



Die Reform des Transplantationsrechts – Viel Lärm um nichts?

Gerhard Dannecker

Auszug aus dem Jahresbericht
„Marsilius-Kolleg 2012/2013“

Das letzte Jahr brachte im Hinblick auf das Transplantationsrecht mehrere Reformen, obwohl das Transplantationsgesetz (TPG) bereits seit seinem Inkrafttreten vor 15 Jahren in der Kritik steht und Novellierungsbedarf bereits seit Jahren allgemein anerkannt ist.¹ Während insbesondere aus dem Bereich der Medizin beklagt wird, dass das TPG hinter seiner erklärten Zielsetzung zurückgeblieben ist, die Bereitschaft zur Organspende zu steigern, kritisieren Juristen und Ethiker das vom TPG etablierte Regime der Verteilung postmortal gespendeter Organe als verfassungswidrig bzw. ethisch fragwürdig. Dennoch hat der Gesetzgeber erst im vergangenen Jahr zwei Gesetzesreformen durchgeführt, nämlich das *Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes* vom 01.08.2012 und das *Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz* vom 01.11.2012, die beide das Ziel verfolgen, das bislang völlig unzureichende Organaufkommen zu steigern. Als Reaktion auf den Transplantationsskandal, der im letzten Jahr die Medienberichterstattung beherrschte und das Vertrauen in die Transplantationsmedizin nachhaltig erschütterte, hat die Bundesärztekammer (BÄK) im Dezember letzten Jahres zudem ihre *Richtlinien zur Wartelistenführung und Organvermittlung* reformiert, welche die Vorgaben des TPG für die Allokation postmortal gespendeter Organe konkretisieren, gewichten und operationalisieren.

Die Reform des Transplan- tationsrechts – Viel Lärm um nichts?

Gerhard Dannecker

Mit diesen Reformen haben wir uns im Rahmen des Marsilius-Kollegs im vergangenen Jahr befasst und sind der Frage nachgegangen, ob und inwieweit diese geeignet sind, ihre Zielsetzung, die gegenwärtige Organknappheit zu verringern bzw. die Organverteilung effizienter und gerechter zu gestalten, zu erfüllen.² Außerdem haben wir uns der Problematik gewidmet, inwieweit die Reformen zu kurz gegriffen haben und inwieweit nach wie vor Reformbedarf besteht.

1. Gesetzgeberische Reformen im Transplantationsrecht

a. Postmortale Organentnahme

Eine wesentliche Neuerung des Transplantationsrechts stellt die Einführung der sog. Entscheidungslösung durch das *Gesetz zur Einführung der Entscheidungslösung* in das TPG dar. Diese unterwirft die Organentnahme beim hirntoten Spender keinen anderen, insbesondere keinen geringeren Voraussetzungen als

die bislang geltende, in den §§ 3 und 4 TPG normierte „erweiterte Zustimmungslösung“.³ Nach wie vor ist die postmortale Organentnahme nur zulässig, sofern der Spender zu seinen Lebzeiten der Organentnahme zugestimmt hatte; fehlt es an einer entsprechenden lebzeitigen Äußerung des Spenders, so müssen die Angehörigen – in Übereinstimmung mit dem Willen des Spenders – über die Organentnahme entscheiden.

Wenngleich das Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im TPG die gesetzliche Voraussetzung der postmortalen Organentnahme nicht ändert, normiert dieses Gesetz, dass um die lebzeitige Zustimmung des Spenders nunmehr intensiver geworben werden soll als vorher. Nach den geänderten bzw. neu eingeführten Regelungen in den §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, Abs. 1a und Abs. 2a TPG müssen die Krankenkassen ihren Versicherten in regelmäßigen Abständen Informationsmaterial über das Thema Organspende sowie einen Organspendeausweis zukommen lassen und diese auffordern, eine Entscheidung zur Frage der Organspende zu treffen und diese Entscheidung zu dokumentieren. Anders als der Terminus „Entscheidungslösung“ nahelegt, darf jedoch niemand verpflichtet werden,

