstbestimmungsargumenten gegen die postmortale Organentnahme bei Personen, die keine Erklärung zur Spendenbereitschaft abgegeben haben, vergleichsweise gering ist. Demgegenüber sieht er in der von ihm als „Zwangserklärungsregelung“ bezeichneten Mandated-choice-Option (s.u.) einen vergleichsweise gravierenden Eingriff in die Selbstbestimmung, weil sie den Willen einer aktuell lebenden Person bindet und sie potenziell moralischem Druck aussetzt.²⁸

²⁶ F. Kelle, *Widerspruchslösung und Menschenwürde*, 2011.

²⁷ P. Singer, *Praktische Ethik*, 1984.

²⁸ D. Birnbacher, *Der Mangel an Spenderorganen und das Selbstbestimmungsrecht*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, 2018.

In diesem Kontext sind faktisch auch manche der Versuche einzuordnen, durch Konstrukte wie Presumed Consent, Presumed Authorization oder Normative Consent die Legitimität von Opt-Out-Regelungen (s. IV) der Organspende zu begründen oder Selbstbestimmungsargumente gegen solche Regelungen zu entkräften.²⁹ Gemeinsam ist diesen Konstrukten, dass sie zwar das Vorliegen einer expliziten Willenserklärung gegen eine postmortale Organentnahme als zureichenden Grund dafür ansehen, auf die Explantation von für Transplantationszwecke geeigneten Organen zu verzichten, nicht jedoch das bloße Fehlen einer expliziten Zustimmung. Gemeinsam ist ihnen ferner, dass sie diese Position durch Argumente zu stützen suchen,³⁰ die nicht unmittelbar darauf zielen, die Einschlägigkeit des Selbstbestimmungsgrundsatzes zu bestreiten³¹ oder jedenfalls sein Gewicht zu relativieren, sondern vielmehr darauf zielen, die Implikationen des Fehlens einer expliziten Zustimmung zur Organspende für den Selbstbestimmungsgrundsatz einer Weise zu (re-)interpretieren, die die normative Differenz zu Fällen, in denen eine explizite Zustimmung vorliegt, geringer erscheinen lässt. Anders als bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens etwa aufgrund früherer Stellungnahmen oder Verhaltensindizien geht es im Rahmen dieser Ansätze nicht darum, individuelle Anhaltspunkte für die faktischen Entscheidungsdispositionen potenzieller Organspender:innen zu finden. Auch geht es nicht darum, herauszufinden, welche Entscheidung vor dem Hintergrund ihrer rekonstruierten subjektiven Wertvorstellungen für sie objektiv gut wäre. Vielmehr wird auf Basis allgemeiner normativer Argumente dafür plädiert, ihnen auch in Abwesenheit entsprechender individueller Gründe oder Indizien bestimmte Entscheidungsdispositionen präsumtiv als wahrscheinlich zuzuschreiben oder normativ als geboten zuzurechnen. Dafür werden allerdings unterschiedliche Gründe angeführt.

²⁹ A. J. Cronin/J. Harris, Authorisation, altruism and compulsion in the organ donation debate, J Med Ethics, 2010, 627; B. Saunders, Normative consent and opt-out organ donation, J Med Ethics 2010, 84; ders., Paper: Normative consent and organ donation: a vindication, J Med Ethics 2011, 362; ders., Opt-out organ donation without presumptions, J Med Ethics 2012, 69; ders., Opt-out, mandated choice and informed consent, Bioethics, 2023, 862; kritisch M. Potts et al., Normative consent and presumed consent for organ donation: a critique, J Med Ethics 2010, 498; N. Manson, Informed consent, Camb. Q Healthc Ethics 2013, 33.

³⁰ Der Begriff des *presumed consent* wird nicht immer für eine bestimmte Interpretation des Selbstbestimmungsprinzips verwandt, die ggf. geeignet ist, um *Opt-Out*-Regelungen zu stützen, sondern manchmal auch schlicht als *gleichbedeutend* mit *Opt-Out*-Regelungen verstanden.

³¹ J. Delaney/D. B. Hershenov, Why consent may not be needed for organ procurement, AJOB 8/2009, 3; P. Łuków, Solidarity and the ethics of exposing others to risk in medical research, Bioethics 2022, 489.

Manche Vertreter:innen gehen davon aus, dass für potenzielle Spender:innen schlicht keine (gewichtigen) guten Gründe verfügbar sind, die gegen die postmortale Organspende sprechen, da sie nach ihrem eigenen Tod kein starkes Interesse an der Funktionsfähigkeit ihrer Organe oder an der Unversehrtheit ihres Körpers haben könnten. Im Hinblick auf die vitalen Interessen potenzieller Organempfänger:innen sei es daher legitim, jedenfalls denjenigen Personen, die sich nicht explizit anderslautend geäußert haben, die Bereitschaft zur Organspende zu unterstellen oder sie als einzig rationale Entscheidung – als die Bereitschaft zur Erfüllung einer moralischen Pflicht – normativ vorauszusetzen. Entsprechend argumentiert Ben Saunders: „Where it would be wrong of someone to refuse their consent, then the fact that they have not actually given it is irrelevant, though an explicit denial of consent (as in opting out) may still be binding.“³² Saunders' normative Überlegungen basieren auf utilitaristischen Annahmen. Insbesondere bezieht er sich³³ auf das von Peter Singer ursprünglich zur Begründung von Pflichten zum globalen Wohlstandstransfer herangezogene *Argument des größeren Übels*: „if it is in our power to prevent something bad from happening, without thereby sacrificing anything of comparable moral importance, we ought, morally, to do it.“³⁴

Gegen dieses Normative Consent-Konstrukt ist eingewandt worden, dass die Rede von „consent“ auf einen Etikettenschwindel hinauslaufe: Die Tatsache, dass gute moralische Gründe dafür sprechen, dass eine Person ihre Organe spendet, bedeutet offenbar nicht, dass diese Person in irgendeinem Sinne zugestimmt hat, ihre Organe zu spenden.³⁵ Auch in anderen Kontexten, in denen Personen ihren Körper für die Zwecke anderer zur Verfügung stellen können, etwa im Kontext von Humanexperimenten, wird es als für die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts wesentlich angesehen, die Gültigkeit selbstbestimmter Entscheidungen nicht an inhaltliche Kriterien zu binden, so dass auch die Angabe von Entscheidungsgründen nicht erforderlich ist.

³² B. Saunders, in: (Fn. 29), 362.

³³ B. Saunders, in: (Fn. 29), 86.

³⁴ P. Singer, *Famine, Affluence, and Morality*, 2016, 6 f. Ähnlich konsequenzorientiert argumentiert P. Schaber, *Organspende – Geschenk oder moralische Pflicht?*, 2022, 112: „Ob es einfach gut oder ob es eine moralische Pflicht ist, seine Organe postmortal zur Verfügung zu stellen, hängt davon ab, wie gewichtig das Gut ist, das damit realisiert wird und wie gewichtig im Verhältnis dazu die Nachteile sind, die sich für die Organspender:innen ergeben.“

³⁵ N. Manson, in: (Fn. 29), 33.

Eine alternative Begründung für das Presumed Consent-Konstrukt basiert auf einer Art Symmetriethese, nämlich auf der Annahme, dass die Nichtberücksichtigung von Präferenzen für eine postmortale Organspende moralisch exakt denselben Status hat wie die Nichtberücksichtigung von Präferenzen gegen eine solche Spende. Dieser These zufolge ist nicht nur die fremdnützige Verwendung von Organen einer Person, die von diesen Personen keinen sinnvollen Gebrauch mehr machen kann, zustimmungsrelevant. Vielmehr ist es in genau derselben Weise auch die Nicht-Verwendung dieser Organe. Michael B. Gill zufolge missachtet daher eine Zustimmungsregelung die Selbstbestimmung derjenigen, die eine nicht explizit erklärte Präferenz für die postmortale Spende ihrer Organe haben, in derselben Weise wie eine Widerspruchsregelung die Selbstbestimmung derjenigen verletzt, die eine nicht explizit erklärte Präferenz gegen die postmortale Organspende haben.³⁶ Welche Implikationen das Zustimmungsprinzip für die Bewertung dieser Modelle hat, wird dieser Argumentation zufolge zu einer Frage der Meinungsstatistik: Falls es unter denjenigen, die sich hinsichtlich ihrer Bereitschaft zur postmortalen Organspende nicht explizit erklärt haben, mutmaßlich mehr Personen gibt, die eine Präferenz für die Organspende haben, verletzt die Opt-In-Lösung das Selbstbestimmungsrecht in gravierenderer Weise als die Opt-Out-Lösung.³⁷

Einwände gegen diese Argumentation wenden sich insbesondere gegen die für das Argument wesentliche Symmetriethese. Sie stützen sich vorrangig auf die klassische liberale Interpretation des Selbstverfügungsrechts als Self-Ownership am eigenen Körper. Wie bei der Verfügung über andere Arten von Eigentum reicht demnach die bloße Unterstellung einer Zustimmungsbereitschaft zum Zustandekommen einer Transaktion nicht aus, selbst wenn diese Zustimmungsbereitschaft (wie Gill zufolge) statistisch wahrscheinlich wäre oder wenn sie (wie bei Saunders) durch gute moralische Gründe gestützt wäre. Angenommen wird dabei, dass das bloße Geschehenlassen des Sterbeprozesses und die Durchführung der normalen Prozeduren der Bestattung nicht denselben Anforderungen an eine (vorgreifende) Einwilligung unterworfen sind wie die fremdnützig vollzogene Explantation eigener Organe und deren Weiternutzung durch andere Personen – ebenso wie es keiner expliziten Einwilligung

³⁶ M. B. Gill, Presumed consent, autonomy, and organ donation, in: J Med Philos. 2004, 37.

