

**Kom.-Drs. 15/143**

**Schriftliche Stellungnahme**  
**zum Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung „Organlebendspende“**  
**der Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“**  
**am 1. März 2004**

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf Anmerkungen zu einigen der rechtswissenschaftlich relevanten Teilen des Fragenkataloges. Dabei werden Fragen dort, wo es sinnvoll erscheint, gebündelt behandelt.

**I. Zum Problem des Empfängerkreises**

**1. Zu Frage A. 2.**

Den zulässigen Empfängerkreis bei der Entnahme nicht regenerierungsfähiger Organe beschränkt § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG auf „Verwandte 1. oder 2. Grades, Ehegatten oder Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen“. Namentlich die nähere Konkretisierung des zuletzt erwähnten Auffangtatbestandes ist gera-

de wegen der in § 19 Abs. 2 TPG für den transplantierenden Arzt statuierten Strafsanktion von großer praktischer Bedeutung. Sicher ist zunächst, dass die für die notwendige Nähebeziehung gesetzlich geforderten Voraussetzungen jeweils im Einzelfall konkret geprüft werden müssen. Eine generalisierender Betrachtungsweise ohne Berücksichtigung der spezifischen Einzelfallumstände verbietet sich.<sup>1</sup> Nach der Gesetzesbegründung<sup>2</sup> soll für die besondere persönliche Verbundenheit eine „gemeinsame Lebensplanung mit innerer Bedeutung“ charakteristisch sein. Verlangt ist somit eine „biographisch gewachsene persönliche Verbundenheit“.<sup>3</sup> Das hiernach geforderte Zusammengehörigkeitsgefühl<sup>4</sup> bedeutet negativ ausgrenzend, dass bloß ökonomisch motivierte oder zweckrationale Beziehungen die gesetzlichen Voraussetzungen eines besonderen persönlichen Näheverhältnisses nicht erfüllen. Zwar ist nicht Voraussetzung, dass Spender und Empfänger zusammen leben bzw. zusammen wohnen. Vielmehr ist eine räumliche Trennung unschädlich, wenn sich anhand anderer Umstände – die Gesetzesbegründung nennt hier beispielhaft ein enges freundschaftliches Verhältnis mit häufigen Kontakten über einen längeren Zeitraum hinweg – eine enge persönliche Verbundenheit dokumentieren lässt.<sup>5</sup>

Die gesetzliche Regelung setzt darüber hinaus die *Offenkundigkeit* der Nähebeziehung zwischen Spender und Empfänger voraus.<sup>6</sup> Nach Auffassung des nordrhein-westfälischen LSG schließt dieses Tatbestandsmerkmal es aus, „dass die Feststellung, ob eine solche Verbundenheit vorliegt, erst nach entsprechenden Erkundigungen und Ermittlungen getroffen werden kann“.<sup>7</sup>

Vor diesem Hintergrund sind – ungeachtet rechtspolitischer Wünschbarkeiten – sog. *Überkreuz-Lebensspenden* mit der entstehungsgeschichtlich deutlich zu belegenden Teleologie der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Das nordrhein-westfälische LSG hat zu Recht ausgeführt: „Eine derartige Verbundenheit kann zwischen Partnern einer auf Dauer angelegten, d. h. nicht nur befristeten oder zufälligen häuslichen Lebensgemeinschaft, entstehen, deren Grundlage in der Regel eine gemeinsame Lebensplanung mit einer Bindung ist. Ein vergleichbares enges persönliches Verhältnis mit gemeinsamer Lebensplanung und innerer Bindung kann auch zwischen in räumlicher Trennung lebenden Personen bestehen, wenn die Bindung über einen längeren Zeitraum gewachsen ist, z. B. ein enges

---

<sup>1</sup> So zu Recht *Esser*, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz, 2002, § 8 Rn. 74; ferner *Schroth*, MedR 1999, 67 (68).

<sup>2</sup> Siehe BT-Drs. 13/4355, S. 20 f.