sich zu entscheiden (§ 2 Abs. 2a TPG).⁴ Schweigen stellt somit keine Zustimmung dar – ganz im Gegensatz zur sog. Widerspruchslösung, die als Alternative zur Entscheidungslösung debattiert, aber letztendlich verworfen wurde, weil sie intensiver in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingreift.⁵ Jedoch wäre die Widerspruchslösung vermutlich deutlich effektiver im Hinblick auf die gesetzgeberische Zielsetzung der Steigerung des Organaufkommens,⁶ zumal sich die Bereitschaft zur postmortalen Spende infolge des Transplantationskandals gegenwärtig auf einem Tiefstand befindet. Da die herrschende Meinung die Widerspruchslösung als verfassungsrechtlich zulässig betrachtet,⁷ bleibt die Widerspruchslösung eine (verfassungsgemäße) Option für die Zukunft, falls mit der Entscheidungslösung nicht genügend Spenderorgane generierbar sind, um die gegenwärtige Knappheitsproblematik zu bewältigen, wovon auszugehen ist. Dennoch dürfte sich die Knappheitssituation entspannen, nicht zuletzt aufgrund der durch das Gesetz zur Änderung des TPG eingeführten Vorschrift, wonach jedes Entnahmekrankenhaus mindestens einen Transplantationsbeauftragten zu bestellen hat (vgl. § 9b TPG).⁸ Es ist nämlich zu hoffen, dass Transplantationsbeauftragte der bisher üblichen Praxis entgegenwirken, wonach auf die Entnahme von Organen verzichtet wird, obwohl der Verstorbene spenden wollte, wenn sich die Angehörigen gegen die Organentnahme aussprechen. Denn diese Praxis ist rechtlich äußerst fragwürdig und kann zu einem neuen Transplantationskandal führen, da der Wille des Spenders als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts verbindlich ist und nicht von den Angehörigen abgeändert werden kann. War der Spender mit der Organentnahme einverstanden, so besteht die Pflicht zur Explantation der Organe, um die lebensrettenden Organe zu erlangen.

b. Lebendorganspende

Die Bereitschaft zur Lebendorganspende wollte der Gesetzgeber mit dem *Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes* fördern, das u. a. den versicherungsrechtlichen Status des Lebendspenders stärken soll. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber u. a. einen – durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bereits anerkannten⁹ – Krankenbehandlungs- und Krankengeldanspruch des Lebendspenders gegen die Krankenkasse des Organempfängers ausdrücklich normiert (vgl. §§ 27 Abs. 1a und § 44a Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V)).¹⁰ Zudem hat der Gesetzgeber § 3a Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) geschaffen, wonach der Spender im Fall von Arbeitsunfähigkeit einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz hat und die hierdurch verursachten



Kosten dem Arbeitgeber des Organspenders von der Krankenkasse des Organempfängers zu zahlen sind. Dies bedeutet einen echten Fortschritt, da der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bislang sehr umstritten war.¹¹ Eine Stärkung des versicherungsrechtlichen Status des (Lebend-)Spenders bedeutet auch die neu geschaffene Regelung des § 12a Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (SGB VII), die den Unfallversicherungsschutz auf alle Komplikationen einer Lebendspende erstreckt, selbst wenn diese nur im mittelbaren Zusammenhang mit der Spende stehen. Hierdurch werden ausdrücklich auch Fallkonstellationen umfasst, in denen die Spende Auswirkungen auf das Ausmaß der Unfallfolgen hatte, nicht aber auf das eigentliche Unfallgeschehen.¹² Dennoch ist stark zu bezweifeln, dass durch die Stärkung des versicherungsrechtlichen Status des Lebendspenders erheblich mehr Spender als bisher gewonnen werden können, da eine Lebendspende zumeist nicht an der Scheu vor versicherungsrechtlichen Unwägbarkeiten scheiterte, sondern an der häufig fehlenden, medizinisch aber notwendigen Blutgruppen- bzw. Organkompatibilität zwischen dem potenziellen Organempfänger und den Organspendern.¹³ § 8 Abs. 1 S. 2 TPG definiert den für die Lebendspende in Betracht kommenden Spenderkreis sehr restriktiv und beschränkt diesen auf bestimmte Verwandte des potenziellen Organempfängers sowie auf Menschen, die dem Empfänger in „besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Diese Restriktionen sind kein verhältnismäßiges Mittel, um die Normzwecke des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zu erreichen, die in der Verhinderung von Organhandel und der Gewährleistung der Freiwilligkeit der Organspende bestehen. Die Spenderkreisrestriktionen sind deshalb nach herrschender Auffassung¹⁴ verfassungswidrig, jedenfalls aber verfassungsrechtlich nicht zwingend. Deshalb fordern Mediziner, Ethiker, aber auch Juristen, bereits seit Jahren völlig zu Recht deren Abschaffung.¹⁵

