

Nudging durch den Staat

Die Standardvorgabe bei der Organspende
im Lichte der Grundrechte

CÉCILE SCHMIDLIN

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Zusammenfassung.....	XIX
Literatur- und Quellenverzeichnis	XXI
Literatur.....	XXI
Eidgenössische Materialien.....	XXXV
Eidgenössische amtliche Publikationen	XXXVI
Parlamentarische Vorstösse	XXXVII
Weitere Unterlagen.....	XXXVIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XLI
Einleitung und Problemstellung.....	1
Teil 1: Nudging	5
A. Einleitung.....	7
B. Behavioral Law and Economics – Hintergründe und Entwicklung.....	11
I. Einleitung.....	11
II. Die Ökonomie und der homo oeconomicus.....	11
III. Die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaft.....	16
1. Ausgangslage	16
2. Das beschränkte Eigeninteresse	17
3. Die beschränkte Rationalität	17
3.1 Das automatische und das reflektierende Denksystem.....	18
3.2 Urteilsbildung.....	19
a Verfügbarkeitsheuristik	19
b Repräsentativitätsheuristik	20
c Rückschaufehler.....	21
d Selbstüberschätzung und selbstwertdienliche Verzerrung	21
e Bestätigungsirrtümer	22
3.3 Entscheidung	22
a Verankerungseffekt.....	22
b Aversion gegen Extreme	24
c Prospect Theory.....	25
aa. Besitztumsseffekt	25
bb. Verlustaversion	26
cc. Status-quo-Verzerrung	26
d Framing	27

4.	Die beschränkte Willensstärke	28
5.	Weitere Forschungsfelder	29
IV.	Die Auswirkungen der Verhaltensökonomik auf die Rechtswissenschaft	30
V.	Zwischenfazit	32
C.	Das Konzept des Nudging	34
I.	Einleitung	34
II.	Die Definition des Nudge	37
1.	Die definitorischen Elemente nach THALER und SUNSTEIN	37
2.	Die Subsumption anhand des Cafeteria-Beispiels und der Widerspruchslösung bei der Organspende	40
3.	Die konzeptionelle Kritik	43
III.	Der libertäre Paternalismus – Zusammenhang und Abgrenzung	45
1.	Ausgangslage	45
2.	Das paternalistische Element	47
2.1	Die Definition	47
2.2	Der Paternalismus der Mittel oder des Ziels	47
2.3	Der weiche oder harte Paternalismus	47
2.4	Der Paternalismus nach THALER und SUNSTEIN	48
2.5	Paternalismus oder Wohlwollen?	51
3.	Das libertäre Element	53
IV.	Die Erscheinungsformen von Nudges – mit Fokus auf die Standardvorgabe	53
1.	Die Typisierung von Nudges	53
2.	Die Standardvorgabe im Besonderen	56
2.1	Eine Umschreibung	56
2.2	Die Wirkungsweise von Standardvorgaben	57
2.3	Zusammenfassung	61
V.	Zwischenfazit	62
D.	Die Kritik am Konzept des Nudging	64
I.	Einleitung	64
II.	Die empirische Kritik	65
III.	Die funktionale Kritik	66
IV.	Die praktische Kritik	67
V.	Die normative Kritik	68
1.	Ausgangslage	68
2.	Standardvorgaben – unbemerkt und unvermeidbar?	69
3.	Die Autonomie	71
3.1	Eine begriffliche Annäherung	71
3.2	Die Wahlfreiheit	72
3.3	Die Willensfreiheit	74

3.4	Die Manipulation im Besonderen.....	75
3.5	Schutzmechanismen vor der Gefahr des Machtmissbrauchs	78
a	Eine Ethik der Manipulation	78
b	Transparenz und Offenlegung	79
VI.	Zwischenfazit	81
E.	Einordnung in die Kategorien staatlicher Steuerungsinstrumente und -formen	82
I.	Einleitung	82
II.	Die Verortung im Kontext der Rechtsordnung.....	83
III.	Die staatliche Steuerung.....	86
1.	Ausgangslage	86
2.	Klassische Steuerungsinstrumente	87
3.	Klassische Steuerungsformen	88
4.	Zusammenhänge und Abgrenzung zum Nudging.....	89
IV.	Die Anforderungen an eine Implementierung von Nudges	91
1.	Gesetzliche Grundlage	92
2.	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	92
3.	Transparenz und Offenlegung	93
V.	Zwischenfazit	94
F.	Fazit	95
Teil 2:	Organspende	99
A.	Einleitung.....	101
B.	Organspendemodelle im Überblick.....	102
C.	Die historische Entwicklung der Organspende und ihrer Gesetzgebung.....	103
I.	Der medizinische Durchbruch und seine Folgen	103
II.	Die kantonalen Regeln und die Standesrichtlinien	104
III.	Der Bundesbeschluss als Übergangsregelung.....	105
IV.	Die Schaffung einer Bundeskompetenz.....	106
V.	Der Erlass des Transplantationsgesetzes.....	107
VI.	Die internationalen und europäischen Regeln	108
D.	Die Grundsätze des Transplantationsgesetzes.....	109
I.	Ein Überblick	109
II.	Der Gesetzeszweck: zwischen Förderung der Organspende und Neutralität.....	111
1.	Der Gesetzeswortlaut von Art. 1 TxG.....	111
2.	Internationale Verpflichtungen	113
3.	Die Haltung des Bundesrats	114

