

Zeitschrift für Lebensrecht

Beiheft 3

Festschrift für Christian Hillgruber zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Philipp Bender, Anne Warflinger,
Thomas Windhöfel



Duncker & Humblot · Berlin

Festschrift für Christian Hillgruber
zum 60. Geburtstag

Zeitschrift für Lebensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.
von Rainer Beckmann, Gunnar Duttge, Christian Hillgruber,
Winfried Kluth, Peter Schallenberg, A. Katarina Weilert,
Thomas Windhöfel

Beiheft 3

Festschrift für Christian Hillgruber zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Philipp Bender, Anne Warflinger,
Thomas Windhöfel



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: rdz IMA GmbH, Bonn

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

ISSN 2749-8875 (Print) / 2749-8883 (Online)

ISBN 978-3-428-19236-6 (Print)

ISBN 978-3-428-59236-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Inhalt

Abhandlungen und Aufsätze

Vorbemerkung der ZfL-Redaktion	1
<i>Rainer Beckmann</i> : Fehlende Grundvoraussetzungen der „Widerspruchsregelung“	3
<i>Philipp Bender</i> : Der verzweckte Wald	39
<i>Christoph Böhr</i> : Glaube und Vernunft – eine Verhältnisbestimmung mit Folgen für die Ordnung des Zusammenlebens	57
<i>Georg Dietlein</i> und <i>Álvaro Mertz Echaury</i> : Die Ermittlung und Auslegung kirchlichen Rechts durch staatliche Gerichte. Praktische Probleme in Zeiten einer gespaltenen Kirche	81
<i>Wolfgang Durner</i> und <i>Armin von Weschpfennig</i> : Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts und die allgemeinen Grundrechtslehren	101
<i>Gunnar Duttge</i> : Die Instrumentalisierung der Ärzteschaft zur Durchsetzung des „Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben“	115
<i>Christian Funck</i> : Recht auf Abtreibung aus dem Völkerrecht? Zur Abtreibungs-Entscheidung des Obersten Gerichts Indiens in „X v. Govt. of NCT Delhi“ vom 29. September 2022	129
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i> : Das Betäubungsmittelverwaltungsrecht – Gesundheitsrecht im Schatten des Strafrechts	151
<i>Christoph Grabenwarter</i> : Der assistierte Suizid vor europäischen Verfassungsgerichten	185
<i>Ansgar Hense</i> : Betrachtungen zu religiösen und religionsgesellschaftlichen Aspekten im Sozialrecht	195
<i>Konstantina Papathanasiou</i> : Der Souveränitätsbegriff Bodins. Eine Frucht des intellektuellen Erbes der französischen Staatsphilosophie	209
<i>Eva Reuters</i> : Wissenschaftsfreiheit und Tierversuche – Die qualifizierte Plausibilitätskontrolle im Spannungsfeld zwischen Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 20a GG	219
<i>Foroud Shirvani</i> : Die Digitalisierung des Verwaltungsprozesses	239
<i>Biljana Solbach geb. Vrhovac</i> : Der Menschenrechtsschutz durch das Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz	249
<i>Manfred Spieker</i> : Der Schein. Joseph Kardinal Ratzinger und die Schwangerschaftskonfliktberatung in Deutschland	259
<i>Anne Maria Warflinger</i> : Wunsch-Solo-Mütter. Zur rechtlichen Zulässigkeit der planmäßigen Einelternschaft	279

VORBEMERKUNG DER ZFL-REDAKTION

Vor hundert Jahren¹ herrschte Entzweiung unter den Kurgästen des Internationalen Sanatoriums Berghof zu Davos. Man konnte sich nicht einigen, welches Präsent für den dirigierenden Arzt des Hauses, Hofrat Behrens, angemessen wäre. So gab es schließlich zwei Geschenke. Die Gäste der beiden „Russentische“ verehrten dem Hofrat etwas Silbernes, einen sehr großen, runden Teller, dessen vollkommene Unverwendbarkeit in die Augen sprang. Die Herrschaften von den anderen fünf Tischen schenkten eine Chaiselongue, deren Bequemlichkeit der Hofrat sofort ausprobierte, indem er sich, seinen nutzlosen Teller unter dem Arm, der Länge nach darauf ausstreckte, die Augen schloss und zu schnarchen begann.