³⁷ I. Kennedy/R. A. Sells/A. S. Daar/R. D. Guttman/R. Hoffenberg/M. Lock/J. Radcliffe-Richards/N. Tilney, The case for "presumed consent" in organ donation. Lancet 1998, 351.

der Eigentümerin eines Fahrrades dafür bedarf, dass mobilitätsbedürftige Personen darauf verzichten, ihr Fahrrad auszuleihen, ungeachtet der guten Gründe, die (auch aus ihrer Sicht) für das Verleihen sprechen mögen. Da dieser Lesart zufolge nur die Fremdnutzung eigener Organe zustimmungspflichtig ist, aber nicht der Verzicht auf diese Fremdnutzung, reichen auch die Präferenzen einer Mehrheit nicht zur Legitimierung der Widerspruchsregelung aus.³⁸ Ethische Argumente gegen die Symmetriethese lassen sich nicht nur im Ausgang von liberalen, von Locke ausgehenden freiheits- und eigentumsorientierten Konzepten der Selbstverfügung gewinnen, sondern werden teils auch auf kantische Annahmen normativer Selbstverpflichtungen gegenüber der eigenen Person gestützt.³⁹ Daneben finden sich auch pragmatische Argumente gegen Presumed Consent, etwa die Befürchtung, deren Durchsetzung könne den sozialen Frieden oder das Vertrauen in das Transplantationssystem gefährden.⁴⁰

b) „Dead donor rule“ und Todeskriterien

Ein weiteres zentrales Thema der ethischen Organspendediskussion betrifft die Regel, dass⁴¹ die Organentnahme nur am Körper bereits verstorbener Personen zulässig ist. Diskussionen finden diesbezüglich zumindest auf drei verschiedenen Ebenen statt. Erstens ist strittig, ob diese Dead Donor Rule überhaupt vernünftig oder moralisch zwingend ist. Kontrovers ist zweitens, ob sich überhaupt auf wissenschaftliche oder anderweitig universell verbindliche Weise feststellen lässt, wo genau die Grenze zwischen Leben und Tod verläuft, oder ob sich dies zumindest in einer für spezifische Verwendungskontexte objektiv gültigen Weise entscheiden lässt. Drittens

³⁸ A. Spital, *Organ donation and presumed consent*, Lancet 1998, 150 argumentiert mit Verweis auf R. M. Veatch/J. B. Pitt, *Transplantation Proceedings* 1995, 1888: „[B]ecause a significant minority of the public are opposed to organ donation, it is wrong to presume that everyone would consent. Despite our best efforts to educate the public, it is likely that many people would remain ignorant of the policy, and for these people Presumed Consent would be tantamount to secretive conscription of organs.“

³⁹ So sieht Lübbe im „Erfordernis der Zustimmung“ zur postmortalen Organentnahme „eine Schranke für [...] Verwertungsprozesse“ und letztlich den „Ausfluss des Gebots, den Menschen nicht zum Tauschobjekt zu machen, auch nicht sich selbst“, Lübbe, Äußerungspflicht zur Organspende und Widerspruchsregelung, Vortrag beim Forum Bioethik des Deutschen Ethikrats am 27. Oktober 2010 in Berlin, 10 [https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/fb_2010-10-27_referat_luebbe.pdf].

⁴⁰ S. Zink/R. Zeelandelaar/ S. Wertlieb, *Presumed versus Expressed Consent in the US and Internationally*, *AMA J Ethics*, 2005, 610; Thaler/Sunstein, in: (Fn. 2).

⁴¹ von den in Fn. 3 angegebenen Ausnahmen abgesehen.

sind sich auch diejenigen, die die Möglichkeit entsprechender objektiv gültiger Grenzziehungen grundsätzlich bejahen, untereinander uneins darüber, welche Kriterien für das Eintreten des Todes (jedenfalls in dem Sinne, der für die Dead Donor Rule relevant ist) angelegt werden sollten.⁴² Im vorliegenden Kontext beschränken wir uns auf eine knappe Skizze der Kontroverse.

Generell reduzieren offenbar sowohl ein vergleichsweise spät angesetzter Todeszeitpunkt als auch ein vergleichsweise höherer Aufwand für die Überprüfung dieses Zeitpunkts die Wahrscheinlichkeit, dass verwendbare Organe zur Verfügung stehen. Würde der Tod mit einem irreversiblen Ausfall aller Organfunktionen gleichgesetzt, wäre die postmortale Organspende unmöglich. Wesentliche Bedingung⁴³ für die Entwicklung der Organtransplantation war die Durchsetzung der Hirntod-Konzeption,⁴⁴ wesentlich im Anschluss an die Stellungnahme eines Ad-Hoc-Komitees der Harvard Medical School im Jahr 1968, das in der Stellungnahme näher definierte „irreversible Koma“ als „neues Kriterium des Todes“⁴⁵ gefasst und dafür eine Reihe von Argumenten entwickelt hat.⁴⁶ Die in der Stellungnahme vorgeschriebenen Kriterien für die Feststellung des Hirntodes wurden in den folgenden Jahren mehrfach modifiziert; auch sind im internationalen Vergleich Unterschiede im Hinblick auf die genaue Fassung dieser Kriterien anzutreffen.⁴⁷ Unstrittig haben jedoch auf der Hirntod-Konzeption basierende Kriterien die nachfolgende medizinische Praxis bis heute nachhaltig geprägt.

⁴² Es liegt auf der Hand, dass diese Kontroversen auch für einige der Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht relevant sind. Wenn beispielsweise angenommen wird, dass das Gewicht von Entscheidungen über den eigenen Körper wesentlich davon abhängig ist, ob sie über den Zeitpunkt des Todes hinausreichen, schlagen Ungewissheiten bezüglich dieses Zeitpunkts auf die Annahmen über das Gewicht des Selbstbestimmungsrechts durch.

⁴³ H. Angstwurm, Hirntod – Bedingung von Organspenden nach dem Tod, in: A. T. May/H. Kreß/T. Verrel/T. Wagner, Patientenverfügungen, 2016, 273.

⁴⁴ R. Stoecker, Hirntod – philosophisch, in: H. Wittwer/D. Schäfer/A. Frewer, Handbuch Sterben und Tod 2020, 124 (124).

⁴⁵ Ad Hoc Committee, A Definition of Irreversible Coma, JAMA 1968, 205, Übers. d. Verf.; vgl. R. D. Truog The 50-Year Legacy of the Harvard Report on Brain Death, JAMA 2018, 335; M. De Georgia, History of brain death as death: 1968 to the present, J Crit Care 2014, 673.

⁴⁶ F. Oduncu/G. Hohendorf, Hirntod – medizinisch, in: H. Wittwer/ S. Schäfer/A. Frewer , Handbuch Sterben und Tod 2020, 117, (121) weisen auf weitere aus dem Jahr 1968 stammende wissenschaftliche Beiträge aus Frankreich und Deutschland als Quellen der Hirntod-Konzeption hin.

⁴⁷ Wie bedeutsam Modifikationen und Differenzen sind, wird unterschiedlich kommentiert. Für eher nachrangig halten sie S. D. Shemie/A. Baker, Uniformity in Brain Death Criteria, in: Seminars in Neurology 2015, 162; anderer Auffassung sind W. Spears/ A. Mian/D. Greer, Brain death: a clinical overview, in: J. Intensive Care 2022, 1.

Trotz dieser großen Bedeutung der Hirntod-Konzeption als Grundlage für die die medizinische Praxis leitenden Kriterien war die Hirntod-Konzeption insbesondere im Hinblick auf den beanspruchten Status einer neuen Definition des Todes von Beginn an kontrovers⁴⁸ und ist es, wie auch die abweichenden Positionen innerhalb des Deutschen Ethikrates nachdrücklich dokumentieren,⁴⁹ bis heute geblieben.⁵⁰ Zweifel und Einwände stützen sich teils auf die Tatsache, dass hirntote Personen dank medizinischer Unterstützungsmaßnahmen zahlreiche Organfunktionen und körperliche Reaktionen über einen längeren Zeitraum aufrecht erhalten können, so dass beispielsweise auch die Fortsetzung einer Schwangerschaft möglich ist. Teils stützen sie sich auf religiöse oder weltanschauliche Verständnisse von Tod und Leben und/oder auf die Annahme, dass die Hirntoddefinition auf einer einseitig bewusstseinszentrierten Auffassung des menschlichen Lebens basiere. Dabei wird vielfach die Auffassung vertreten, dass es keine schlechthin richtige Definition des Todes geben könne. Da Sterben ein kontinuierlicher Prozess sei, in dem unterschiedliche Lebensprozesse und Funktionen zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausfallen oder nachlassen, und da zudem die Bedeutung der „Begriffe ‚Leben‘ und ‚Tod‘“ dadurch gekennzeichnet sei, dass es „sogenannte ‚Bündelbegriffe‘“ seien, „d.h. Begriffe, die wir auf der Basis von verschiedenen begrifflichen Merkmalen anwenden, ohne dass sich diese zu notwendigen und hinreichenden analytischen Bedingungen zusammenfassen ließen“,⁵¹ sei mit jedem Versuch, einen genauen Punkt in diesem Prozess als definitiven Zeitpunkt ‚des‘ Todes zu bestimmen, ein willkürliches Element verbunden. Falls dies stimmt, ist damit nicht ausgeschlossen, dass sich die in spezifischen Hinsichten oder für spezifische Zwecke relevanten Funktionen benennen und damit auch spezifische Kriterien für die Feststellung des Todeszeitpunkts als die angemessenen bestimmen lassen. Problematisch wäre dann jede Behauptung, mit solchen auf spezifische Zwecke zugeschnittenen Festlegungen „den“ Tod in einer universalgültigen Form definiert zu haben. Tatsächlich handelt es sich bei Behauptungen wie der, dass „mit dem irreversiblen Funktionsausfall des Gehirns die den lebenden Menschen auszeichnende untrennbare (individuelle) physisch-metaphysische

⁴⁸ Exemplarisch H. Jonas, in: T. L. Beauchamp/S. Perlin, *Ethical Issues in Death and Dying* 1978, 51.

⁴⁹ *Deutscher Ethikrat*, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, 2016, Kap.III.

⁵⁰ Aus philosophischer Perspektive: D. Birnbacher, *Tod*, 2017; R. Stoecker, *Der Hirntod*, 2016.

⁵¹ Stoecker, in: (Fn. 44), 128.

Einheit“ „endet“,⁵² nicht lediglich um wissenschaftlich objektivierbare Feststellungen.