Inhaltsverzeichnis

4.	Das Neutralitätsprinzip: Pflicht oder Schlagwort?	116
5.	Zwischenfazit	117
III.	Das Organspendemodell der erweiterten Zustimmungslösung.....	118
1.	Die Wahl des Organspendemodells.....	118
2.	Der Inhalt.....	119
E.	Der Organmangel	120
I.	Die Zahlen und Fakten rund um die Organspende.....	120
II.	Die Ursachen und Folgen des Organmangels	122
III.	Die Bemühungen um mehr Spendeorgane.....	125
F.	Der Wechsel zum Organspendemodell der erweiterten Widerspruchslösung.....	129
I.	Die Einführung.....	129
II.	Die Neuerungen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe.....	131
III.	Die Wirksamkeit der Widerspruchslösung.....	133
1.	Ausgangslage	133
2.	Die Studienlage	136
2.1	1988 bis 2013	137
2.2	2013 bis 2018	141
2.3	Seit 2018.....	145
G.	Fazit	148
Teil 3: Verfassungsrecht.....		151
A.	Einleitung	153
B.	Die Grundrechtseingriffe	153
I.	Ausgangslage	153
II.	Der Betroffenenkreis.....	155
III.	Die Nudge-Adressatinnen	157
IV.	Die erweiterte Widerspruchslösung und die Garantie der Menschenwürde....	162
1.	Gehalt und Tragweite	162
2.	Der Schutzbereich	164
3.	Die Eingriffe.....	165
V.	Die erweiterte Widerspruchslösung und der Schutz der Persönlichkeit	167
1.	Die persönliche Freiheit	167
1.1	Grundsätzliches	167
1.2	Die körperliche und geistige Unversehrtheit	168
1.3	Das positive und negative Selbstbestimmungsrecht	169
1.4	Die Kerngehalte.....	170
1.5	Die Eingriffe.....	171
a	Im Überblick	171
b	Die freie Willensbildung und Entscheidungsfällung – zwischen Autonomie und Manipulation.....	172

c	Die Organentnahme gegen den Willen – zwischen Einwilligung und vermuteter Zustimmung	175
d	Das Recht auf Nichtwissen und in Ruhe gelassen zu werden – zwischen negativer Selbstbestimmung und Handlungspflicht	177
2.	Die informationelle Selbstbestimmung.....	178
VI.	Die erweiterte Widerspruchslösung und die Religionsfreiheit	179
VII.	Die erweiterte Widerspruchslösung und die Meinungs- und Informationsfreiheit	181
VIII.	Die Konkurrenz von Grundrechten.....	182
C.	Die Eingriffsschranken.....	185
I.	Einleitung.....	185
II.	Die Normstufe und die Eingriffsintensität der erweiterten Widerspruchslösung.....	186
1.	Die Grundsätze.....	186
2.	Die Subsumption betreffend <i>neu</i> Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG.....	187
3.	Die Verfassungsgerichtsbarkeit.....	190
III.	Die Argumente für die erweiterte Widerspruchslösung.....	190
1.	Die Grundsätze.....	190
2.	Die Subsumption betreffend <i>neu</i> Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG	192
2.1	Das öffentliche Interesse an mehr Spendeorganen.....	192
2.2	Die Rechte von Organempfängerinnen und ihren Angehörigen	193
2.3	Pflicht, Verantwortung und Solidarität	196
2.4	Zwischenfazit	199
IV.	Die Verhältnismässigkeit der erweiterten Widerspruchslösung.....	199
1.	Die Wirksamkeit und Zwecktauglichkeit.....	199
1.1	Die Grundsätze.....	199
1.2	Die Subsumption betreffend <i>neu</i> Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG.....	200
2.	Die mildeste Massnahme	202
2.1	Die Grundsätze.....	202
2.2	Die Subsumption betreffend <i>neu</i> Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG	202
3.	Die Abwägung sich widerstreitender Ansprüche	205
3.1	Die Grundsätze.....	205
3.2	Die Grundrechtskollision	206
3.3	Die Subsumption betreffend <i>neu</i> Art. 8 Abs. 1 lit. b TxG.....	207
D.	Fazit	208
	Schlussfolgerungen	211
	Appendix.....	215