<sup>3</sup> So zu Recht *Schroth*, MedR 1999, 67 ff. (67).

<sup>4</sup> Siehe *Schroth*, MedR 1999, 67 ff. (67).

<sup>5</sup> Siehe BT-Drs. 13/4355, S. 21; *Esser*, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz, § 8 Rn. 77; ferner LSG NRW

<sup>6</sup> Kritisch dazu etwa *Gutmann*, MedR 1997, 147 (149); *ders./Schroth*, Organlebenspende in Europa, 2002, S. 16 f.; siehe auch *Seidenath*, MedR 1998, 253 (253).

<sup>7</sup> LSG NRW, NWVBl. 2001, 401 (410).

Freundschaftsverhältnis mit häufigen persönlichen Kontakten über einen längeren Zeitraum. Persönliche Verbundenheit setzt ein Zusammengehörigkeitsgefühl voraus; Schicksalsgemeinschaft oder sonstiges Näheverhältnis reicht hiernach nicht ...“.<sup>8</sup>

Nun ist indes das Urteil des Landessozialgerichts durch ein Urteil der Revisionsinstanz, des Bundessozialgerichts, vom 10. Dezember 2003 aufgehoben worden. Die Urteilsbegründung liegt noch nicht vor, so dass hierzu keine näheren Ausführungen möglich sind. Der Pressemitteilung des 9. Senats ist allerdings zu entnehmen, dass das BSG die Interpretation des Tatbestandsmerkmals „in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen“ durch das LSG als „zu eng“ qualifiziert. Im Verhältnis zwischen dem Spender und den (klagenden) Empfängern sei weder eine gemeinsame Lebensplanung wie bei Ehegatten zu fordern, noch müsse ihre Verbundenheit für jedermann offenkundig gewesen sein. Vielmehr reiche es aus, dass der im Vorfeld der Operation tätige Psychologe oder Arzt eine hinreichend intensive und gefestigte Beziehung eindeutig habe feststellen können. Gleichwohl: Die widersprüchlichen Gerichtsentscheidungen belegen deutlich, dass die Problematik der Cross-Over-Spenden durch die bestehende gesetzliche Regelung keinesfalls so eindeutig geregelt wird, wie es alle Beteiligten, namentlich aber die transplantierenden Ärzte im Blick auf die strafrechtlich sanktionierte Norm erwarten dürfen. Der Gesetzgeber bleibt hier zu einer Neuregelung aufgerufen.

## **2. Zu den Fragen A. 12., 14. und 16.**

a) Die Regelung des Transplantationsgesetzes zum Kreis der Empfänger von Lebendspenden gehört – neben der Etablierung der Hirntodkonzeption und der Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer nach § 16 TPG – zu den zentralen verfassungsrechtlichen Streitfragen des Gesetzes. Zwar hat die Erste Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts in ihrem Beschluß vom 11.8.1999<sup>9</sup> § 8 Abs. 2 Satz 2 TPG zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks – nämlich: die Freiwilligkeit der Organspende zu sichern und der Gefahr des Organhandels zu begegnen – für geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne erachtet; dennoch hat die Entscheidung wenig bis nichts zur Klärung der Sachproblematik beigetragen. Zudem ist mit dem Beschluß nicht zugleich die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in einem prinzipiellen Sinne festgestellt worden, da es sich um einen bloßen Nichtannahmebeschluß handelt, der keine Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGE entfaltet.

---

<sup>8</sup> LSG NRW, NWVBl. 2001, 401 (410).

In der Tat begegnet die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG durchaus verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die in der Regelung vorausgesetzten Näheverhältnisse nicht prinzipiell etwas über die Freiwilligkeit einer Lebendorganspende aussagen. Auch außerhalb gefestigter zwischenmenschlicher Kontakte sind freiwillig getroffene Spendeentscheidungen ohne weiteres denkbar; dies gilt namentlich für die sog. anonyme altruistische Lebendspende.