In jüngerer Zeit wird verstärkt über die Zulässigkeit der Organentnahme bei Non-Heart-Beating Donors (NHBD) beziehungsweise Donation after Circulatory Death (DCD) diskutiert. Damit ist die in einigen europäischen Ländern erlaubte Entnahme von Organen von Spendern gemeint, bei denen über eine gewisse Zeitspanne ein anhaltender Kreislaufstillstand festgestellt ist. Diese Zeitspanne ist in den Ländern, in denen DCD erlaubt ist, noch nicht einheitlich geregelt. „Sie orientiert sich praktisch daran, wie lange abgewartet werden muss, bis die Herzfunktion sicher nicht wieder spontan einsetzt. Da eine Reanimation dann aber noch möglich ist, unterscheidet sich das Verständnis von Irreversibilität erheblich von dem Verständnis beim irreversiblen Hirnfunktionsausfall: Während letztgenanntem Verständnis die Unmöglichkeit der Reversibilität zugrunde liegt, bezieht sich die Irreversibilität bei der Donation after Circulatory Death auf die Entscheidung gegen eine Reanimation.“⁵³

In Deutschland ist die DCD aktuell nicht erlaubt und wird mehrheitlich als Verstoß gegen die Dead Donor Rule gesehen.⁵⁴ Allerdings wird in der Diskussion häufig die Notwendigkeit der Regel selbst in Frage gestellt.⁵⁵ Der Vorschlag, von der Dead Donor Rule abzurücken, speist sich aus der Hoffnung, dass damit notorisch schwierige Debatten über Definition und Kriterien „des“ Todes aufgegeben werden und dass andere Kriterien gefunden werden können, die sicherstellen, dass die wesentlichen Rechte der Spender:innen gleichwohl geschützt sind. Gegner:innen des Vorschlags sehen darin hingegen eine „sowohl ethisch als auch verfassungsrechtlich“⁵⁶ inakzeptable Aufgabe des Tötungsverbots.

⁵² So F. Oduncu/G. Hohendorf, in: (Fn. 46), 121.

⁵³ M. Lauerer/E. Nagel, Ethische Fragestellungen der Organspende und -verteilung, in: A. Rahmel/K. Hahnenkamp/C.-D. Middel, Repetitorium Transplantationsbeauftragte, 2022, 73 (75).

⁵⁴ Ebd.; vgl. Deutscher Ethikrat, in: (Fn. 49), 113; E. J. N. Busch/M. T. Mjaaland, Does Controlled Donation after Circulatory Death Violate the Dead Donor Rule?, in: AJOB 2/2023, 4 argumentieren dagegen, dass die Organentnahme bei NHBD nicht die Dead Donor Rule verletze. Der Sinn der Dead Donor Rule bestehe nämlich nur darin, zu verhindern, dass eine Organentnahme Spender:innen tötet. Da diese aber nach der Wartezeit bereits „subject to a lethal pathophysiological state“ seien „that has sent them on a trajectory toward death and that cannot be retracted by the donor herself and will not be retracted by medical intervention“, sei die Organentnahme nicht als Kausalursache des Todes anzusehen.

⁵⁵ Deutscher Ethikrat, in: (Fn. 49), 96-103.

⁵⁶ Deutscher Ethikrat, in: (Fn. 49), 104.

c) Nutzen für Organempfänger:innen, Altruismus und Fairness

Unstrittig ist, dass die Organspende für die Empfänger:innen lebenswichtig sein oder erheblich zur Verbesserung ihrer Lebensqualität beitragen kann. Wie schon im Kontext der Diskussion über das Selbstbestimmungsprinzip angedeutet, ist jedoch ethisch kontrovers, wie der potenziell erhebliche Nutzenzuwachs, der sich primär für die Organempfänger:innen und ihnen nahestehende Personen ergibt, gegen andere legitime Ansprüche, insbesondere gegen das Recht potenzieller Spender:innen auf vorgegreifende Selbstverfügung über den eigenen Körper, abzuwägen ist. Unterschiedliche normativ-ethische Basistheorien (z.B. konsequentialistisch-nutzenaggregierende versus non-konsequentialistische) können diesbezüglich sehr unterschiedliche Schlussfolgerungen rechtfertigen. Nicht zufällig stammt ein klassisches – einigermaßen krudes – Gedankenexperiment zur Beurteilung der Plausibilität des Utilitarismus aus dem Bereich der (Lebend-)Organspende.⁵⁷

Traditionell wird die Organspende primär als ein freiwilliger Akt der Wohltätigkeit und Ausdruck eines Ethos des Altruismus verstanden. Das kommt schon im Begriff der „Spende“ bzw. „donation“ deutlich zum Ausdruck.

Insbesondere aus utilitaristischer Sicht wird im Hinblick auf die erwartbare Gesamtnutzenbilanz häufig angenommen, dass es eine eindeutige moralische Pflicht zur postmortalen Organspende gibt.⁵⁸ Wer diese Auffassung teilt und die Organspende für moralisch geboten hält, muss dabei nicht notwendigerweise auch der Auffassung sein, dass es angemessen wäre, auch eine rechtliche Spendenpflicht einzuführen oder durch andere staatliche Zwangsmaßnahmen die moralische Pflicht durchzusetzen. Gerade konsequentialistische Ethiken sind dazu aufgerufen, den realistischerweise erwartbaren Nutzen alternativer Regelungsoptionen sorgfältig abzuwägen und dabei auch die Freiheitseinschränkungen und andere negative Folgen staatlicher Zwangsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Auch unabhängig von konsequentialistischen Nutzenabwägungen lässt sich für eine moralische Pflicht zur Organspende argumentieren. Es

⁵⁷ G. Harman, *The Nature of Morality*, 1977, 3 f.

⁵⁸ D. A. Peters, *Rationale for organ donation: charity or duty*, in: *J Med Humanit Bioeth* 1986, 106; Schaber, in: (Fn. 34).

scheint plausibel, dass die Bereitschaft, die eigenen Organe im Todesfall zur Verfügung zu stellen, für diejenigen, die selbst bereit sind, nötigenfalls Organe zu empfangen, einer Anforderung der Fairness folgt (wer bereit ist zu nehmen, muss auch bereit sein zu geben). Auf diesem Gedanken basieren Reziprozitätsmodelle der Organverteilung, die vorsehen, dass Personen, die ihre eigene Bereitschaft zur Organspende erklärt haben, im Bedarfsfall bei der Organvergabe bevorzugt werden. Das impliziert, dass bei der Organvergabe nicht-medizinische Kriterien berücksichtigt werden müssen. Es bedeutet zudem, dass die Bindung der Organspende an das Ethos des Altruismus gelockert wird, da die erklärte Bereitschaft zur Organspende mit unmittelbaren Vorteilen für die potenziellen Spender:innen verbunden ist. Befürworter:innen halten jedoch beides für akzeptabel, wenn das Modell zur Erhöhung der Spendenbereitschaft führt. Sie sehen darin auch eine akzeptable Alternative zur Kommerzialisierung der Organspende.⁵⁹ Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages hat in einem Gutachten die Auffassung vertreten, dass „kein generelles verfassungsrechtliches Verbot“ bestehe, „bei der Verteilung von Spenderorganen die eigene Spendenbereitschaft des transplantationsbedürftigen Patienten mit zu berücksichtigen“.⁶⁰ Vorstellungen von Fairness spielen offenbar auch außerhalb des Reziprozitätsmodells eine zentrale Rolle bei der Bewertung von Modellen der Organverteilung. Diese umfangreiche Problematik wird hier ganz ausgespart. Sie ist im vorliegenden Kontext nur insofern relevant, als anzunehmen ist, dass die wahrgenommene Fairness eines Verteilungssystems zu den zahlreichen soziokulturellen Faktoren gehört, die einen Einfluss auf die Spendenbereitschaft haben können.

IV. Modelle der Willensäußerung

Organspenden sollen zum Ziel beitragen, Menschenleben zu retten oder die Lebensqualität von Organempfänger:innen zu erhöhen. Jede Regelung der Spendenpraxis muss jedoch zugleich Würde und Grundrechte aller Beteiligten wahren, einschließlich der Persönlichkeitsrechte der Spender:innen. Diese Ziele gilt es miteinander in Einklang zu bringen. Dies gilt nicht zuletzt bei der Frage, welches Modell der

⁵⁹ C. Illies/F. Weber, Organhandel versus Reziprozitätsmodell, in: Dtsch Med Wochenschr 2004, 271.

⁶⁰ WD 3 - 280/07, 14.

Willensbildung (z.B. Widerspruchsregelung, Zustimmungsregelung, Mandated Choice) verwendet werden soll.

Im Folgenden werden die zentralen Modelle der Willensäußerung und alternative Modelle eingeführt.

1. Zentrale Modelle der Willensäußerung und ihre unterschiedlichen Ausprägungen

Es lassen sich drei zentrale Regelungen zur Willensäußerung im Kontext der Organspende unterscheiden: die Zustimmungsregelung (Opt-In), die Widerspruchsregelung (Opt-Out) sowie die verpflichtende Entscheidung (Mandated Choice). Die einzelnen Modelle können dabei in unterschiedlichen Varianten auftreten (enge und erweiterte Form) und durch ergänzende Maßnahmen erweitert werden.

Als *Zustimmungsregelung* oder Opt-In wird eine Regelung bezeichnet, die eine explizite Zustimmung der:des Betroffenen als Bedingung für die Entnahme von Organen oder Gewebe erfordert, bspw. durch entsprechende Registrierung im Spenderegister, durch schriftliche Dokumentation in einer Patientenverfügung oder durch einen Organspendenausweis. Bei der engen Form der Zustimmungsregelung ist die Entnahme von Organen und/oder Geweben ausschließlich dann zulässig, wenn eine schriftliche Zustimmungserklärung der/des Verstorbenen vorliegt. Eine erweiterte Form bezieht die Angehörigen im Falle einer fehlenden Erklärung zur Organspende mit in den Entscheidungsprozess ein. Die nächsten Angehörigen werden dann danach befragt, ob ihnen der Wille der potenziellen Spenderin beispielsweise durch eine mündliche Erklärung zur Spendenbereitschaft bekannt ist. Kann auch auf diesem Wege der Wille nicht ermittelt werden, so liegt es bei den Angehörigen unter Berücksichtigung des vermuteten Willens der:des Betroffenen, über die Freigabe der Organe zu entscheiden. Eine Entnahme von Organen und/oder Gewebe ist ohne ausdrückliche Zustimmung der Angehörigen in diesem Fall nicht zulässig.