Christian Hillgruber, seit fast einem Vierteljahrhundert ZfL-Autor², unserer Zeitschrift darüber hinaus als Herausgeber, als JVL-Vorsitzender, als Ratgeber, Unterstützer und als ein wahrer Freund verbunden, hat am 9. Dezember 2023 seinen 60. Geburtstag gefeiert. Ihm etwas vollkommen Unverwendbares zu schenken kam für uns von vornherein nicht in Betracht. Aber auch eine Chaiselongue wäre nicht das Rechte – Hillgruber ist am Anfang seines siebten Lebensjahrzehnts in Forschung, Lehre und Publizistik engagiert wie eh und je, weit davon entfernt, die Beine auszustrecken.

Angemessen schien uns stattdessen ein Geschenk an den *Rechtswissenschaftler* Christian Hillgruber. So haben wir einige seiner Freunde, Kollegen und Schüler eingeladen, zu Ehren des Jubilars zur Feder zu greifen. Möge das Ergebnis Gnade vor den Augen des streitbaren Wissenschaftlers Hillgruber finden – vielleicht kann ihm die Lektüre sogar die eine oder andere Stunde auf der Chaiselongue bescheren.

Diese Festschrift ist dem Jubilar am 5. April 2024 in der Beletage der Kanzlei Re-deker Sellner Dachs, Bonn, in einer improvisierten Fassung übergeben worden. Die Fertigstellung der Buchhandelsversion hat sich durch Umstände, die ausschließlich von dem verantwortlichen Redakteur, nicht aber vom Verlag, von den Mitherausgebern oder gar den Autoren zu verantworten sind, bis in den Sommer 2026 verzögert. Das hat dazu geführt, dass manche Beiträge zu aktuellen Rechtsfragen nicht auf dem neuesten Stand sind. Wir sind gleichwohl der Überzeugung, dass dieser Band, seine Einzelbeiträge und die in ihnen geäußerten Gedanken ihren Wert behalten haben.

Th. W.

¹ Eigentlich vor weit mehr als hundert Jahren, denn was der Chronist, jener geniale lübsche Schulabbrecher, der später in Princeton der Kollege Albert Einsteins wurde, uns 1924 berichtet, soll sich ab 1907 zugetragen haben.

² Genau gesagt seit *Hillgruber*, Die Rechtsstellung des Arztes beim Schwangerschaftsabbruch – freie berufliche Betätigung oder Erfüllung einer staatlichen Schutzaufgabe?, ZfL 2000, 46–55.

FEHLENDE GRUNDVORAUSSETZUNGEN DER „WIDERSPRUCHSREGELUNG“

Von *Rainer Beckmann*, Würzburg*

I. Problemstellung

Die Einführung einer „Widerspruchsregelung“ im Bereich der „postmortalen Organspende“ ist im Januar 2020 gescheitert. Der Gesetzentwurf einer Gruppe von Abgeordneten um Karl Lauterbach (SPD) und Jens Spahn (CDU/CSU)¹ fand im Bundestag keine Mehrheit. Aufgrund anhaltend niedriger Organspendezahlen ist die Widerspruchsregelung aber weiter in der politischen Diskussion. Dem letzten Bundestag lagen Anfang 2025 zwei konkrete Gesetzentwürfe vor,² die aber nicht mehr verabschiedet wurden. Der Grundgedanke der Widerspruchsregelung besteht darin, dass alle Bürgerinnen und Bürger nach Feststellung des „Hirntodes“ für die Organgewinnung zur Verfügung stehen sollen, wenn kein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt. Sollte eine Widerspruchsregelung etabliert werden, müsste der Begriff der „Organspende“ für die auf diesem Weg gewonnenen Organe aufgegeben werden. Hat der angebliche „Spender“ der Nutzung seiner Organe *nicht zugestimmt*, ist die „Spende“-Rhetorik fehl am Platz.³

Über die Zulässigkeit der Widerspruchsregelung wird in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert.⁴ Dabei gehen die Befürworter der Widerspruchsregelung im Wesentlichen von den folgenden Annahmen aus:

- Es bestehe eine Diskrepanz zwischen der ganz überwiegend positiven Einstellung der Bevölkerung zur Organspende und den dokumentierten Einwilligungserklärungen. Dieser „Dokumentationsmangel“ berechtige dazu, ein Schweigen als „fiktive Einwilligung“ zur Organspende zu werten (s. u. II.).

* Dr. jur., Richter am Amtsgericht Würzburg, Lehrbeauftragter für Medizinrecht an der Medizinischen Fakultät Mannheim der Universität Heidelberg.