In diesem Zusammenhang darf auch auf die Überlegungen in der Schweiz verwiesen werden. Dort wird die Lebendspende nach dem künftigen Transplantationsgesetz nicht auf einen bestimmten Kreis beschränkt werden. Durch die weite Fassung soll insbesondere die Überkreuz-Spende ermöglicht werden. Zwar sieht auch der schweizerische Gesetzgeber die Gefahr eines Organhandels. Er hält indes eine restriktive Regelung des Lebendspenderkreises nicht für tauglich, dieser Gefahr effektiv zu begegnen. Es sei nicht einsehbar, „weshalb die Gefahr des Organhandels oder Druckversuche auf die spendende Person außerhalb der Familie größer sein soll, als innerhalb“, so der Bundesrat in seiner Botschaft zum Entwurf eines Transplantationsgesetzes.

Auf eine weitere Inkonsistenz der strafbewehrten Spenderkreisregelung des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG sei hingewiesen: Die Regelung gilt für Organe und Organteile, die sich nicht wieder bilden können. Damit gilt sie nicht für die Leber.<sup>10</sup> Dabei ist die Spende eines Lebersegments, insbesondere im Falle der Entnahme des rechten Leberlappens, mit wesentlich höheren Risiken für den Spender verbunden als etwa die Lebendnierenspende. Wenn und soweit die gesetzliche Regelung auch eine paternalistische Schutzfunktion zugunsten potentieller Spender entfalten soll, wirkt sie insoweit partiell dysfunktional.<sup>11</sup>

Auch wenn man dem Gesetzgeber einen relativ weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum bei der Regelung der hochsensiblen Frage der fremdnützigen Verfügung über Körpersubstanzen zubilligen will, muß er doch die „Grundrechtsseite“ von Spendern und Empfängern hinreichend berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund erscheint mir eine Erweiterung der Regelung durchaus indiziert, wenn durch prozedurale Regelungen der Gefahr autonomieverletzender Instrumentalisierung und Kommerzialisierung vorgebeugt wird. Insoweit ist indes auf ein effektives Instrumentarium zu setzen.

---

<sup>9</sup> NJW 1999, 3399 ff. mit kritischer Anmerkung von *Rixen*, NJW 1999, 3389 ff.

<sup>10</sup> Siehe *Esser*, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 8 Rn. 64 f.; *Ulrich Schroth*, Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebendspende – Wieviel Paternalismus ist legitim?, in: Festschrift für H.-L. Schreiber, 2003, S. 843 (845).

<sup>11</sup> Siehe auch *Schroth*, aaO, S. 845.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die sog. Lebendspendekommissionen zu einer solch effektiven Kontrolle bereit und in der Lage sind.<sup>12</sup>

b) Verfehlt erscheint mir auch die Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 3 TPG, in der die *Subsidiarität der Lebendspende* statuiert ist. Der Gesetzgeber hat die Aufnahme dieser Subsidiaritätsklausel in den Gesetzestext damit begründet, die Zulassung der Lebendspende dürfe nicht dazu führen, das Bemühen um die postmortal gespendeten Organe zu vernachlässigen.<sup>13</sup> Auch wenn die Klausel in der Praxis wohl keine größere Bedeutung erlangt hat, begegnet sie verfassungsrechtlichen Bedenken. Ihre normative Zielrichtung führt dazu, dass einem Patienten durch Gesetz eine medizinisch schlechtere Therapie aufgezwungen wird.<sup>14</sup> Die Ausgestaltung der Lebendspende als „ultima ratio“ wird im übrigen auch nicht dem Umstand gerecht, dass möglicherweise potentielle Organempfänger aus psychischen, ethischen oder religiösen Gründen einer postmortalen Spende auf der Grundlage der Hirntodkonzeption ablehnend gegenüberstehen können.<sup>15</sup>

Auch die Schweiz wird in dem künftigen Transplantationsgesetz die Lebendspende nicht als eine subsidiäre Variante einführen. Dabei wird darauf hingewiesen, dass aus Sicht des potentiellen Empfängers nicht begründbar sei, warum er sich das Organ eines verstorbenen Menschen transplantieren lassen soll, wenn alternativ eine – medizinisch auch noch günstigere – Lebendspende möglich sei. Darüber hinaus wird auf weitere Vorteile der Lebendspende hingewiesen (Transplantation als planbares Ereignis; größerer Transplantationserfolg; Verkürzung der Wartezeit).