Bei der *Widerspruchsregelung* (Opt-Out) wird bei fehlendem ausdrücklichem Widerspruch einer potenziellen Organspenderin von einer

Zustimmung ausgegangen. Bei der engen Form der Widerspruchsregelung gilt das Fehlen eines dokumentierten Widerspruchs ohne Einbezug und Anhörung der Angehörigen automatisch als Zustimmung zur Organspende. Fehlt ein expliziter Widerspruch bei der erweiterten Form der Widerspruchslösung, werden die Angehörigen danach befragt, ob ihnen ein Widerspruch gegen die Organspende bekannt ist. Ist auch den Angehörigen kein Widerspruch bekannt, müssen sie stellvertretend über die Freigabe der Organe entscheiden. Die Konsultation der Angehörigen im Falle der Zustimmungsregelung und der Widerspruchsregelung unterscheidet sich im Framing der Fragestellung. Während bei der Zustimmungsregelung von einem Nicht-Spender als *Default* ausgegangen und nach einer möglichen Zustimmung zur Organspende gefragt wird, adressiert das medizinische Personal die Befragten im Kontext einer Widerspruchsregelung als Angehörige eines vermuteten Organspenders. Auch in Ländern mit einer formal engen Widerspruchsregelung ist eine Konsultation der Angehörigen bei fehlender Willensbekundung die übliche Praxis.

Aus dem unmittelbaren Entscheidungsprozess ausgeschlossen sind Angehörige beim Modell der *verpflichtenden Entscheidung* (Mandated Choice). Bei dieser Regelung müssen sich alle Bürger:innen zu ihrem Willen für oder gegen die Organspende äußern. Die Haltung zur Organspende kann dabei etwa bei Anlässen wie der Ausstellung von Ausweispapieren, der Ausstellung des Führerscheins oder bei der Steuererklärung abgefragt werden. Ziel dieses Modells der Willensäußerung ist es, dass sich die Bürger:innen aktiv mit der Frage zur Organspende auseinandersetzen und ihre Entscheidung in gültiger Weise dokumentieren.

Besonders die Zustimmungs- und Widerspruchsregelung werden oftmals länderspezifisch durch ergänzende Maßnahmen erweitert. In Deutschland wird beispielsweise bei der „erweiterten Zustimmungslösung“ darauf gesetzt, durch verstärkte Aufklärung und vereinfachte Willensäußerung die Spendenbereitschaft der Bürger:innen zu stärken und die Spendenrate anzuheben. Eine verstärkte Ansprache durch Krankenkassen, in Arztpraxen oder bei Behördengängen sollen die Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende fördern und wiederholte Anlässe und Gelegenheiten bieten, die eigene Haltung zur Organspende festzuhalten oder

die bereits registrierte Entscheidung zu ändern.⁶¹ Das neu eingerichtete Online-Register soll es erleichtern, die eigene Haltung zur Organspende zu dokumentieren. Die Bezeichnung dieser Lösung als „Entscheidungslösung“ ist nicht unproblematisch, denn sie kann im englischsprachigen Raum zur Verwechslung mit der *Mandated Choice* führen, bei der eine aktive Entscheidung verpflichtend ist.

Thaler und Sunstein plädieren in der „Final Edition“ ihres Buches *Nudge* für eine Abwandlung der *Mandated Choice*, das Modell der *Prompted Choice*.⁶² (Es sei darauf hingewiesen, dass das Organspende-Kapitel ihres Buches in der „Final Edition“ gegenüber der ersten Fassung deutlich verändert ist. Dabei wird auch neueren Studien über die Effekte verschiedener Defaults Rechnung getragen.) Im Rahmen der Zustimmungslösung soll durch die gezielte Gestaltung der Entscheidungsumgebung, d.h. durch die Setzung von sogenannten *Prompts*, eine Auseinandersetzung und explizite Äußerung zur Organspendebereitschaft angeregt werden. Bei Gelegenheiten wie der Ausstellung des Führerscheins kann die Haltung zur Organspende abgefragt werden. Anders als bei der Option der *Mandated Choice* wird Bürger:innen die Option eingeräumt, ihre Entscheidung aufzuschieben. Beispiele für dieses Modell finden sich unter anderem in den USA und in Großbritannien vor 2015.⁶³

Es ließe sich diskutieren, ob durch die in Deutschland ergriffenen Maßnahmen zur verstärkten Ansprache von Bürger:innen, beispielsweise bei Arztbesuchen, bereits ein *Prompted Choice*-Modell realisiert wird oder wie nahe sie diesem Modell stehen. Geht man von einem engen Verständnis von *Prompted Choice* aus, liegt ein Unterschied jedenfalls darin, dass Bürger:innen zwar angesprochen und erinnert werden, jedoch kein Formular zur direkten Registrierung vorgelegt bekommen. Im Unterschied hierzu findet sich in den USA im Formular zur Antragstellung auf Ausstellung eines Führerscheins eine explizite Frage-Box, die angekreuzt

⁶¹ <https://www.deutschlandfunk.de/organspende-was-die-erweiterte-zustimmungsloesung-bedeutet-100.html> und <https://www.welt.de/politik/deutschland/article192928931/Organspende-Baerbock-Hausaerzte-sollen-Patienten-alle-zwei-Jahre-ermutigen.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁶² R. H. Thaler/C. R. Sunstein, *Nudge*. The Final Edition, 2021, 265.

⁶³ P. G. Hansen/A. M. Jespersen, *Nudge and the Manipulation of Choice*, in: *Eur J Risk Regul* 1/2013, 4; J. B. Kessler/A. E. Roth, *Don't Take 'No' For An Answer: An Experiment With Actual Organ Donor Registrations*, in: NBER working paper 20378, 2014, https://www.nber.org/system/files/working_papers/w20378/w20378.pdf.

werden kann (*Prompted Choice*) und in einigen Staaten der USA auch angekreuzt werden muss (*Mandated Choice*).⁶⁴

2. Alternative Versuche, die Spendenrate anzuheben

Neben den drei Hauptmodellen der Willensäußerung werden in einigen Ländern auch die bereits erwähnten *Anreiz- oder Reziprozitätsmodelle* genutzt. So werden in Israel auch medizinfremde Kriterien bei der Zuteilung von Spenderorganen herangezogen.⁶⁵ Im Falle von mehreren potenziellen Empfänger:innen, die nach medizinischen Kriterien in gleichem Maße auf eine Spenderorgan angewiesen sind, wird der Faktor der Spendenbereitschaft berücksichtigt und diejenige Person priorisiert, die bereits eine Lebendspende getätigt hat oder Verwandte hat, welche bereits Organe gespendet haben. Daran anschließend werden Patient:innen im Falle gleicher Angewiesenheit priorisiert, sofern sie selbst als Organspender registriert sind, gefolgt von den Patient:innen, die Angehörige ersten Grades haben, die als Spender:in registriert sind. Mit dieser Regelung, so zeigen Thaler und Sunstein auf, werden Bürger:innen nicht nur selbst zur Organspende motiviert.⁶⁶ Auch die Verwandten, die einer Organspende zustimmen müssen, haben einen direkten Vorteil davon, dass ihre Verwandten zu Spender:innen werden.

Während sowohl die Widerspruchslösung als auch die Zustimmungslösung von einem altruistischen Spendenmotiv ausgehen und dieses durch Aufklärungskampagnen, Transparenzinitiativen und Vertrauensbildung befördern wollen, lösen sich Reziprozitätsmodelle und erst recht reine Anreizmodelle von diesem Motiv. Dabei wird, was bei rein ökonomischen Anreizmodellen kaum der Fall ist, der mit Reziprozitätsmodellen verbundene Appell an das Eigeninteresse potenzieller Spender:innen auch durch Intuitionen der Fairness gestützt,

⁶⁴ Bei der Diskussion der Rolle von Nudges im Kontext der Organspende und besonders im Kontext des Prompted Choice Modells muss beachtet werden, dass sich der rechtliche Rahmen für die Registrierung als Organspender:in zwischen Deutschland und den USA deutlich unterscheidet, s. *WD 9 - 3000 - 025/18*, 12.

⁶⁵ *M. Levy*, State incentives to promote organ donation: honoring the principles of reciprocity and solidarity inherent in the gift relationship, in: *JLB 2018*, 398; *J. Lavee/A. Stoler*, Reciprocal Altruism—the Impact of Resurrecting an Old Moral Imperative on the National Organ Donation Rate in Israel, in: *Law Contemp Probl 2014*, 323.

⁶⁶ *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, in: (Fn. 62), 271.

was nicht ausschließt, dass das Modell auch neue Fairnessprobleme mit sich bringen kann.⁶⁷

V. Nudging und Organspende

Angesichts der anhaltenden Knappheit an Spenderorganen wird zunehmend über alternative Ansätze diskutiert, um die Spendenrate zu erhöhen. Eine dieser Möglichkeiten ist der Einsatz von Nudging-Techniken. Im Folgenden werden wir das Konzept des Nudgings von Thaler und Sunstein einführen und dieses im Kontext der Organspende einordnen. Hierbei werden wir erläutern, welchen Einfluss der Entscheidungskontext auf das menschliche Verhalten hat und wie der Entscheidungskontext mittels Nudging gestaltet werden kann.

1. Nudging und Libertärer Paternalismus

Zahlreiche Studien aus der Verhaltensforschung haben gezeigt, dass menschliche Entscheidungen im Alltag systematisch von den Erwartungen der Standardökonomie abweichen. So gleichen Menschen (bei Thaler und Sunstein: *Humans*) in der Realität oft nicht dem Idealmodell eines vollständig rationalen Homo Oeconomicus (*Econs*), sondern werden in standardökonomisch unerwarteter Weise davon beeinflusst, wie der Entscheidungskontext bzw. die Entscheidungsarchitektur gestaltet ist und wie sich die Entscheidungsoptionen präsentieren.