¹ BT-Drs. 19/11096.

² Gesetzentwürfe des Bundesrates (BT-Drs. 20/12609) und einer Gruppe von Abgeordneten des Bundestages (BT-Drs. 20/13804).

³ *Scheinfeld* spricht daher – insoweit zurecht – von „Organgewinnung“, medstra 2018, 321.

⁴ Vgl. z. B. pro Widerspruchsregelung *Hufen*, NVwZ 2018, 1325; *Scheinfeld*, medstra 2018, 321; *Kubiciel/Mayer*, jurisPR-StrafR 23/2018 Anm.1, Ziff. I. (Abruf: 15.02.2025); *Flick*, MedR 2023, 287. Contra Widerspruchsregelung *Höfling*, ZRP 2019, 2; *Neuefeind*, Recht und Politik 2019, 411; *Duttge*, medstra 2019, 66; *Rixen*, ZfL 2020, 39.

- Es gehe um eine Form der „postmortalen“ Organgewinnung, weil die „Spender“ nach Feststellung des „Hirntodes“ bzw. „irreversiblen Hirnfunktionsausfalls“⁵ tot seien (s. III.).
- Alle Bürgerinnen und Bürger könnten auch bei Geltung der Widerspruchsregelung ihr Selbstbestimmungsrecht uneingeschränkt wahrnehmen. Die „Widerspruchslast“ sei nur geringfügig. Wer sich nicht für oder gegen eine Organentnahme entscheiden wolle, könne „vorsorglich“ einen Widerspruch erklären (IV.).
- Die rechtliche Zulässigkeit der Widerspruchsregelung ergebe sich im Grunde bereits aus den geltenden Bestimmungen des Transplantationsgesetzes (TPG) und früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (V.).

Halten diese Thesen einer kritischen Prüfung stand?

II. Wollen (fast) alle Bürgerinnen und Bürger Organe spenden?

Hauptmotiv für das Plädoyer, eine Widerspruchsregelung einzuführen, dürfte die Erwartung sein, dass auf diese Weise mehr Organe gewonnen werden könnten.⁶ Zahlen aus dem Ausland scheinen diese Hoffnung zu untermauern.⁷ Es gibt aber auch andere Faktoren, die für das unterschiedliche Spendenaufkommen in verschiedenen europäischen Ländern (mit-)verantwortlich sein können.⁸

Die Befürworter der Widerspruchsregelung belassen es nicht dabei, auf die möglicherweise größere Effektivität dieses „Zustimmungsmodells“ („Opt-out“ vs. „Opt-in“) hinzuweisen. Sie betonen vielmehr, dass in der Bevölkerung die Bereitschaft, Organe zu spenden, *eigentlich* vorhanden sei.⁹ Aus unterschiedlichen Gründen komme diese jedoch nicht immer zum Ausdruck. Würde eine Widerspruchsregelung eingeführt, kämen zu den Spendewilligen mit Organspendeausweis

⁵ So die Bezeichnung des „Hirntodes“ in den Richtlinien der Bundesärztekammer (BÄK) seit 2015. Im Folgenden werden beide Bezeichnungen als bedeutungsgleich i. S. v. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG verwendet („endgültige(r), nicht behebbare(r) Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms“).

⁶ So ausdrücklich oder sinngemäß: BT-Drs. 20/12609, S. 4, u. 20/13804, S. 2 f. u. 16; Scheinfeld, medstra 2018, 321; Flick, MedR 2023, 289 f.; Lindner, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucksache 20(14)251(5), 24.01.2025 (https://www.bundestag.de/resource/blob/1040784/18138ae0b23db1c28c8d0a0fef3def40/20_14_0251-5-Lindner_Transplant.pdf; abgerufen am 15.02.2025), S. 5 ff. u. 18 f.

⁷ Vgl. Flick, MedR 2023, 290. McColgan sieht im Falle der Einführung einer Widerspruchsregelung nur ein Steigerungspotential von 10 bis 20 Prozent (JZ 2018, 1142). Rosenau/Knorre eher 25 bis 30 Prozent (ZfME 2019, 51). Zweifel hieran wecken dagegen die Studien von Arshad/Anderson/Sharif, *Kidney International* 2019, 1453 ff., und Dallacker u. a., *Public Health* 2024, 436 ff.