### **III. Zum Status der Verfahrensweise der Lebendspendekommissionen**

#### **Zu den Fragen A. 5. – 9.**

1. Die bundesgesetzlichen Vorgaben für die Einrichtung und Arbeit der sog. Lebendspendekommissionen beschränken sich auf wenige Direktiven. Das Nähere, insbesondere zur Zusammensetzung der Kommissionen und zu deren Verfahren soll durch Landesrecht bestimmt werden (§ 8 Abs. 3 Satz 4 TPG). Die Länder sind diesem Regelungsauftrag in unterschiedlicher Weise nachgekommen: Zum Teil wurde eigene Ausführungsgesetze zum TPG erlassen (z. B. in Bayern und Nordrhein-Westfalen), zum Teil wurden die entsprechenden Regelungen in bestehende Gesundheitsgesetze integriert (so etwa in Baden-Württemberg und Berlin); teilweise wurden lediglich Verordnungsermäch-

---

<sup>12</sup> Dazu noch unten

<sup>13</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 20; siehe auch *Schreiber/Wolfslast*, MedR 1992, 189 (193).

<sup>14</sup> Siehe auch *Gutmann*, MedR 1997, 147 (152); *Esser*, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 8 Rn. 55.

tigungen geschaffen und die weitere Regelung (im wesentlichen) auf die Verordnungsebene delegiert (so bspw. Brandenburg und Schleswig-Holstein).<sup>16</sup> Die Grundproblematik der Lebendspendekommission besteht darin, dass sie gleichsam in einer „Grauzone zwischen Beratung und Entscheidung“ angesiedelt worden sind.<sup>17</sup> Zwar kommt ihnen lediglich eine empfehlende Funktion zu. Andererseits aber sollen sie in dem in hohem Maße grundrechtsrelevanten Entscheidungsprozeß durch ihre Beratungstätigkeit auch faktisch verhaltenssteuernde Wirkung entfalten. Der Verzicht des Gesetzgebers darauf, den Voten der Kommissionen einen rechtsverbindlichen Charakter zuzuweisen, ist namentlich dadurch motiviert, Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten auszuschließen. Dies ist indes verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Zwar wird den Kommissionen bei ihren Entscheidungen ein relativ weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der relevanten Tatsachenfeststellungen zugestanden werden müssen; andererseits aber erscheint es im Blick auf die im wahrsten Sinne des Wortes existentiellen Folgen der Kommissionsentscheidungen nicht akzeptabel, dass auch wesentliche Verfahrensfehler mit Auswirkungen auf das Ergebnis oder gar evident willkürliche oder diskriminierende Praktiken von Kommissionen (ein eher theoretischer Fall) ebenfalls der gerichtlichen Kontrolle entzogen sein sollen.<sup>18</sup>

2. Diesseits aller Rechtsschutzfragen ist auch die Effektivität der Kommissionstätigkeit kritisch in den Blick zu nehmen. Insoweit bedürfte es umfangreicherer rechtstatsächlicher Erhebungen. Darüber hinaus ist eine höhere Transparenz und Publizität der Entscheidungsfindung der Kommissionen zu fordern.