Als Entscheidungsarchitektur verstehen Thaler und Sunstein alle Aspekte der Entscheidungsumgebung, die das Verhalten von Menschen beeinflussen, wenn sie Entscheidungen treffen.⁶⁸ Hierzu zählen die Gestaltung der physischen Umgebung, die voreingestellte Standardoption oder das Framing einer bestimmten Information. Besonders in unübersichtlichen oder ungewohnten Situationen, in denen ihnen Erfahrung, Feedback und die Zeit fehlt, durchdachte Entscheidungen zu treffen, sind Menschen

⁶⁷ Für die kritische Diskussion des Modells s. N. Guttman/ G. Siegal/N. Appel-Doron/ G. Bar-On,, Promoting organ donation registration with the priority incentive: Israeli transplantation surgeons' and other medical practitioners' views and ethical concerns, in: *Bioethics* 2020, 527.

⁶⁸ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 4.

anfällig für kognitive Verzerrungen oder vereinfachende Heuristiken. Anders als Econs, treffen Menschen in solchen Situationen vorhersagbar Entscheidungen, die von ihren eigenen (wohlverstandenen) Zielen und Wünschen abweichen.

Ausgehend von der Erkenntnis, dass 1) Menschen in ihrem Verhalten davon beeinflusst werden, wie ihre Entscheidungsumgebung gestaltet ist und 2) Entscheidungsarchitektur unvermeidbar und unausweichlich ist, da es keinen neutralen Weg gibt, Entscheidungsmöglichkeiten darzustellen und Entscheidungen ohne einen bestimmten Kontext zu treffen, entwickelten der Ökonom Richard Thaler und der Rechtswissenschaftler Cass Sunstein die Theorie des Libertären Paternalismus. Sie zielt darauf ab, Menschen durch die geschickte Gestaltung der Entscheidungsumgebung in Richtung einer vorteilhafteren Entscheidung zu „stupsen“ (*to nudge*).

Libertär ist dieser Ansatz, da er die Entscheidungsfreiheit respektiert, indem er versucht, die Entscheidungsarchitektur so zu gestalten und anzupassen, dass die Autonomie des:der Einzelnen erhalten oder sogar erhöht wird. Jederzeit muss es dem Individuum selbst überlassen bleiben, seinen/ihren eigenen Weg zu wählen.⁶⁹ Der paternalistische Aspekt der Theorie des Libertären Paternalismus liegt in der Annahme, dass es für diejenigen, die einen Einfluss auf die Gestaltung von Entscheidungsarchitektur haben, legitim ist, das Verhalten von Menschen in eine Richtung zu lenken, die das Leben der Adressierten länger, gesünder und besser macht.⁷⁰ Dabei soll die Architektur die Entscheidungen in eine Richtung lenken, welche *die Adressierten selbst* als „besser“ bewerten würden („as judged by the choosers themselves“), wenn sie „vollständig aufmerksam gewesen wären, über vollständige Informationen verfügt hätten, über unbegrenzte kognitive Fähigkeiten verfügt hätten und völlige Selbstkontrolle besessen hätten“⁷¹. Den Libertären Paternalismus beschreiben Thaler und Sunstein als „relativ schwache, sanfte und nicht-aufdringliche Form des Paternalismus“⁷².

Das Verhalten von Individuen wird beim Nudging durch die geschickte Gestaltung der Entscheidungsumgebung oder -situation gelenkt, ohne

⁶⁹ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 6.

⁷⁰ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 7.

⁷¹ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 7 eigene Übersetzung.

⁷² R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 7 eigene Übersetzung.

dabei andere Handlungsoptionen auszuschließen oder finanzielle Anreize zu verändern. Basierend auf Erkenntnissen aus der Verhaltensforschung, wie der Verhaltensökonomie und -psychologie, macht sich das Nudging hierfür die kognitiven Verzerrungen und Fehlschlüsse im menschlichen Denken und Handeln zu Nutze. Während die vollkommen rationalen Nutzenmaximierer der ökonomischen Modelle (Econs) von Nudges unbeeindruckt bleiben, werden die Entscheidungen und das Verhalten von Menschen (Humans) durch Nudges signifikant beeinflusst.⁷³

Bereits kleine Anspannungen des Entscheidungskontexts können das Verhalten wohlwollend lenken.⁷⁴ Wird das Gericht mit dem besten CO₂ Fußabdruck auf Augenhöhe, zentral oder zu Beginn des Speiseangebotes in der Kantine positioniert, so wird dieses mit hoher Wahrscheinlichkeit häufiger gewählt. Stellt eine Ärztin die Risiken einer anstehenden Operation vor, kann sie entweder auf die Überlebenschance (Gewinn-Frame) oder auf die Wahrscheinlichkeit zu Sterben referieren (Verlust-Frame). Obwohl sie hierbei nur zwei verschiedene Aspekte derselben Statistik wiedergibt, beeinflusst der Entscheidungskontext, d.h. welcher Ausschnitt dieser Statistik dargestellt wird, wie viele Patient:innen sich für die Operation entscheiden werden.

2. Möglichkeiten des Nudging im Kontext der Organspende

Neben dem klassischen Nudging, welches sich auf die Steigerung der Wohlfahrt der „genudgten“ Personen selbst konzentriert (Pro-Self Nudging), führen Thaler und Sunstein in ihrem Buch auch Anwendungsbereiche an, die nicht in diese Kategorie fallen. Der Bereich der Organspende dient hierbei als zentrales Beispiel dafür, wie Nudging nicht nur den adressierten Individuen selbst helfen kann, sondern wie Entscheidungsarchitektur auch zur Beförderung der Wohlfahrt von Dritten erfolgreich gestaltet werden kann und dennoch die Freiheit der Menschen respektiert wird, selbst darüber zu entscheiden, was mit ihrem Körper nach dem Tod geschehen soll (Thaler/Sunstein S.251). Die Entscheidungsarchitektur wird hierbei nicht zu Gunsten der Adressierten selbst verändert, sondern soll vielmehr ein Verhalten fördern, welches dem Allgemeinwohl dient. Andere Autoren

⁷³ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 11.

⁷⁴ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 2.

bezeichnen diese Form der Beeinflussung als *social nudges*.⁷⁵ Auch an diese Art der Gestaltung der Entscheidungsarchitektur legen Thaler und Sunstein den normativen Standard der Freiheitserhaltung und der Forderung nach leichter Umgehbarkeit an.

Im Kontext der Organspende lassen sich unterschiedliche Einsatzmöglichkeiten von Nudges feststellen. Bevor wir auf die Bedeutung der Entscheidungsarchitektur und die besondere Rolle von Nudges im Kontext der Festlegung eines Modells der Willensäußerung zu sprechen kommen, wollen wir kurz die Rolle von sozialen Normen und des Framings von Begriffen darstellen. Die soziale Zugehörigkeit und Akzeptanz ist für Menschen von großer Bedeutung, sowohl in Bezug auf die Gesellschaft als Ganzes als auch innerhalb kleinerer Gruppen. Bereits eine Information darüber, was Mitglieder der eigenen Gruppe wertschätzen oder tun, kann dazu führen, dass das eigene Verhalten in diese Richtung angepasst wird. Mit diesem Effekt können soziale Normen auch im Kontext der Organspende eingesetzt werden, um das Verhalten von Personen zu beeinflussen. Thaler und Sunstein beschreiben als Beispiel hierfür den Fall einer brasilianischen Medienkampagne, durch die Fußballfans von der Organspende überzeugt werden sollen. Bei jedem Heimspiel des Vereins wurde ein Video eingespielt, das die Fans zur Spende ermuntert und das Team-Logo auf einem Organspendeausweis zeigt.⁷⁶ Über die Identifikation mit dem lokalen Fußballteam soll auf diese kreative Weise eine Verknüpfung zur Organspende hergestellt werden.

Auch die Veränderung des Framings kann im Kontext der Organspende eine interessante Rolle spielen. Werden Begriffe oder Beschreibungen in einen positiveren Bedeutungsrahmen gestellt, so führen die mit ihnen assoziierten Vorstellungen dieses Begriffs zu größerer Akzeptanz. In diesem Hinblick schlägt beispielsweise die Deutsche Gesellschaft für Chirurgie (DGCH) im Sinne der Vertrauensbildung eine Veränderung des Framings vor und plädiert für eine Umbenennung des „Transplantationsbeauftragten“ zum „Organspende-Beauftragten“. Letztere Bezeichnung, so die DGCH, vermittele ein positiveres und korrekteres Bild von der tatsächlichen Rolle des „Transplantationsbeauftragten“, welcher allein für die Suche nach und der Gewinnung von Spenderorganen im Krankenhaus tätig ist und

⁷⁵ W. Hagman/ D. Andersson/D. Västfjäll/G. Tinghög, Public Views on Policies Involving Nudges, in: Rev Philos Psychol 2015, 439.

⁷⁶ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 267.

„keinerlei Verbindungen zur Transplantation selbst oder den Chirurgen, die die Transplantation durchführen“⁷⁷ habe. Die Trennung der unterschiedlichen Aufgaben und Rollen wurde eingeführt, um das Vertrauen in den Ablauf und die Priorität des Patientenwohls zu stärken, und sollte sich daher auch im korrekten Framing der Positionsbeschreibung der Ärzt:innen widerspiegeln.⁷⁸

Besondere Aufmerksamkeit erfährt das Konzept des Nudgings im Kontext der Organspende, insbesondere bei der Suche nach einem geeigneten Modell der Willensäußerung zur Regelung der Entscheidung zur Organspende.⁷⁹ Angesichts der deutlichen Diskrepanz zwischen der Einstellung (z.B. positive Einstellung zur Organspende) und dem tatsächlichen Verhalten (Unterlassen der Dokumentation des Spendewillens) stellt das Nudging einen nahe liegenden Lösungsansatz dar. Es fördert die gewünschte Verhaltensweise (Dokumentation bzw. Registrierung des Spendewillens) durch die gezielte Veränderungen der Entscheidungsarchitektur, bspw. durch die Einführung der Prompted Choice Regelung (Entscheidungsarchitektur) und das kluge Design verschiedener Prompts (Nudging), um die Aufmerksamkeit der Bürger:innen auf das Thema der Organspende zu lenken. Thaler und Sunstein verweisen in der finalen Version ihres Buches in diesem Kontext auf einen Nudge im Sinne des Prompting, bei dem jede:r Nutzer:in eines iPhones in den USA beim Starten der Gesundheits-App die Möglichkeit erhält, sich als Organspender:in zu registrieren.⁸⁰

Eine der bekanntesten Techniken, die häufig unter dem Titel des Nudgings diskutiert wird, ist die Festlegung oder der Wechsel einer Standardvorgabe (Default).⁸¹ Hierbei wird die menschliche Tendenz dazu ausgenutzt, eher im Status Quo verbleiben zu wollen, da eine Veränderung mit mehr Aufwand verbunden wäre (Status Quo-Bias). Durch die Vorgabe der gewünschten Handlungsoption bzw. des gewünschten Ergebnisses als Default, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass mehr Menschen diese Voreinstellung

⁷⁷ <https://healthcare-in-europe.com/de/news/dgch-nein-zu-widerspruchsloesung-eine-vertane-chance.html> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁷⁸ <https://healthcare-in-europe.com/de/news/dgch-nein-zu-widerspruchsloesung-eine-vertane-chance.html> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁷⁹ Vgl. *S. Beraldo/J. Karpus*, Nudging to donate organs: do what you like or like what we do?, in: *Med Health Care Philos* 2021, 329; *D. MacKay/A. Robinson*, The Ethics of Organ Donor Registration Policies: Nudges and Respect for Autonomy, in: *AJOB* 2016, 3; *P. G. Hansen*, Should We Be “Nudging” for Cadaveric Organ Donations?, in: *AJOB* 2012, 46.