⁸ Vgl. Schockenhoff, ZfME 2019, 25 f. Außerdem wird in einigen Staaten auch das Konzept der „Non-Heart-Beating-Donation“ genutzt (vgl. Neufeind, *Recht und Politik* 2019, 422), das in Deutschland gegenwärtig nicht in Betracht kommt (vgl. BÄK, DÄBl. 1998, A-3235). Gegen eine „monokausale“ Betrachtungsweise auch Dutta, medstra 2019, 67.

⁹ Vgl. BT-Drs. 20/12609, S. 2; BT-Drs. 20/13804, S. 2; Hufen, NVwZ 2019, 1326; Scheinfeld, medstra 2018, 321; Dutta, FamRZ 2019, 1219.

„diejenigen hinzu, die *an sich spenden wollen*, aber aus Bequemlichkeit, Zeitmangel oder sonstigen Gründen bislang keinen Organspendeausweis ausgefüllt haben“.¹⁰

Die Widerspruchsregelung erscheint unter diesem Blickwinkel nicht als „System-“ oder „Paradigmenwechsel“, sondern als Schließen einer „Dokumentationslücke“.¹¹ Bereits in der Debatte zum Gesetzentwurf *Lauterbach/Spahn* kam deutlich zum Ausdruck, dass seine Befürworter die Schere zwischen der „eigentlich“ vorhandenen Spendebereitschaft und den dokumentierten Zustimmungserklärungen schließen wollen.¹²

Praktisch alle Befürworter der Widerspruchsregelung berufen sich bezüglich der „latenten Spendebereitschaft“ auf die Umfragen zur Einstellung der Bevölkerung zum Thema Organspende, die im Auftrag der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) erstellt wurden.¹³ Auch der Gruppenantrag vom August 2024 stellt eine Verbindung zu diesen Umfragen her. Mit der „Widerspruchsregelung“ sollen „die Personen, die der Organspende positiv gegenüberstehen, ihre Entscheidung aber bisher nicht dokumentiert haben, als zukünftige Organspenderin beziehungsweise Organspender erfasst werden“.¹⁴

Es ist daher erforderlich, sich die Ergebnisse der Umfragen genauer anzusehen. Die neuesten Daten ergeben sich aus der „Repräsentativbefragung 2022“ mit dem Titel „Wissen, Einstellung und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende“.¹⁵ Demnach stehen 84 Prozent der Befragten einer Organspende *generell*, *eher positiv* gegenüber.¹⁶ Auf die Frage, ob sie *grundsätzlich* damit einverstanden seien, dass man ihnen „nach ihrem Tod“ Organe und Gewebe entnehmen könne, antworteten 73 Prozent der Umfrageteilnehmer mit Ja.¹⁷ Allerdings gaben nur 44 Prozent der Befragten an, eine positive Entscheidung zur Organentnahme getroffen zu haben, wobei diese Entscheidungen dokumentiert oder undokumentiert sein können.¹⁸

Wie hoch die Spendebereitschaft tatsächlich einzuschätzen ist, hängt angesichts dieser Umfrageergebnisse entscheidend davon ab, wieviel Wert man auf die *Verbind-*

¹⁰ Scheinfeld, medstra 2018, 321.

¹¹ *Lauerer/Nagel*, in: Rahmel/Hahnenkamp/Middel (Hrsg.), Repetitorium Transplantationsbeauftragte, Berlin 2022, S. 78. Vgl. auch BT-Drs. 20/13804, S. 14. NRW-Gesundheitsminister Laumann, spricht von einem „Dokumentationsproblem“ (BR-PlenProt 1045. Sitzung, 14.06.2024, S. 212).

¹² Vgl. Abg. Lauterbach, BT-PlenProt. 19/140, S. 17430 B; Abg. Nüßlein, a. a. O., S. 17438 B; Abg. Suding, a. a. O., S. 17450 C; Abg. Schmidt, a. a. O., S. 17451 D.

¹³ Vgl. Scheinfeld, medstra 2018, 321; *Neuefeind*, Recht und Politik 2019, 413; *Rosenau/Knorre*, ZfmE 2019, 53; *Schockenhoff*, ZfmE 2019, 22.

¹⁴ BT-Drs. 20/12609, S. 13. So auch schon BT-Drs. 19/11096, S. 16.