Ggf. bedarf es bundesgesetzlicher Vorgaben, die einen „Kommissionstourismus“ zumindest transparent macht und einer verschärften Kontrolle unterwirft. Die zum Teil öffentlich gewordenen Fälle, in denen Bedenken der Kommission eines Landes in einem anderen Bundesland offenkundig keinerlei Rolle mehr spielten, zeugen von deutlichen Defiziten. Insoweit wäre an eine Regelung zu denken, wie sie innerhalb des Bundeslandes Bayern für die dort existierenden sechs Kommissionen im Ausführungsgesetz zum TPG getroffen worden ist. Hier genügt das Votum einer bayerischen Kommission, die einem anderen Transplantationszentrum zugeordnet ist, nicht. Von ablehnenden Voten der Kommission setzt die Bayerische Landesärztekammer die übrigen Kommissionen in Kenntnis (Art. 4 Abs. 2 AGTTG). Diese haben die ablehnenden Stellungnahmen dann zu berücksichtigen, ohne daran gebunden zu sein.

---

<sup>15</sup> Siehe auch *Edelmann*, Versicherungsrecht 1999, 1065 (1068).

<sup>16</sup> Eingehender hierzu *Fateh-Moghadan*, MedR 2003, 245 ff.

<sup>17</sup> So zu Recht *Fateh-Moghadan*, MedR 2003, 245 (246).

3. Erhebliche Defizite bestehen in einigen Bundesländern auch im Blick auf die Entscheidungsfindung. Grundsätzlich wird man feststellen müssen, dass eine angemessene Entscheidungsfindung der Kommission eine persönliche Anhörung von Spender und Empfänger voraussetzt.<sup>19</sup> Namentlich im Blick auf die Anhörung des Empfängers ergibt sich allerdings ein auffallend uneinheitliches Bild im Ländervergleich. Bayern ist das einzige Bundesland, in dem die Anhörung des Empfängers obligatorisch ist. Weitestgehend eingeschränkt ist diese Anhörung in den Regelungen in Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Berlin und Brandenburg, wo die Anhörung des Empfängers eine zu begründende Ausnahme darstellt. Die Vorgaben des Transplantationsgesetzes des Bundes sind insoweit wenig eindeutig, so dass ein deutlicher Nachbesserungsbedarf besteht.

#### **IV. Zu den Fragen B. 27, 36, 37**

1. Die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche von Lebendspendern sind zurzeit nicht hinreichend deutlich geregelt.

Die Aufwendungen für den Eingriff beim Spender werden im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) den Kosten für die Behandlung des Organempfängers zugerechnet. Der insoweit maßgebliche § 27 SGB V,<sup>20</sup> der den Behandlungsanspruch des Organempfängers enthält, lässt dies nicht explizit erkennen. Die Aufwendungen beim Organspender hat die Rechtsprechung als mit der dem Empfänger zugute kommenden Hauptleistung notwendig verbundene Vor- bzw. Nebenleistung qualifiziert.<sup>21</sup> Richtigerweise muss dies als ein eigener Anspruch des Organspenders verstanden werden, der im GKV-rechtlichen Anspruch des Empfängers wurzelt. Der Gesetzestext lässt diese Konstruktion freilich nicht erkennen. Hinzu kommt, dass der Organspender über den Umfang seines Anspruchs im Unklaren bleibt, etwa was den Ersatz von Arbeitsentgelt oder die Kompensation des Verdienstauffalls von Selbständigen angeht.

---

<sup>18</sup> Zur in mehrerer Hinsicht verfassungsrechtlich hoch bedenklichen Einschränkung des Rechtsschutzes im Transplantationsrecht siehe *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 113; *Lang*, VSSR 2002, S. 5 ff.; *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), 260 (291 f., 294).

<sup>19</sup> So z. B. auch *A. Preisigke*, Ausgewählte Probleme aus der aktuellen Diskussion um die Lebendspende von Organen, in: FS Schreiber, 2003, S. 833 (839): „Wenn die Kommission eine Chance haben soll, ihren Auftrag zu erfüllen, wird sie die Betroffenen persönlich anhören müssen“.

<sup>20</sup> Dazu Esser, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2003, § 8 Rdnr. 102.

<sup>21</sup> BSGE 35, 102; Adelt, in: Kruse/Hänlein, Lehr- und Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 36, 60.