⁸⁰ *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, in: (Fn. 62), 268.

⁸¹ *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, in: (Fn. 62), 108 ff.

beibehalten, da hierfür kein aktives Handeln notwendig ist. Im Kontext der Organspende wird entsprechend immer wieder der Wechsel des Defaults von einer Zustimmung- (Opt-In) zu einer Widerspruchsregelung (Opt-Out) diskutiert. Gelten Bürger:innen automatisch als Spender:innen, sofern sie keinen aktiven Widerspruch einlegen, so nutzt die Widerspruchslösung denselben psychologischen Effekt, der im Modus der Zustimmungsregelung als Hürde zur Spender:innengewinnung galt (nämlich den Status-quo-Bias, der eine schriftliche Willenserklärung erschwert). Dieser Effekt tritt nun zu Gunsten der Organspende auf. Allerdings lässt sich diskutieren, ob es sich im Falle des Default-Wechsels zu einer Widerspruchslösung wirklich um einen Nudge handelt.

VI. Aspekte der Bewertung von Entscheidungsarchitekturen

Im Folgenden werden wir alternative Modelle der Willensäußerung bzw. Entscheidungsarchitekturen im Hinblick auf die Ziele des Nutzens und der Wahrung der Selbstbestimmung beleuchten (VI.1.). Dabei richtet sich der Fokus auf die Modelle Widerspruchslösung und Prompted Choice (VI.2.). Für die Bewertung dieser Modelle wird sich auch die Frage als relevant erweisen, ob die positive Grundeinstellung vieler Bürger:innen zur Organspende eher als Präferenz dafür verstanden werden kann, automatisch Organspender:in zu sein, oder eher als Präferenz dafür, selbstmotiviert einen freien Akt der Organspende zu vollziehen.

1. Thalers und Sunsteins Einschätzung alternativer Modelle der Willensäußerung

Für die Bewertung der Entscheidungsarchitektur im Kontext der Organspende lassen sich zwei zentrale Kriterien anlegen, die auch Thaler und Sunstein⁸² als Grundlage für ihre Bewertung der verschiedenen Modelle dienen. Jedes Modell muss sich sowohl daran messen lassen, wie wahrscheinlich es dazu beiträgt, das Leben von Empfänger:innen zu verbessern oder zu verlängern, als auch daran, wie gut es die Freiheit und Autonomie der Spender:innen schützt.

⁸² R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 252ff. und <https://hls.harvard.edu/today/nudging-organ-donation-in-the-united-states/>.

Im Kontext der Zustimmungsregelung problematisieren Thaler und Sunstein das auch in Deutschland festzustellende Phänomen: Obwohl eine deutliche Mehrheit bei Befragungen angibt, eine Organspende zu befürworten, geben nur etwa die Hälfte dieser Befragten auch an, ihren Willen dokumentarisch festgehalten zu haben.⁸³ Gemessen an der Wahrscheinlichkeit, dass Personen ihre bestehenden Präferenzen tatsächlich realisieren, zeigt dieses Modell also deutliche Schwächen. Die Wahl des Defaults scheint dafür zu sorgen, dass weniger Menschen ihre tatsächliche Bereitschaft zur Organspende zum Ausdruck bringen. Andererseits wird in dieser Variante die Selbstbestimmung derjenigen stärker geschützt, die eine nicht explizit erklärte Präferenz gegen die postmortale Organspende haben.⁸⁴ Dies ist kein unwichtiger Aspekt, denn auch Thaler und Sunstein scheinen von der liberalen Konzeption eines über den Tod hinausgreifenden Selbstverfügungsrechts über den eigenen Körper auszugehen: „If we think that the dead should have the right to determine how their money is spent, shouldn't they also have the right to decide what is done with their body?“⁸⁵

Die Einführung der Widerspruchsregelung stellt eine Änderung des Defaults dar, belässt Bürger:innen jedoch die Freiheit, sich dagegen zu entscheiden. Insoweit erfüllt sie Merkmale des vom „libertären Paternalismus“ empfohlenen Nudging⁸⁶. Gleichwohl erfährt die Widerspruchslösung letztlich nicht die vielleicht zu vermutende Empfehlung von Thaler und Sunstein. Zwar nehmen sie an, dass eine *enge* Variante der Widerspruchslösung die Spender:innenzahl erhöhen könnte, doch geben sie zu bedenken, dass solch eine – ohne die Konsultation der Angehörigen verfahrenende – Variante von keinem einzigen Land tatsächlich praktiziert wird.

Eine Variante, welche die explizite Zustimmung erfragt und damit Prokrastination, Trägheit und begrenzte Aufmerksamkeit vermeidet, wird von Thaler und Sunstein im Hinblick auf die Sensibilität der Entscheidung als angemessenere Lösung betrachtet. Eine im Sinne des liberalen Paternalismus ideale Veränderung der Entscheidungsarchitektur, wie

⁸³ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 264.

⁸⁴ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn 62), 262.

⁸⁵ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn 62), 262.

⁸⁶ kritisch hierzu äußern wir uns in Abschnitt VI.2.b).

sie die Autoren im Sinn haben, soll nicht nur die Betroffenen fördern, sondern auch ihre Selbstbestimmung bestmöglich schützen. Jeder Default sollte daher jedenfalls möglichst schnell und einfach zu umgehen sein, am besten mit einem einzigen Klick⁸⁷. Aufgrund der erwartbaren Passivität von Bürger:innen stellt ein unterlassener Widerspruch gegen die postmortale Organspende offenbar nicht automatisch ein klares Signal für die Spendenpräferenzen der Betroffenen dar. Eine ungünstige Entscheidungsarchitektur, die es den Betroffenen schwer macht, sich anders zu verhalten (Thaler und Sunstein nennen solch eine Architektur einen Sludge⁸⁸) oder mangelnde Transparenz über die Widerspruchsmöglichkeit können leicht dazu beitragen, dass ein Widerspruch ausbleibt. Im Kontext der erweiterten Widerspruchsregelung ergeben sich weitere Probleme. So befürchten Thaler und Sunstein⁸⁹, dass Bürger:innen, die automatisch als Spender:in behandelt werden, kaum Anreize haben, sich aktiv in ein Spendenregister einzutragen. Ein vermuteter Anstieg nicht dokumentierter Willenserklärungen bürdet Angehörigen eine vermeidbare Last auf und konterkariert möglicherweise sogar das Ziel einer Erhöhung der Spendenrate.

Thaler und Sunstein geben weiterhin zu bedenken, dass der Erfolg verschiedener Länder bei der Erzielung einer hohen Spendenrate, nicht allein auf der Wahl der Defaulteinstellung pro Organspende basiert. So werden etwa Spanien (Widerspruchsregelung, praktisch eher erweiterte Widerspruchsregelung) und die USA (Zustimmungsregelung) deshalb als besonders erfolgreich beschrieben, weil sie in den Ausbau der medizinischen Infrastruktur für den Ablauf der Organspende investiert haben. Den USA gelingt es beispielsweise sehr gut, passende „Matches“ von Spender:innen und Empfänger:innen zu identifizieren.⁹⁰ Die Hoffnung, dass die höhere Zahl an Spender:innen durch die Widerspruchslösung in jedem Fall auch eine

⁸⁷ <https://behavioralscientist.org/five-takeaways-from-our-conversation-with-richard-thaler-about-the-past-present-and-future-of-nudge/> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁸⁸ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 151 ff.

⁸⁹ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 263.

⁹⁰ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 2), 179.

höhere Spendenrate mit sich bringt, muss in Anbetracht der Multi-kausalität der Höhe der Spendenrate relativiert werden.⁹¹

„Active choosing is itself a form of choice architecture.“⁹²

„Changing the Default rule can be a distraction from these more promising paths.“⁹³

Aufgrund der Pflicht, sich explizit für oder gegen die Organspende auszusprechen, könnte mit dem Modell der Mandated Choice die Zahl potenzieller Spender:innen erhöht werden, während die Wahrscheinlichkeit reduziert wird, dass Personen nach ihrem Tod Maßnahmen unterzogen werden, denen sie nicht explizit zugestimmt haben. Allerdings handelt es sich bei der Verpflichtung zu einer Willenserklärung gemäß dieser Option um eine klare Form von Zwang. Vor allem aus diesem Grund bevorzugen Thaler und Sunstein das Modell der Prompted Choice. Im Unterschied zur Zustimmungs- und Widerspruchsregelung werden dabei aktiv die tatsächlichen Präferenzen der Menschen ermittelt, ohne jedoch eine Antwort zu erzwingen. Damit wird der Erkenntnis aus der Verhaltensforschung Rechnung getragen, dass eine fehlende Willensäußerung häufig auf Trägheit oder Prokrastination bei der Auseinandersetzung mit unangenehmen Themen zurückzuführen ist. Eine solche fehlende Äußerung darf nicht mit der authentischen Zustimmung zum Default gleichgesetzt werden. Da die Prompted Choice meist mit der Zustimmungsregelung einhergeht, wahrt sie das Selbstbestimmungsrecht jener Personen, die aufgrund der „sticky Defaults“⁹⁴ bei der Widerspruchsregelung verbleiben würden, obwohl sie die Konsequenzen ablehnen. Das Prompted Choice Modell kann – und sollte nach Auffassung von Thaler und Sunstein – dabei auch die Möglichkeit offenlassen, die Entscheidung über eine mögliche Zustimmung zur Organspende explizit den nahestehenden Personen zu übertragen.