2. Reform der Richtlinien zur Organverteilung

Eine weitere Reform aus dem letzten Jahr betrifft die Organverteilung. Da der Transplantationsskandal offengelegt hat, wie einfach Transplantationsmediziner ihren Patienten einen ungerechtfertigten Vorteil bei der Vergabe postmortal gespendeter Organe durch Manipulation allokatonsrelevanter Befunde verschaffen können, hat die Bundesärztekammer (BÄK) die Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung reformiert: Künftig sollen in jedem Transplantationszentrum interdisziplinäre Transplantationskonferenzen geschaffen werden, die mit einem

Vertreter des ärztlichen Direktors sowie mit Medizinern unterschiedlicher Disziplinen zu besetzen sind und an denen fakultativ auch ein Pflegevertreter und/oder ein Psychotherapeut, Psychiater oder Psychosomatiker teilnehmen kann.¹⁶ Die Aufgabe dieser interdisziplinären Transplantationskonferenz besteht in der Entscheidung über die Aufnahme und den Verbleib des Patienten auf der Warteliste¹⁷ und bei der Leberallokation zudem in der Prüfung und Bestätigung der allokatonsrelevanten Befunde.¹⁸ Dennoch bleibt die Allokation knapper Spenderorgane verfassungsrechtlich hoch problematisch. Denn nicht nur der gleichheitswidrige Vollzug der Verteilungsvorschriften gilt als verfassungsrechtlich bedenklich, sondern auch die Verteilungsvorschriften selbst – ein Defizit, das die letztjährigen Reformen noch nicht einmal zu beheben versucht haben. So wird seit Inkrafttreten des TPG kritisiert, dass sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG zu regeln, dass die knappen postmortal gespendeten Organe nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit zu verteilen sind. Die genauere Ausgestaltung des Verteilungssystems hat der Gesetzgeber der BÄK überlassen (vgl. § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TPG), ganz so, als sei auch die Gewichtung der Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht eine Frage, die medizinischen Sachverstand erfordere. Dabei stellt die Gewichtung dieser beiden Kriterien eine normative (und keine medizinische) Problematik dar, insbesondere da diese Kriterien häufig gegenläufig sind: Die Erfolgsaussichten der Transplantation nehmen mit zunehmender Dringlichkeit ab.¹⁹ Insofern hätte der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über das Verhältnis von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht selbst entscheiden müssen, keinesfalls aber der BÄK diese Entscheidung überlassen dürfen, die über keinerlei demokratische Legitimation²⁰ verfügt und die noch nicht einmal der staatlichen Rechtsaufsicht unterstellt ist. Dieses Legitimationsdefizit wollte der Bundesrat mit dem Gesetz zur Änderung des TPG durch Einbindung des Bundesgesundheitsministeriums bei der Erstellung der Richtlinien der BÄK beseitigen, indem er vorschlug, die Geltung der Richtlinien der BÄK über die Verteilung der postmortal gespendeten Organe von deren Genehmigung durch das Bundesgesundheitsministerium abhängig zu machen.²¹ Jedoch konnte sich der Bundesrat mit dieser Forderung im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen, weshalb das Legitimationsdefizit fortbesteht.

Zudem gelten die Richtlinien der BÄK auch aus inhaltlichen Gründen als verfassungsrechtlich problematisch, insbesondere die Richtlinien über den Wartelistenzugang, weil sie zu hohe Anforderungen an die Erfolgsaussichten der Transplantation stellen. Hieran hat auch die Richtlinienreform der BÄK nichts geändert.

