



An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0148(4)
gel. ESV zur Anhörung am 29.6.
11_Transplantationsgesetz Block II
22.06.2011

Datum 22. Juni 2011

Stellungnahme

als Einzelsachverständiger in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses
für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 29. Juni 2011

Ethische und rechtliche Aspekte von Organspenden

Zur Notwendigkeit einer Novellierung des Transplantationsgesetzes¹

Seit dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes wurden die Konstruktionsfehler sowie die verfassungsrechtlichen und ethischen Probleme des Regelwerks in zwei wissenschaftlichen Kommentaren², mehreren Monographien und Sammelbänden³ und einer Fülle einzelner Publikationen analysiert. Die vorliegende Stellungnahme stellt zwei Problembereiche in den Vordergrund: Die Fehlkonstruktionen im Recht der Lebendorganspende (1.) und die evidente Verfassungswidrigkeit des Systems der Organverteilung (2.).

Im Ergebnis bedarf das Transplantationsgesetz einer Novellierung, die nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen in wesentlichen Bereichen nur als grundlegende Neukonzeption denkbar scheint. Der vorliegende Regierungs-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes, der sich auf die bloße Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe in deutsches Recht beschränkt, stellt sich dieser Aufgabe nicht.

1. Die Regelung der Lebendorganspende

1.1. Der Spenderkreis

Fragen der Lebendorganspende⁴ wurden im Gesetzgebungsverfahren kaum diskutiert. Nach verfehlten Erstentwürfen, die die Lebendspende nichtregenerierbarer Organe (und der Leber) auf „nahe“ oder gar „genetisch“ Verwandte beschränkt sehen wollten, wurde im Gesetzgebungsverfahren ein Kompromiss gefunden, demzufolge die Organentnahme zulässig ist zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, (nunmehr auch:) Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem lebenden Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.

a) Auch diese Regelung hat sich indessen als zu eng erwiesen. Sie verhindert eine Fülle von Lebendspenden, die ethisch völlig legitim erscheinen, wie etwa Programme für sog. Überkreuz-Spenden, wie sie u.a. in den Niederlanden, Großbritannien und den USA mit Erfolg eingerichtet wurden. In internationaler Perspektive haben in Deutschland gegenwärtig untersagte Modelle wie die Überkreuz-Lebendspende in einfachen und komplexen Variationen (Dominomodellen), Austauschmodelle für Lebend- und Leichenorgane und die altruistische Lebendorganspende unter einander fremden Menschen stark an Bedeutung gewonnen.⁵ Hierzu reicht exemplarisch der Blick in die Niederlande, in denen die Zahl der Lebendspenden von Nieren im Verhältnis zur Bevölkerung das 3,5-fache des deutschen Wertes beträgt. Alternative Lebendspende-Programme haben dort seit 2000 zu einer signifikanten Erhöhung der Zahl der Organtransplantationen geführt. Bis 2010 wurden (bei nur 16 Mio. Einwohnern) in ethisch wie auch psychologisch eng begleiteten Programmen bereits 167 Überkreuzspenden, 41 Lebendnierenspenden in sog. Domino-Überkreuzspenden und 49 Tauschprogramme unter Verwendung lebend und postmortal gespendeter Organe durchgeführt. 60 Personen haben eine Niere für eine ihnen fremde Person gespendet, davon 8 an eine bestimmte Person gerichtet, 16 zugunsten der Warteliste und 36 zur Initiation von Domino-Überkreuzspenden, die insgesamt in 76 Nierentransplantationen resultierten.⁶ Die Erfahrungen mit diesen Projekten sind durchweg positiv und geben nachdrücklich Anlass, Restriktionen abzubauen, die in der Bundesrepublik solchen Entwicklungen entgegenstehen. Mit Blick auf die europäischen Nachbarstaaten, sowie die USA und Kanada ist festzuhalten, dass Regelungen, die mit einem wei-

ter gefassten Spenderkreis einhergehen, nach bisherigen Erkenntnissen keineswegs mit größeren Problemen hinsichtlich der Sicherstellung der Freiwilligkeit der Lebendspende und des Ausschlusses von Organhandel zu kämpfen haben.

b) Eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat mit einem in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend kritisierten Beschluss vom 13.8.1999 § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG für verfassungsgemäß gehalten, hierbei jedoch festgestellt, dass der Gesetzgeber mit § 8 TPG die Therapiemöglichkeiten von Patienten, die auf Ersatzorgane angewiesen sind, „kausal zurechenbar nachhaltig beeinträchtigt“ habe. Das Transplantationsgesetz greife – so das Bundesverfassungsgericht – mit § 8 in die abwehrrechtliche Verbürgung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) beim potentiellen Empfänger ein, weil hier „staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“. Insofern begegnet § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG weiterhin grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken⁷, zumal die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG zum Schutz der gesetzgeberischen Zwecke nicht erforderlich ist, vernünftige Gründe für die gegenwärtige Begrenzung des Spenderkreises nicht ersichtlich sind und selbst Länder wie Großbritannien, die, eigentlich von engeren rechtlichen Vorgaben ausgehend, konsequent auf prozedurale Entscheidungen im Einzelfall setzen, zu einem angemesseneren, weil weit flexibleren Umgang mit der Lebendorganspende gelangen als das starre deutsche Modell.⁸ Als „hart“ paternalistische Norm, die die Gesundheit von Organspendern vor ihren eigenen, frei verantwortlich getroffenen Entscheidungen schützen soll, ist § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Einwilligung und des Selbstbestimmungsrechts von Organspendern nicht vereinbar. Eine „weich“ paternalistische Deutung der Vorschrift als Norm zum Schutz der Freiwilligkeit der Organspende scheitert daran, dass es an einem sachlichen Zusammenhang zwischen dem Fehlen einer besonderen persönlichen Verbundenheit im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG und einer rechtlich anerkannten Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung fehlt. Als abstraktes Gefährdungsdelikt zur vorbeugenden Absicherung des Organhandelsverbots überzeugt § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG schließlich schon deshalb nicht, weil das Verbot ausnahmslos auch in den Fällen gelten soll, in denen der Organhandelstatbestand nach allgemeiner Auffassung nicht anzuwenden ist (Überkreuz-Spende). Zudem ist eine doppelte Vorverlagerung des Schutzes vor Organhandel mit

Blick auf die präventive Absicherung durch die Lebendspende-Kommissionen weder im Sinne der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung erforderlich noch kriminalpolitisch geboten.⁹

Als ethisches wie auch als rechtliches Argument grundsätzlich verfehlt erscheint insbesondere das Vorbringen der Mehrheitsfraktion der Enquete-Kommission ‚Ethik und Recht der modernen Medizin‘ (Zwischenbericht Organlebendspende, 2005), schon die bloße Ausdehnung der Zulässigkeit der Lebendspende auf Überkreuz-Spenden, bei denen sich Organspender und Organempfänger nicht in besonderer persönlicher Verbundenheit nahe stehen, sei abzulehnen, da hierdurch der „psychische und soziale Druck auf potenzielle Spender [steige], weil die medizinischen Grenzen entfallen, die eine Spende für die nahestehende Person ausschließen“.¹⁰ Dieses Argument beruht auf zwei ethischen Fehleinschätzungen von gleichermaßen grundsätzlicher Natur. Zum einen nimmt die Mehrheit der Enquete-Kommission potentielle Lebendspender nur als passive Objekte in den Blick, die vor „Druck“ zu schützen seien, und blendet sie als moralisch handelnde Personen – und diesbezügliche Grundrechtsträger – völlig aus. Zum anderen hat, wer – wie die Mehrheit der Enquete-Kommission – es ausschließlich mit Bedauern und Ablehnung wahrnimmt, dass heute „medizinische Grenzen entfallen, die eine Spende für die nahestehende Person ausschließen“, aus dem Blick verloren, welche Chancen die Überkreuz-Spende und verwandte Modelle Personen – wie etwa dem Ehemann, der seiner Frau wegen einer Immununverträglichkeit seine Niere nicht spenden kann – eröffnen, nahestehenden Menschen zu helfen, und von welcher existentieller Bedeutung diese Chance für Leben und Gesundheit der betroffenen Patienten sein kann.