Durch den verstärkten Anstoß (prompt) zur Dokumentation des Willens, kann Prompted Choice die Registrierungsrate von Spender:innen erhöhen und dadurch Angehörige entlasten. Die herausfordernde Entscheidung über den Umgang mit den Organen Verstorbener tritt beim Modell

⁹¹ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 272 ff.; H. R. Etheredge, Assessing Global Organ Donation Policies: Opt-In vs Opt-Out, in: Risk Manag. Healthc. Policy 2021, 1985.

⁹² R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 14.

⁹³ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 280.

⁹⁴ S. Beraldo/J. Karpus, in: (Fn. 79), 333.

der Prompted Choice nur aufgrund einer expliziten Entscheidung der potenziellen Spender:innen auf, die diese Entscheidung typischerweise mit den Angehörigen absprechen werden. Hierdurch ist das Modell der Prompted Choice auch im Hinblick auf die besondere Belastung der Angehörigen, im Falle fehlender Willensäußerung eine vielversprechende Regelung.

2. Widerspruchslösung oder Prompted Choice?

In Anknüpfung an ein Statement des NRW-Gesundheitsministers Karl-Josef Laumann werden wir im Folgenden eine Argumentation für die Widerspruchslösung skizzieren und im Anschluss untersuchen, auf welchen Prämissen sie fußt und welchen Einwänden diese ausgesetzt sind. Dabei werden wir zunächst auf die Prämisse der symmetrischen Ausgangssituation der Opt-In und Opt-Out Regelung eingehen. Im zweiten Schritt weisen wir auf die Möglichkeit einer Präferenz zum aktiven Spenden hin und betrachten deren Implikationen für die Bewertung der Widerspruchslösung.

Das Deutsche Ärzteblatt vom 4. Juni 2024 zitiert NRW-Gesundheitsminister Karl-Josef Lauman mit den Worten:

„Ich bin überzeugt, dass wir in Deutschland keinen Mangel an Menschen haben, die aus Solidarität oder Nächstenliebe nach ihrem Tod Organe spenden wollen. Wir haben aber ein Dokumentationsproblem.“⁹⁵

„Daher“, so heißt es weiter,

„brauche es einen ‘Systemwechsel’. Mit der Widerspruchslösung werde denjenigen, die Organe spenden wollen, die Dokumentation abgenommen.“⁹⁶

NRW-Gesundheitsminister Laumann problematisiert in seinem Statement damit ein Problem der Zustimmungsregelung, das wir bereits unter VI.1. erläutert haben: Um als Organspender:in zu gelten, muss der Wille zur Spende dokumentiert werden. Doch kostet eine Veränderung

⁹⁵ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/151895/Widerspruchsloesung-bei-Organspende-Gesetzesinitiative-im-Bundesrat> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

⁹⁶ Ebd.

der Ausgangsbedingungen Aufwand und Mühe, und Menschen neigen zu Trägheit und tendieren daher dazu, den Default zu akzeptieren. Vor diesem Hintergrund ist Laumanns Annahme zu sehen, dass die Widerspruchsregelung den Präferenzen der Mehrheit besser entspricht, da eine Mehrheit der Organspende positiv gegenübersteht. Der Präferenz zur Organspende wird dieser Interpretation zufolge durch die Widerspruchsregelung besser Rechnung getragen, da auch im Falle von Trägheit oder Prokrastination der Dokumentation des eigenen Willens automatisch vom positiven Willen zur Spende ausgegangen wird. Andererseits wird durch die Möglichkeit des Widerspruchs auch der Wille derjenigen respektiert, die eine Organspende ablehnen.

Dieser Überlegung liegen folgende Prämissen zugrunde: Viele Bürger:innen haben eine Präferenz für die Organspende, die durch ein Gefühl der Solidarität oder Nächstenliebe motiviert ist. Allerdings haben zahlreiche Menschen diese Präferenz aufgrund von Trägheit oder Prokrastination nicht dokumentiert. Die Widerspruchslösung stellt sicher, dass Bürger:innen im Falle eines eintretenden Hirntodes als potenzielle Spender:innen behandelt werden. Damit sorgt sie nicht nur mutmaßlich dafür, die Spendenrate zu erhöhen, sondern auch dafür, den Präferenzen der Bevölkerungsmehrheit besser Rechnung zu tragen. Diese Überlegung entspricht insofern der bereits unter III.2.a diskutierten Presumed Consent-Argumentation von Michael Gill.⁹⁷ Sie legt nahe, dass die Widerspruchslösung sowohl im Hinblick auf das Nutzen- als auch das Selbstbestimmungskriterium den Alternativen überlegen ist. Damit wäre sie im Hinblick auf die beiden gewichtigsten normativen Gesichtspunkte vorzugswürdig.

a) Wahrt ein Default gemäß Mehrheitspräferenz die Selbstbestimmung?

Dass eine Default-Regelung, die den Präferenzen der Bevölkerungsmehrheit entspricht, das Selbstbestimmungsrecht der Bürger:innen am besten schützt, mag auf den ersten Blick plausibel scheinen – schließlich wird damit die statistische Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die eigenen Präferenzen befriedigt werden. Allerdings gilt dies nur, wenn die jeweils befriedigten oder frustrierten Präferenzen normativ gleichwertig sind und beispielsweise die alternativen Default-Optionen auch im Hinblick auf

⁹⁷ M. B. Gill, in: (Fn. 36), 37.

die mit ihnen jeweils verbundenen Eingriffe in die Individualrechte der betroffenen Bürger:innen vergleichbar gravierend sind.

Im Hinblick auf die spezifische Materie ist dies jedoch zumindest nicht selbstverständlich. Liberale Deutungen des Selbstbestimmungsrechts widersprechen der Annahme, dass die Nutzung des eigenen Körpers für Zwecke anderer Personen – eventuell entgegen den eigenen unerklärten Präferenzen – mit dem Verzicht auf eine solche Nutzung – eventuell ebenfalls entgegen den eigenen unerklärten Präferenzen – normativ gleichwertig wäre. Das Recht auf körperliche Selbstverfügung schützt dieser Lesart zufolge vielmehr vor Zugriffen, die nicht explizit von dem:der Inhaber:in autorisiert sind, ganz analog dem Eigentumsrecht. Auch ein gültiger Vertrag mit einem Zeitungsverlag kann nicht durch den Nachweis ersetzt werden, dass eine Mehrheit derjenigen, die noch kein Abonnement haben, eigentlich eine Präferenz für den Abschluss eines solchen haben. Ungefragt jemandes Konto zu belasten und ihr:ihm eine Zeitung zuzustellen, wäre ein Eingriff in ihre Rechte; dies zu unterlassen jedoch nicht.

Aus utilitaristischer Sicht mag sich dies (abhängig von diversen Zusatzannahmen) freilich anders darstellen. Das liegt jedoch wesentlich daran, dass der Utilitarismus gar keine genuinen moralischen Individualrechte kennt (außer dem Recht, dass der eigene Nutzenbeitrag in die Berechnung des Gesamt- bzw. Durchschnittsnutzens einfließt). Bestenfalls – abhängig von kontingenten empirischen Bedingungen – kann der Utilitarismus sozial verankerten Selbstverfügungsrechten ein relatives Gewicht als Elemente einer gesellschaftlichen Ordnung zuweisen, die ihrerseits der Nutzenmaximierung dient. Dabei kann er auch berücksichtigen, dass/inwieweit Individuen eine persönliche Präferenz für den Schutz einer gewissen Sphäre der Selbstverfügung haben oder davon in ihrem Wohlergehen profitieren. Damit verlieren individuelle (Grund-)Rechte jedenfalls den Status von „Trümpfen“, die gegenüber Nutzenerwägungen systematisch Vorrang genießen,⁹⁸ und der sich gemäß der Systematik der deutschen Grundrechtsordnung aus der Unantastbarkeit der menschlichen Würde speist.

⁹⁸ Vgl. *R. Dworkin, Taking Rights Seriously*, 1977.

Die Theorie des Libertären Paternalismus, die die normative Grundlage für die von Thaler und Sunstein ins Spiel gebrachten Social Nudges darstellt, basiert auf einer vergleichsweise stärkeren Lesart liberaler Freiheitsrechte, auch wenn deren Grenzen von ihnen nicht exakt bezeichnet werden. Sunstein nennt in seinem Buch *The Ethics of Influence* immerhin die folgenden vier „foundational commitments“ als „the most prominent concerns about nudging and choice architecture“: „welfare, autonomy, dignity, and self-government“⁹⁹ und stellt fest, „that the value of dignity (explicitly recognized in the German constitution [...] and playing a significant role in American constitutional law as well) does impose a barrier to some forms of choice architecture and some nudges.“¹⁰⁰

Gemäß der Nudge-Theorie von Thaler und Sunstein wird die Diskrepanz zwischen Spender:innenwille und fehlender Dokumentation zunächst in ein Deutungsschema eingeordnet, welches das augenscheinlich widersprüchliche Verhalten als Bias bewertet (so kann z.B. die Prokrastination einer Erklärung der Spendenbereitschaft als Ausdruck von Trägheit oder der Vermeidung der Auseinandersetzung mit dem Tod gedeutet werden). Gegenüber der Frage, ob einer Mehrheitspräferenz gegenüber den Selbstbestimmungsrechten in bestimmten Situationen Vorrang gegeben werden sollte, bleibt die Theorie zwar grundsätzlich offen. Zumindest dort, wo Defaults nur schwer zu umgehen sind, hat jedoch die Wahrung der Entscheidungsfreiheit Vorrang vor Nutzenerwägungen oder den Präferenzen einer Mehrheit. Insbesondere für Fälle, in denen Entscheidungsoptionen stark emotional aufgeladen sind, stellt das Verändern eines Defaults Thaler und Sunstein zufolge oft nicht die beste Methode dar, um Menschen zu einer ihren aufgeklärten Präferenzen entsprechenden Entscheidung zu bewegen.¹⁰¹ Vielmehr könne es in diesen Fällen vorteilhaft sein, explizite Entscheidungen anzustoßen oder gar vorzuschreiben.