Die Krankenkasse des Organspenders wertet den mit der Organentnahme verbundenen Eingriff als selbstverschuldete Krankheit und versagt die Leistungen gem. § 52 SGB V.<sup>22</sup> Ob es allerdings überzeugend ist, den fremdnützigen Eingriff als selbstverschuldet zu qualifizieren und damit wertungsmäßig auf eine Stufe mit den in § 52 SGB V ebenfalls erwähnten Schäden zu stellen, die der Versicherte sich bei einem kriminellen Delikt zuzieht, erscheint mehr als zweifelhaft.

Aufwendungen, die erst durch die Behandlung von Komplikationen entstehen, die aus der – für sich betrachtet korrekt verlaufenen – Organentnahme folgen, unterfallen den Vorschriften der (sog. unechten) gesetzlichen Unfallversicherung (GUV). Insoweit hat der Organspender einen Behandlungsanspruch aus § 27 Abs. 1 SGB VII i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 13 Buchst. b SGB VII.<sup>23</sup> Auch dies ist dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen. Hinzu kommen Abgrenzungsprobleme zwischen den Trägern der Kranken- und der (unechten) Unfallversicherung, die für den Spender problematisch sein können, wenn er wissen will, ob er sich mit einem bestimmten Anspruch an den richtigen Anspruchsgegner richtet.

§ 27 SGB V sollte um eine Bestimmung ergänzt werden, die die bestehenden Unklarheiten beseitigt (§ 27 Abs. 1 S. 5 – 9 SGB V neu):

*Zur Krankenbehandlung gehören auch Transplantationen nach Maßgabe des Transplantationsgesetzes. Der Organspender hat Anspruch auf Krankenbehandlung sowie angemessenen Ersatz seiner sonstigen Aufwendungen. Die Ansprüche sind gegenüber der Krankenkasse des Organempfängers geltend zu machen; § 52 findet, soweit es um die Organentnahme geht, keine Anwendung. Hat der Organspender Ansprüche nach dem Siebten Buch, sind diese ebenfalls gegenüber der Krankenkasse des Organempfängers geltend zu machen. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Verbände der Unfallversicherungsträger beschließen im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung gemeinsam und einheitlich Richtlinien zur näheren Abgrenzung der Leistungen, die für den Organempfänger nach diesem und nach dem Siebten Buch erbracht werden.*

Die vorgeschlagene Neuregelung folgt dem Vorbild bestehender Bestimmungen. Schon jetzt präzisiert § 27 SGB V z.B. die allgemeine Regelung des Absatz 1 S. 1 und 2 in den Sätzen 3 und 4 im Hinblick auf bestimmte Krankheiten bzw. Behandlungsmodi.

---

<sup>22</sup> Esser, in: Höfling, a. a. O., § 8 Rn. 102.

Die Neuregelung stellt klar, dass es sich um eigene Ansprüche des Organempfängers handelt. Vergleichbare Ansprüche Dritter gibt es schon jetzt.<sup>24</sup> Die Formulierung „angemessener Ersatz“ garantiert eine einzelfalladäquate Bemessung der Kompensation, die eine übermäßige Belastung der Krankenkasse vermeidet.

Der auf § 52 bezogene Anwendungsausschluss hat z. T. deklaratorische Funktion: § 52 bezieht sich nur auf Versicherte, der Organempfänger ist aber möglicherweise nicht Versicherter der Krankenkasse des Organempfängers. Falls er es aber zufälligerweise doch ist, käme eine Anwendung von § 52 SGB V in Betracht. Auch wenn § 52 nicht unmittelbar zur Anwendung kommen dürfte, wäre aber aus Sicht der Krankenkasse des Organempfängers immerhin eine analoge Anwendung denkbar. Um solchen zweifelhaften juristischen Operationen den Boden von vornherein zu entziehen, ist der explizite Anwendungsausschluss, der sich nur auf die „Krankheit“ Organentnahme bezieht, erforderlich.