c) Die gesetzliche Beschränkung des Spenderkreises wird insbesondere mit Blick auf die Überkreuz-Spende in der juristischen Diskussion ganz überwiegend als unangemessen empfunden. Dies hat in Teilen des medizinrechtlichen Schrifttums und in der Rechtsprechung zu dem nachvollziehbaren Bemühen geführt, offensichtlich unbillige Ergebnisse durch eine äußerst extensive Auslegung der Norm zu vermeiden. So hat das Bundessozialgericht¹¹ in einem – die Grenzen möglicher Gesetzesauslegung (allzu) weit dehnenden – Urteil das gesetzliche Erfordernis des Bestehens einer – notwendigerweise biographisch gewachsenen – engen persönlichen Beziehung weitestgehend durch eine Prognoseentscheidung über deren künftige Entwicklung ersetzt. Abgesehen davon, dass auch auf der Grundlage dieses (nur sozialrechtlichen) Urteils der praktische Spielraum zu einer rechtlich verantwortlichen Durchführung von Über-

kreuz-Spenden gegen Null tendiert, gilt schon grundsätzlich, dass im Rahmen rechtsstaatlich-demokratischer Prinzipien nicht jede verfehlte gesetzgeberische Entscheidung mit den Mitteln der Auslegung unschädlich gemacht werden kann. Eine Korrektur des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG hat vielmehr durch den Gesetzgeber zu erfolgen.

Hierbei sollte die gesetzliche Regelung des Spenderkreises bei Lebendspenden in § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG zumindest dahingehend geändert werden, dass eine Organspende möglich ist, ohne dass zwischen Spender und Organempfänger ein besonderes Näheverhältnis besteht, wenn eine Überkreuzspende zwischen zwei Paaren erfolgt und sich die betroffenen Personen in ihrer jeweiligen Paarbeziehung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG besonders nahestehen. Zudem sollte auch die anonyme (nichtgerichtete) Lebendspende in einen zentral zu verteilenden Organpool zulässig sein, wie dies bereits der Antrag der Fraktion der FDP vom 25.06.2008 (DrS. 16/9806 – „Lebendspenden bei der Transplantation von Organen erleichtern“) vorsah.

Vorzugswürdig erscheint es jedoch, die Norm ersatzlos zu streichen.¹² Vorbildhaft ist diesbezüglich, neben anderen auf unbegründete Restriktionen verzichtenden Regelungen u.a. in Spanien, Belgien, den Niederlanden, Österreich, Dänemark sowie in den USA und Kanada¹³, das Schweizer Transplantationsgesetz vom 8.10.2004, das sich – in ausdrücklicher Abgrenzung vom deutschen Modell – durch einen bewussten, im Gesetzgebungsverfahren von allen Beteiligten begrüßten Verzicht auf jegliche Begrenzung des Kreises potentieller (erwachsener und einsichtsfähiger) Lebendorganspender auszeichnet und sowohl die Überkreuz-Spende als auch die gerichtete und die nichtgerichtete Spende eines Organs unter Fremden zulässt.

2.2. Die Strafbewehrung

Darüber hinaus ist auch der mit § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG verknüpfte Straftatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 2 TPG kaum mit den Prinzipien einer grundrechtsorientierten Strafrechtsordnung in Einklang zu bringen.¹⁴ Er inkriminiert nicht nur ein Verhalten, das allenfalls im Vorfeld abstrakter Rechtsgutsgefährdung liegt, sondern will die Entnahme eines Organs durch einen Arzt auch und gerade in Fällen bestrafen, in denen diese nur dazu dient, Leben und Gesundheit eines Dritten zu erhalten. Der bloße Umstand, dass ein Arzt, ethischen Prinzipien seiner Berufsausübung folgend, das Organ eines erwachsenen, aufgeklärten, und nach seiner Überzeugung freiverantwortlich handelnden Menschen entnimmt, der mit seiner Spende einer ihm nicht besonders verbunde-