Denn die Richtlinien der BÄK machen den Wartelistenzugang nach wie vor von längerfristigen Erfolgsaussichten abhängig, indem sie ein „längerfristiges Überleben“ sowie eine „längerfristig ausreichende Transplantatsfunktion“ fordern. Dabei ist es nach ganz herrschender Meinung verfassungsrechtlich problematisch, derart hohe Anforderungen an die zu erwartenden Erfolgsaussichten der Transplantation zu stellen, zumindest auf der Ebene des Wartelistenzugangs; vielmehr ist jedem Patienten Zugang zur Warteliste zu gewähren, wenn er von der Transplantation nur irgendwie profitieren kann.²²

3. Fazit

Als Fazit bleibt daher festzuhalten, dass die letztjährigen Reformen auf dem Gebiet des Transplantationsrechts zu kurz greifen. Sie verringern weder die derzeitige Organknappheit so effizient, wie das Verfassungsrecht dies zulässt und wohl sogar erzwingt, noch beheben diese Reformen systembedingte Verteilungsprobleme, die die Rechtswissenschaft nunmehr seit Erlass des TPG im Jahr 1997 als verfassungswidrig anprangert. Daher besteht sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung als auch auf der Ebene der BÄK weiterer Handlungsbedarf, um die Patientenversorgung zu verbessern und so den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine angemessene Gesundheitsversorgung Rechnung zu tragen.

¹ Thomas Gutmann: *Für ein neues Transplantationsgesetz*, Heidelberg/Berlin/New York: Verlag Springer 2006; Claus-Dieter Middel, Wiebke Pühler, Hans Lilie und Karsten Vilmar: *Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts*, Deutscher Ärzteverlag 2010.

² Zur letztjährigen Reform des Transplantationsrechts: Hans Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung?*, in: *Medizinrecht* 2013, S. 82 ff.

³ Gerhard Dannecker, Tom Ganten und Anne F. Streng: *Die Allokation postmortal gespendeter Lebern in Theorie und klinischer Praxis aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*, in: *Marsilius-Kolleg 2011/2012* hg. von Hans-Georg Kräusslich und Wolfgang Schluchter, S. 31, abrufbar unter: http://www.marsilius-kolleg.uni-heidelberg.de/md/einrichtungen/mk/publikationen/mk_jb_03_gleichheit_und_ungleichheit_in_der_leberallokation.pdf; Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 83.

⁴ Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 83.

⁵ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes, BT-Drs. 17/7376, S. 29.

⁶ Mathis Bader: *Organmangel und Organverteilung*, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck 2010, S. 50; Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 84; Daniela Norba: *Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht*, Berlin: Duncker & Humblot 2009, S. 324.

⁷ Bader: *Organmangel und Organverteilung*, Anm. 6, S. 48 ff.; Udo Di Fabio, in: *GG*, Kommentar hg. von Theodor Maunz et al., München: Verlag C.H. Beck 2001, Art. 2 Abs. 1, Rn. 206; Thomas Gutmann: *Für ein neues Transplantationsgesetz – Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Bereich der Transplantationsmedizin*, in: *Schriftenreihe Medizinrecht*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag 2006, S. 158 ff.; Winfried Kluth und Birgit Sander: *Verfassungsrechtliche Aspekte einer Organspendepflicht*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* (1996), S. 1285 (1291); Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 84; Norba: *Rechtsfragen der Transplantationsmedizin*, Anm. 6, S. 322 ff.

⁸ Näher zu den Transplantationsbeauftragten: Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 85.

⁹ Ulrich Knispel, in: *Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht* hg. von Christian Rolfs et al., § 27, Rn. 59 a (Stand: 01.03.2013) unter Berufung auf BSG, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, S. 1432; BSG, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, S. 823.

¹⁰ Näher hierzu: Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 88; Knispel, in: *Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht*, Anm. 9, § 27, Rn. 59 a ff.

¹¹ Näher hierzu mit weiteren Literaturnachweisen: Oliver Ricken, in: *Beck'scher Kommentar Arbeitsrecht* hg. von Christian Rolfs et al., § 3a EFZG, Rn. 1 (Stand: 01.12.2012).

¹² Näher: Neft: *Reform des Transplantationsgesetzes*, Anm. 2, S. 88.

¹³ Dannecker et al.: *Die Allokation postmortal gespendeter Lebern*, Anm. 3, S. 29.