¹⁵ *Zimmering/Hammes*, Bericht zur Repräsentativstudie 2022 „Wissen, Einstellung und Verhalten der Allgemeinbevölkerung zur Organ- und Gewebespende“, BZgA-Forschungsbericht, Köln 2023. Im Internet: https://www.bzga.de/fileadmin/user_upload/PDF/studien/BZGA-23-05444-Repraesentativbefragung-Organspende-2022.pdf (Abruf am 10.02.2025).

¹⁶ A. a. O., S. 103.

¹⁷ A. a. O., S. 104.

¹⁸ Vgl. a. a. O., S. 23 f.

lichkeit der getätigten Aussagen legt. Eine wirkliche Bereitschaft, Organe zu spenden, ist nur dann anzunehmen, wenn sich jemand zu einer Organspende *entschlossen*, also eine *zustimmende Entscheidung getroffen* hat (44 Prozent). Genau genommen müsste man zusätzlich fordern, dass diese Entscheidung auch verlässlich dokumentiert sein muss, weil eine nur „innerlich“ gewonnene Überzeugung, Organe spenden zu wollen, im Falle des Falles keine Auswirkungen haben würde, wenn sie nicht nach außen hin sichtbar geworden ist. Dann wären nur die dokumentierten Spendeentscheidungen zu werten. Ein schriftlich dokumentierter Wille zur Organspende konnte im Jahr 2023 nur in knapp 22 Prozent aller Transplantationen berücksichtigt werden.¹⁹

Das „grundsätzliche“ Einverständnis mit einer Organentnahme (s. o.: 73 Prozent) bezieht sich auf eine „hypothetische Situation“.²⁰ Es kann daher nicht als sicher angesehen werden, dass alle Personen, die sich so geäußert haben, *tatsächlich Organe zur Verfügung stellen werden*. In einer Telefonumfrage – das ist die Methodik der BZgA-Umfragen – ist insoweit ein deutlicher Bias für eine positive Beantwortung zu erwarten. Eine „*eher positive*“ *Einstellung* zum Thema Organspende *im Allgemeinen* (s. o.: 84 Prozent) kann erst recht nicht als *konkrete Bereitschaft* zur Organspende interpretiert werden – ganz unabhängig davon, auf welcher Informationsbasis die Umfrageergebnisse zustande gekommen sind.²¹

Allerdings zeigen sich Überzeugungen weniger in dem, was man sagt, als in dem, was man tut. Bereits das Gleichnis von den ungleichen Söhnen im Neuen Testament (Mt 21,28–32) verdeutlicht, dass die wahre Gesinnung nicht an den Worten, sondern an den Taten gemessen werden muss. Menschen sollte man

„nur dann eine bestimmte Überzeugung zuschreiben, wenn sie etwas für wahr halten *und* sie sich zugleich auch von dem, was sie für wahr halten, im Handeln leiten lassen“.²²

Die Differenz zwischen der verbal geäußerten „eher positiven“ Einstellung zur Organspende und der Zahl tatsächlich unterschriebener Organspende*erklärungen* lässt sich deshalb am ehesten dadurch erklären, dass eine wirkliche Bereitschaft, sich Organe entnehmen zu lassen, bei der Mehrheit der Bevölkerung aktuell *nicht* besteht.

III. Sind Patienten mit „Hirntod“-Syndrom tot?

Die Forderung nach Einführung einer Widerspruchsregelung beruht auf der Annahme, dass es um die Gewinnung von Organen aus den Körpern *toter* Spender gehe.²³ Der Nutzungsanspruch, der hinter dem Grundgedanken der „Widerspruchsregelung“ steht, ist der einer möglichst sinnvollen Leichenverwertung – am liebsten mit,

¹⁹ DSO-Jahresbericht 2023, S. 52 (im Internet: <https://dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO-Jahresbericht%202023.pdf>; Abruf am 15.02.2025).

²⁰ Zimmering/Hammes (Fn. 15), S. 104.

²¹ Vgl. dazu noch unten IV. 3.

²² Kersting/Esser, Tod und Sterben. Anthropologisch-praktische Überlegungen, in: Hartung/Herrgen (Hrsg.), Interdisziplinäre Anthropologie, 2020, S. 9 (Hervorh. im Original).

²³ Vgl. Kubiciel/Mayer (Fn. 4), Ziff. I.; Hufen, NVwZ 2019, 1326; Kreß, MedR 2019, 192; Schockenhoff, ZfM 2019, 20; Flick, MedR 2023, 287 u. 289; Lindner (Fn. 6), passim.