nen Person aus nichtkommerziellen Gründen helfen möchte, ist unter Schuld- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten schlechthin nicht strafwürdig. Der ärztliche „Täter“ wird zudem letztlich nicht für eigenes, sondern vielmehr für vermutetes Verhalten Dritter bestraft. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags hatte bereits 1997 die Streichung dieses Straftatbestandes empfohlen.¹⁵ Das Sondervotum der Abgeordneten Kauch und Flach sowie des Sachverständigen Merkel zum Zwischenbericht der Enquete-Kommission¹⁶ hat diese Empfehlung nachdrücklich erneuert. Der Antrag der Fraktion der FDP vom 25.06.2008 (DrS. 16/9806 – „Lebendspenden bei der Transplantation von Organen erleichtern“) sah die Umwandlung der Strafnorm in einen Bußgeldtatbestand vor.

1.3. Die Kommissionen

Es gibt im Bereich der Lebendorganspende keine Alternative zur „Sicherheit durch Verfahren“ im Einzelfall. Im Gegenzug zu einer Öffnung des Spenderkreises empfiehlt es sich deshalb, die Lebendspende-Kommissionen (§ 8 Abs. 3 TPG) als prozedurale Sicherungen zu stärken.¹⁷

Auch aufgrund der 16 Ausführungsgesetze der Länder zu § 8 Abs. 3 TPG setzen die Lebendspende-Kommissionen ihren gesetzlichen Auftrag in der Praxis sehr unterschiedlich und bisweilen durchaus in einigem Abstand zu ihrer Aufgabe um.¹⁸ Gerade weil von den Kommissionen als „Gremien privilegierter Beratung“ mittelbar die Realisierung wesentlicher Grundrechtspositionen von Spendern und Empfängern abhängt, sind auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „Grundrechtssicherung durch Verfahren“ Anforderungen an die Regelung ihrer Zusammensetzung und ihr Entscheidungsverfahren zu stellen, denen § 8 Abs. 3 TPG und seine landesrechtlichen Ausführungsnormen in ihrer gegenwärtigen Form nicht genügen.¹⁹ Der Bundesgesetzgeber sollte deshalb selbst die wesentlichen Regeln des Verfahrens der Kommission festschreiben, die zwingende persönliche Anhörung des Spenders und des Empfängers vor der Kommission anordnen sowie die Zusammensetzung der Kommission abschließend normieren. Zugleich sollte die Qualifikation der „in psychologischen Fragen erfahrenen Person“ (§ 8 Abs. 3 Satz 3 TPG) präzisiert werden.

Daneben sollte die gebotene Unabhängigkeit aller Kommissionsmitglieder vom Transplantationsteam geregelt werden. Alle Mitglieder der Kommission, nicht nur der Arzt, sollten die Kriterien der Unabhängigkeit des § 8 Abs. 3 Satz 3 TPG erfüllen; die Mit-

glieder der Kommission sollten nicht in einem Beschäftigungsverhältnis mit dem Krankenhaus stehen, das den Antrag zur Begutachtung gestellt hat.

Darüber hinaus sollte sichergestellt werden, dass Kommissionen bundesweit von ablehnenden Voten anderer Kommissionen in Kenntnis gesetzt werden. Für Fälle nicht deutsch sprechender Patienten sollte die Hinzuziehung eines unabhängigen Übersetzers und dessen Finanzierung sichergestellt werden. Die Kommissionsvoten sollten insbesondere unter Gewährleistung angemessener rechtsstaatlicher Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien ausgestaltet werden. Daneben sollten die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, einheitliche Standards für die Lebendspende-Kommissionen nicht nur prozedural-organisatorischer Art, sondern auch in materiell-inhaltlicher Hinsicht (Entscheidungskriterien) zu etablieren.²⁰