Die Neuregelung vereinfacht die Rechtsstellung des Organspenders, indem sie für diesen einen einzigen Ansprechpartner schafft, nämlich die Krankenkasse des Organempfängers. Der Kostenausgleich zwischen Krankenkasse und Träger der (unechten) Unfallversicherung verläuft intern nach den Regeln des Erstattungsrechts (§§ 102 ff. SGB X). Änderungen des SGB VII erübrigen sich.

Zu erwägen sind entsprechende Regelungen für den Fall, dass die Behandlung des Organempfängers von anderen Kostenträgern oder Unternehmen der privaten Krankenversicherung (PKV) ausgeführt wird. Für den Bereich der PKV dürfte eine Bündelung der Anspruchstellung, wie hier für den Bereich der GKV vorgeschlagen, schon deshalb ausscheiden, weil die Unternehmen der PKV keine Sozialversicherungsträger sind.

Die Abgrenzungsrichtlinien erleichtern die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen GKV- und Unfallversicherungsträgern (vgl. § 133 Abs. 1 SGB VII).<sup>25</sup> Regelungstechnisch folgt die Bestimmung dem Vorbild der Abgrenzungsrichtlinien im sozialen Pflegeversicherungsrecht (§ 17 Abs. 1 S. 1 SGB XI; ähnl. die Vereinbarung zur Abgrenzung von Reha-Maßnahmen nach GKV- oder dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherung [GRV] § 13 Abs. 4 SGB VI).

---

<sup>23</sup> Lang, in: Höfling, a. a. O., § 23 Rn. 7 ff.

<sup>24</sup> S. die Vorschriften über die Kosten für Begleitpersonen, die richtigerweise als eigene Ansprüche der Begleitperson zu qualifizieren sind (vgl. § 11 Abs. 3, § 18 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 6 n.F. i.V.m. § 18 Abs. 2 SGB V).

---

<sup>25</sup> Zu deren Zuständigkeit: Lang, in: Höfling, a. a. O., § 23 Rn. 5.

## 2. Kostentragung bei Transplantationen GKV-Versicherter im EU/EWR-Ausland

Bislang ungelöst ist die Frage, inwieweit Organtransplantationen, die ein GKV-Versicherter in einem EU-/EWR-Staat an sich durchführen lässt, von den Krankenkassen gezahlt werden müssen. Stationäre Behandlungen im EG/EWR-Ausland sind zwar nach der Neuregelung durch § 13 Abs. 5 SGB V i.d.F. des GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG)<sup>26</sup> nach entsprechender Zustimmung der Krankenkasse zulässig, sofern eine gleich wirksame, dem allgemein anerkannten Erkenntnisstand der Medizin entsprechende Behandlung rechtzeitig im Inland möglich ist, aber zweifelhaft ist insbesondere, was „rechtzeitig“ im Hinblick auf Organtransplantationen bedeutet.<sup>27</sup> Brisant wird diese Frage, wenn ein GKV-Versicherter in einem EG/EWR-Staat, der dem Eurotransplant-Verbund nicht angehört (z.B. alle neuen EU-Mitgliedstaaten außer Slowenien), schneller als in Deutschland mit einem Organ versorgt werden könnte. Der Zeitfaktor spielt bei Transplantationen entweder bezogen auf die Überlebenswahrscheinlichkeit oder das Niveau der Lebensqualität eine entscheidende Rolle. Wie rechtzeitig zu verstehen ist, ist unklar.