⁹⁹ C. R. Sunstein, *Ethics of Influence*, 2016, 25.

¹⁰⁰ Ebd., 17.

¹⁰¹ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 2), 86.

b) Alternative Entscheidungsarchitekturen und Deutungen der Spendenpräferenz

Wie Stefan Huster ausführt, wird oft leichtfertig angenommen, dass die „Logik der Widerspruchslösung“ ganz Thalers und Sunsteins Konzept des Nudging entspricht.¹⁰² Nudging ist dieser Lesart zufolge eine bewusste Gestaltung der Entscheidungsarchitektur, die allgemein-menschlichen kognitiven und motivationalen Einschränkungen Rechnung trägt und den Betroffenen dadurch ermöglicht, ihre (wohlerwogenen) Präferenzen besser zu realisieren, als dies im Kontext alternativer Architekturen der Fall wäre.

Dass die Widerspruchslösung eine konsequente Realisierung des Nudging-Gedankens ist, lässt sich jedoch aus zwei Gründen bezweifeln. Erstens lässt sich argumentieren, dass die Veränderung des Defaults nur insoweit überhaupt als Nudge, also als eine Art sanfter „Stups“ gelten kann, als sie eine aktive Reaktion der entsprechend „Gestupsten“ anregt. Der Wechsel von der Zustimmung- zur Widerspruchslösung ist aber *per se* gar kein solcher „Stups“. Denn dieser Wechsel verändert lediglich den rechtlichen Status der Betroffenen am Lebensende, ohne dass hierzu eine Verhaltensänderung nötig wäre oder angeregt wird. Freilich mag die *Mitteilung* über den Wechsel des Defaults von der Zustimmung- zur Widerspruchslösung Betroffene dazu bewegen, eine Entscheidung zu treffen, die sie sonst nicht getroffen hätten. Interessanterweise wird dieser Stups aber vor allem diejenigen zum aktiven Handeln motivieren, die *nicht* Spender:in sein wollen und deshalb sogar bereit sind, ihre allgemein-menschlichen Neigungen zur Trägheit und Prokrastination zu überwinden. Wer eine Präferenz fürs Spenden hat, wird durch die Widerspruchslösung hingegen gerade nicht aktiviert, eine Entscheidung gemäß der eigenen Präferenz zu treffen, da die explizite Erklärung ja in diesem Fall nicht zwingend nötig ist.

Dass die Widerspruchslösung eine Form des Nudgings darstellt, lässt sich mithin erstens bestreiten, weil die Betroffenen durch diese Lösung gar nicht „gestupst“ werden. Hinterfragen lässt sich zweitens auch, ob die Widerspruchslösung tatsächlich dazu führt, dass die (wohlerwogenen) Präferenzen der Bevölkerungsmehrheit, die der Organspende grundsätzlich positiv gegenübersteht, besser befriedigt werden. Diese Zweifel

¹⁰² <https://verfassungsblog.de/abnutzungskaempfe-an-der-falschen-front-zur-widerspruchslösung-bei-der-organspende/> (zuletzt abgerufen am 4.6.2024).

können sich zum einen auf die Tatsache stützen, dass unklar ist, was eine positive Grundeinstellung gegenüber der (eigenen) Organspende eigentlich bedeutet. Zum anderen scheint die verbreitete Überzeugung, eine Widerspruchslösung (zumindest eine erweiterte) werde die Zahl der Spender:innen erhöhen, gemäß neueren Studien gar nicht gedeckt zu sein.

Eine positive Einstellung zur eigenen Organspende zu haben, kann grundsätzlich Verschiedenes bedeuten. Es kann einerseits schlicht eine Präferenz dafür bedeuten, dass die eigenen Organe nach dem eigenen Tod zum Nutzen anderer Personen verwendet werden. Diese Präferenz könnte sogar mit der zusätzlichen Präferenz verbunden sein, möglichst gar keine eigene Entscheidung zu müssen. Eine positive Einstellung zur eigenen Organspende kann andererseits auch in einem buchstäblichen Sinn eine Präferenz für das Spenden der eigenen Organe sein – also dafür, selbst einen altruistischen Akt des Spendens zu vollziehen – oder jedenfalls mit dieser Präferenz verknüpft sein. Beide Möglichkeiten sind zweifellos denkbar – auch als Ergebnis einer autonomen Orientierung.¹⁰³ Es ist vorstellbar, dass Personen froh sind, keine Entscheidung treffen zu müssen, und zugleich froh sind zu wissen, dass ihre Organe einen Nutzen für andere haben könnten. Dieser Möglichkeit käme die Widerspruchslösung offenbar entgegen. Es ist ebenso vorstellbar, dass die positive Einstellung zur eigenen Organspende eine Präferenz dafür anzeigt, einer eigenen Haltung der Empathie, Solidarität oder Fürsorge durch die freie Entscheidung zur Organspende Ausdruck zu verleihen. Diese Möglichkeit würde durch die Widerspruchslösung offenbar gerade verbaut: Die Tatsache, dass Organe per Default ohnehin entnommen werden dürfen, entwertet ja gewissermaßen die freie Entscheidung.

Konsequentialistisch orientierte Befürworter:innen der Widerspruchslösung mögen diese Überlegungen als nachrangig betrachten, weil sie im Vergleich mit dem Nutzenzuwachs, der mit einer Erhöhung der Zahl tatsächlicher Spender:innen eintreten würde, weniger ins Gewicht fiel.

Allerdings scheint die Hoffnung, durch einen Wechsel zur Widerspruchslösung die Spendenrate erhöhen zu können, durch jünger Studien gar

¹⁰³ Vgl. C. R. Sunstein, in: (Fn. 99), 16: "Some nudges [...] promote autonomy by ensuring that choices are informed. Some nudges promote choice making, for those who want to choose, and others facilitate choice avoidance, for those who choose not to choose. In both cases, nudges promote autonomy."

nicht gedeckt zu sein, wie auch Thaler und Sunstein anerkennen.¹⁰⁴ Im Gegenteil beanspruchen die Autoren der bereits zitierten Vergleichsstudie von *Arshrad et al.* gezeigt zu haben, „that a simplistic switch to the ‘Opt-Out’ model has unintended consequences for living organ donation that does not provide a ‘quick fix’ to improve donor rates that has been previously suggested.“¹⁰⁵ Etheredge kommentiert, es gebe anscheinend „not [...] a single country where an increase in deceased donor numbers can be simply attributed to a change in donation system“. Wohl ließen sich hingegen Beispiele von Ländern finden, in denen „a change in system from Opt-In to Opt-Out, without accompanying changes addressing public education, awareness and health system structures has resulted in lower donation rates.“¹⁰⁶ Sollten diese Aussagen belastbar sein, wäre zu hoffen, dass die politische Transplantationsdebatte nicht zu sehr auf die Option der Widerspruchslösung fixiert bleibt und den möglichen strukturellen Verbesserungen und Maßnahmen (einschließlich der Etablierung von angemessenen Entscheidungs-Prompts) hinreichend Aufmerksamkeit schenkt.

VII. Fazit

Das Missverhältnis zwischen der Zahl der für Organtransplantationen benötigten und der tatsächlich verfügbaren Organe stellt seit langem ein gravierendes Problem dar, dessen Behebung im Hinblick auf Lebensverlängerung und Lebensqualität tausender Menschen dringend erforderlich scheint. Die bestehende Notlage ist desto erstaunlicher, als die Mehrheit der Bevölkerung der eigenen postmortalen Organspende positiv gegenübersteht, aber ihre Spendenbereitschaft nicht in geeigneter Form explizit erklärt. Vor diesem Hintergrund richten sich in der politischen Debatte die Hoffnungen auch in jüngster Zeit wieder stark auf einen Umstieg von der Zustimmungslösung (Opt-In) zur Widerspruchslösung (Opt-Out). Dabei wird erstens angenommen, dass diese Lösung die effizienteste Möglichkeit darstellt, die Zahl der verfügbaren Organe kurzfristig zu erhöhen. Zweitens wird argumentiert, dass die Zustimmungslösung als bloßer Wechsel des *Defaults* auch im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der

¹⁰⁴ R. H. Thaler/C. R. Sunstein, in: (Fn. 62), 272.

¹⁰⁵ A. Arshad/B. Anderson/A. Sharif, in: (Fn. 18), 1453.

¹⁰⁶ H. R. Etheredge, in: (Fn. 91), 1996.

Bürger:innen rechtfertigbar wäre, gerade weil dieser Wechsel bestehenden Präferenzen entspreche. In diesem Kontext wird vielfach auch unterstellt, dass der Übergang zur Widerspruchslösung im Sinne des von Thaler und Sunstein vertretenen „Libertären Paternalismus“ wäre bzw. der Logik des von ihnen vorgeschlagenen „Nudgings“ entspräche. Beide Annahmen erweisen sich jedoch – berücksichtigt man die jüngeren Arbeiten zum Thema – als fragwürdig. Neuere Studien zu den Organspenderaten verschiedener Länder scheinen die Erwartung, dass der Übergang vom Opt-In zur (erweiterten) Widerspruchslösung ein effizientes Mittel zur Erhöhung der Spendenrate darstellt, nicht zu bestätigen. Auch lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass der Übergang im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht unproblematisch ist oder dass er einen exemplarischen Fall von „Nudging“ darstellt. Es ist daher konsequent, dass Thaler und Sunstein in ihren späteren Arbeiten für die Option der sogenannten *Prompted Choice* argumentieren, bei der Bürger:innen auf strukturierte Weise mehrfach veranlasst (aber nicht gezwungen) werden, über die Möglichkeit der Organspende nachzudenken und (auf möglichst einfache und effiziente Weise) ihre Erklärung zur Spendenbereitschaft zu dokumentieren.