1.4. Versicherungsschutz für Lebendspender

§ 23 TPG [1997], der klarstellen sollte, dass Lebendorganspender unter dem Schutz der („unechten“) Gesetzlichen Unfallversicherung stehen, ist handwerklich verfehlt. Die Bestimmung ordnet nur an, dass die Betroffenen zu dem kraft Gesetzes versicherten Personenkreis (§ 2, hier nun Abs. 1 Nr. 13 Buchstabe b SGB VII) gehören. Gemäß § 7 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 SGB VII ist für einen Versicherungsfall jedoch ein „Unfall“ („Arbeitsunfall“) infolge der den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit Voraussetzung. „Unfälle“ sind legaldefiniert als „zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen“ (§ 8 Abs. S. 2 SGB VII). Die Organspende als die den Versicherungsschutz tatbestandlich begründende Tätigkeit stellt selbst *nicht* den Unfall i.S. des Gesetzes dar, und meist fehlt es (etwa bei Wundheilungsstörungen) völlig an einer *neuen äußeren* Ursache für die eingetretene Komplikation. Infolge dieser gesetzgeberischen Fehlleistung ist nur ein marginaler Teil der Gesundheitsbeeinträchtigungen bei Lebendspendern vom Schutz der Gesetzlichen Unfallversicherung umfasst.²¹ Zudem ist ungeklärt, ob mittelbare Folgeschäden, die z.B. aus der Einnierigkeit des Nierenlebendspenders resultieren, vom gesetzlichen Unfallversicherungsschutz erfasst werden, von den erheblichen Beweisproblemen der Anspruchsteller in solchen Fällen und dem Umstand, dass die Leistungen des SGB VII – auch wenn sie denn gewährt würden – ohnehin nicht ausreichen, im *worst case* den Lebensstandard des Spenders und seiner Familie zu sichern, ganz abgesehen.

Hinzu kommt, dass sich Krankenkassen der Organempfänger nach wie vor regelmäßig weigern, Lebendorganspendern (deren Handeln im Fall der Niere Einsparungen von im Schnitt mehr als 200.000 Euro je Transplantation mit sich bringt) Kosten und Verdienstausschlag zu erstatten und diese mit dem rechtlich unzutreffenden Hinweis, diese Pflicht sei mit den pauschalisierten Leistungen an die Krankenhausträger abgegolten, an die Transplantationszentren verweisen. Anschlussheilbehandlungen oder Rehabilitationen für Lebendorganspender sind überhaupt nicht vorgesehen. Die Selbstregulierungsmechanismen der Leistungsträger haben sich auch hier als überfordert erwiesen. Will man dem abhelfen, müssten zumindest die Voraussetzungen des Unfallversicherungsschutzes im SGB VII dahingehend klargestellt werden, dass sich der Versicherungsschutz auf *alle* Komplikationen infolge einer Organspende erstreckt, unabhängig davon, ob ein „Unfall“ im Sinne der Definition der §§ 7, 8 SGB VII gegeben ist oder nicht²² sowie § 27 SGB V um eine Bestimmung des Inhalts ergänzt werden, dass der Organspender einen eigenen Anspruch auf Krankenbehandlung sowie auf Ersatz seiner sonstigen Aufwendungen gegenüber der Krankenkasse des Organempfängers hat, die zugleich als zentraler Ansprechpartner für alle Versicherungsfragen dient (so der gesetzestechnisch ausformulierter Vorschlag bei Höfling²³). Vorzugswürdig und gegenüber den in erheblichem Maß fremd- und allgemeinnützig handelnden Lebendorganspendern angemessen wäre indessen eine Lösung nach Schweizer Vorbild: Nach Art. 14 Schweizer TPG vom 8.10.2004 muss, wer einer lebenden Person Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, sicherstellen, dass diese Person gegen mögliche schwer wiegende Folgen der Entnahme *angemessen* versichert ist. Die Kosten dieser Versicherung sowie eine angemessene Entschädigung für den Erwerbsausfall oder anderen Aufwand, welcher der spendenden Person im Zusammenhang mit der Entnahme entsteht, hat der Versicherer zu übernehmen, der ohne die Lebendspende die Kosten für die Behandlung der Krankheit der Empfängerin oder des Empfängers zu tragen hätte. Inhalt und Umfang dieser Pflichtversicherung wurden durch den Schweizer Bundesrat festgelegt.