¹⁴ Dirk Esser, in: *TPG*, Kommentar hg. von Wolfram Höfling et al., 2003, § 8, Rn. 89 ff.; Thomas Gutmann, in: *TPG*, Kommentar hg. von Ulrich Schroth et al., München: Verlag C.H. Beck 2005, § 8, Rn. 29; Hans Lilie: *10 Jahre Transplantationsgesetz – Verbesserung der Patientenversorgung*, in: *Festschrift für Egon Müller* hg. von Heike Jung, Bernd Luxenburger und Eberhard Wähle, Baden-Baden: Nomos Verlag 2008, S. 395 (408); Hans-Ludwig Schreiber: *10 Jahre Transplantationsgesetz – Notwendigkeit einer Weiterentwicklung*, in: *Festschrift für Knut Amelung* hg. von Martin Böse und Detlev Sternberg-Lieben, Berlin: Duncker & Humblot 2009, S. 487 (494); Ulrich Schroth: *Lebensspende, insbesondere Cross-Over – die juristische Perspektive*, in: *Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts* hg. von Claus-Dieter Middel et al., München: C.H. Beck 2010, S. 141 (154).

¹⁵ Esser, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 8, Rn. 89 ff.; Gutmann, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 8, Rn. 29; Wolfram Höfling: *Stellungnahme, Ausschussdrucksache 599/13*, Deutscher Bundestag Ausschuss für Gesundheit, S. 6 f.; Lilie: *10 Jahre Transplantationsgesetz*, Anm. 14, S. 408; Hans-Ludwig Schreiber: *Notwendigkeit einer Weiterentwicklung?*, S. 487 (494); Schroth: *Lebensspende*, Anm. 14, S. 154.

¹⁶ III. 3.1 der Besonderen Regelungen zur Herz- und Herz-Lungen-Transplantation; III. 3.1 der Besonderen Regelungen zur Lungentransplantation; III. 5. der Besonderen Regelungen zur Lebertransplantation; III. 3. der Besonderen Regelungen zur Nierentransplantation; III. 3. der Besonderen Regelungen zur Pankreastransplantation; III. 3. der Besonderen Regelungen zur Dünndarmtransplantation.

¹⁷ I. 5. der Allgemeinen Richtlinien für die Aufnahme in die Warteliste zur Organtransplantation.

¹⁸ III. der Besonderen Regelungen zur Lebertransplantation.

¹⁹ Bader: *Organmangel und Organverteilung*, Anm. 6, S. 254 ff.; Gutmann, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 16, Rn. 6 ff.; 19 ff.; Höfling, in: *TPG*, Kommentar, 2003, § 16, Rn. 16 ff., Heinrich Lang: *Deregulierte Verantwortungslosigkeit?*, in: *Medizinrecht* (2005), S. 269 (271 ff.).

²⁰ Bader: *Organmangel und Organverteilung*, Anm. 6, S. 254 ff.; Gutmann, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 16, Rn. 6 ff., 19 ff.; Höfling, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 16, Rn. 16 ff.; Lang: *Deregulierte Verantwortungslosigkeit?*, Anm. 19, S. 271 ff.

²¹ Stellungnahme des Bundesrat zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes, BT-Drs. 17/7376, S. 33.

²² Bader: *Organmangel und Organverteilung*, Anm. 6, S. 326 ff.; Dannecker et al.: *Reformbedürftigkeit des Allokationsmodus postmortal gespendeter Lebern*, in: *Priorisierung in der Medizin* hg. von Björn Schmitz-Luhn und André Bohmeier, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag 2013, S. 152 ff.; Thomas Gutmann und Bijan Fateh-Moghadam: *Grundlagen einer gerechten Organverteilung* hg. von Gutmann et al., Heidelberg: Springer Verlag 2003, S. 73 ff.; Gutmann, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 12 Rn. 45, 48; Gutmann, in: *Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland* hg. von Wolfram Höfling, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag 2008, S. 113 (131); Wolfram Höfling und Steffen Augsburg: *Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung unter Finanzierungsvorbehalt? Verfassungsrechtliche Determinanten indirekter und direkter Rationierung im Gesundheitswesen*, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 55 (2009), S. 45 (52); Wolfram Höfling: *Anspruch auf Gesundheit- Was muss der Staat leisten? Verfassungsrechtliche Aspekte der Rationierung*, in: *Was ist uns die Gesundheit wert?* hg. von Volker Schumpelick und Bernhard Vogel, Freiburg: Verlag Herder 2007, S. 284 (293); Höfling: *Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin*, in: *Juristenzeitung* (2007), S. 481 (486); Karl-Heinz Ladeur und Ino Augsburg: *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag 2007, S. 50; Heinrich Lang, in: *TPG*, Kommentar, Anm. 14, § 10, Rn. 48 ff.; Jochen Taupitz, in: *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen* 104 (2010), 400 (403).