Abhilfe könnte eine nähere Normierung der Kriterien der Rechtzeitigkeit schaffen. Wegen der Sachnähe empfiehlt sich der Erlass eine Richtlinie gem. § 16 Abs. 1 TPG; der bisherige Ermächtigungskatalog wäre um eine entsprechende Ermächtigung zu ergänzen. Alternativ denkbar ist es, § 13 Abs. 5 SGB V um eine Vorschrift zu ergänzen, die z.B. den Gemeinsamen Bundesausschuss (GemBA) ermächtigt, Richtlinien zu erlassen, in denen Kriterien zur Ermittlung der Rechtzeitigkeit definiert werden, die den unterschiedlichen Krankheiten, namentlich solchen, die eine Organtransplantation erforderlich machen, Rechnung tragen. Diese Vorschrift könnte folgendermaßen lauten (§ 13 Abs. 5 S. 3 SGB V neu):

*Der Gemeinsame Bundesausschuss bestimmt das Nähere zur Definition der ebenso wirksamen, dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechenden rechtzeitigen Behandlung in Richtlinien; § 91 Abs. 7 gilt entsprechend.*

Regelungstechnisch folgt die Bestimmung bekannten Vorbildern (s. etwa § 62 Abs. 1 S. 4, § 92 Abs. 1, § 137c SGB V n.F.). Der Verweis auf § 91 Abs. 7 SGB V n.F. stellt klar, dass der GemBA in der für Krankenhausfragen maßgeblichen Besetzung beschließt.

---

<sup>26</sup> BGBl. 2003 I S. 2190.

---

<sup>27</sup> Rixen, ZESAR (= Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht) 2004, 24 (27).

## V. Zu Frage C. 43:

Die Beantwortung der Frage sollte die problematische Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TPG fokussieren, die schon jetzt „die Gewährung oder Annahme eines angemessenen Entgelts für die zur Erreichung des Ziels der Heilbehandlung gebotenen Maßnahmen“ *nicht* als verbotenes Handeltreiben qualifiziert. Anders ausgedrückt: ein gewisses für den Organempfänger vorteilhaftes Maß an Kommerzialisierung ist nach geltendem Recht gestattet. Schwierigkeiten bereitet allerdings die Abschichtung des Erlaubtem vom Verbotenen; hier sind mitunter „feine Abgrenzungen“<sup>28</sup> nötig, die angesichts der Strafbewehrung des in § 17 Abs. 1 S. 1 aufgestellten Verbots (§ 18 Abs. 1 TPG) schon nicht mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II Gg) vereinbar sein dürften. Die Bestimmung des § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TPG gibt dem Lebendspender nicht hinreichend deutlich zu erkennen, welche von dem Organspender zuzurechnenden finanziellen Vorteile er annehmen darf und welche nicht.

Sofern die Aufwendungen des Organspenders von der Sozialversicherung gedeckt werden, dürften die oben vorgeschlagenen Abgrenzungsrichtlinien auch bei PKV-Unternehmen faktisch zu einer Klarstellung führen.

Im übrigen bestehen gewichtige Einwände gegen eine verstärkte Selbstinstrumentalisierung des menschlichen Körpers. Zwar akzeptiert die Gesellschaft ein gewisses Maß an Instrumentalisierung des Körpers, so dass der Einwand der Selbstinstrumentalisierung nicht als ein kategorischer formuliert werden kann. Gleichwohl ist die „Umwandlung des Person-Leibverhältnisses in ein Privateigentumsverhältnis“ und die Umqualifikation von Organen zu bloßen Trägern von Tauschwert eine – wie *Michael Quante* jüngst noch einmal hervorgehoben hat – problematische gesellschaftspolitische Entwicklung. Sie verstärkt die in der „egoistischen Grammatik des Tausches“ angelegte Tendenz zur Entsolidarisierung. In der Auseinandersetzung um die Legalisierung des Organhandels geht es damit nicht nur um die Frage nach dem ethisch angemessenen Verständnis unseres Verhältnisses zur Leiblichkeit, sondern auch um die zentrale Frage nach den Funktionsbedingungen unseres Gesundheitssystems.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 32.

<sup>29</sup> Dazu *Michael Quante*, Auf zum Body-Shop? Einwände gegen die Legalisierung des Handels mit menschlichen Organen, in: Bondolfi/Kostka/Seelmann (Hrsg.), Hirntod und Organspende, 2003, S. 181 (191).

Köln, den 16.2.2004

Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.