1.5. Der Subsidiaritätsgrundsatz

§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG schreibt vor, dass die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht.

Dieser (mittlerweile in Art. 9 des Zusatzprotokolls vom 24.1.2002 über die Transplantation von menschlichen Organen zur Konvention des Europarats über Menschenrechte und Biomedizin exportierte) Subsidiaritätsgrundsatz erscheint nur insoweit begründbar, als er, orientiert am Prinzip der Schadensvermeidung, besagen soll, dass die Möglichkeit der Lebendspende nicht dazu führen soll, dass das Bemühen um die Gewinnung postmortal gespendeter Organe insgesamt, d.h. auf der *Makroebene* vernachlässigt wird.²⁴ Um dies zum Ausdruck zu bringen, ist § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG in seiner gegenwärtigen Form jedoch weder notwendig noch geeignet. Soweit der in § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG postulierte Grundsatz der Nachrangigkeit der Lebendspende dazu dienen soll, *im konkreten Fall* Personen, die zur Lebendorgantransplantation entschlossen sind, diese zu untersagen und den potentiellen Lebendorganempfänger auf ein postmortal gewonnenes Organ zu verweisen, ist er weder verfassungsrechtlich noch ethisch zu rechtfertigen.²⁵ Gesetzlicher Paternalismus dieser Art sieht sich in einem liberalen Rechtsstaat einem prinzipiellen Legitimationsdefizit ausgesetzt. In ihrer gegenwärtigen Form stellt die Subsidiaritätsklausel angesichts der überlegenen Erfolgsaussichten der Lebendtransplantation (bei der Niere) den wohl einzigartigen Fall dar, dass durch Gesetz Patienten eine medizinisch eindeutig schlechtere Therapie aufgezwungen wird. Sie verhindert eine Ausweitung der medizinisch klar vorzugswürdigen präemptiven Nierentransplantation²⁶, missachtet den Grundrechtsschutz von solchen Patienten, die psychische Probleme mit oder moralisch genährte Vorbehalte gegenüber der Vorstellung haben, ein Organ gerade eines toten Menschen zu erhalten, und bleibt eine Antwort darauf schuldig, warum die knappen postmortal entnommenen Organe einem Patienten, der ein Lebendorgan erhalten könnte und möchte, aufgezwungen und damit zugleich den je nächstplatzierten Anwärtern auf der Warteliste vorenthalten werden sollen. Der Schweizer Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Schweizer Gesetz diesbezüglich zu Recht ausgeführt: „Es erscheint selbstverständlich, dass vor jeder Lebendspende das medizinische Risiko der Spenderin oder des Spenders abgeklärt werden muss. Ergibt diese Abklärung, dass das Risiko vertretbar ist, ist allerdings nicht einsehbar, weshalb es diesfalls nicht der Autonomie der Spenderin oder des Spenders anheim gestellt sein soll zu entscheiden, ob sie oder er dieses vertretbare Risiko auf sich nehmen will. Aus der Sicht der Empfängerin oder des Empfängers ist nicht einsehbar, weshalb sie oder er sich das Organ einer verstorbenen Person mit einer schlechteren Prognose transplantieren lassen soll, wenn alternativ eine Lebendspende möglich wäre. Der erwähnte Grundsatz [der Subsidiarität der Lebendorganspende] erscheint deshalb als zu restriktiv. Es ist genügend, wenn

die Spenderin oder der Spender umfassend informiert worden ist und der Entnahme frei und schriftlich zugestimmt hat.“²⁷

§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG sollte ersatzlos gestrichen werden, wie dies bereits der Antrag der Fraktion der FDP vom 25.06.2008 (DrS. 16/9806 – „Lebendspenden bei der Transplantation von Organen erleichtern“) vorsah.

1.6. Das Verbot des Organhandels

Die gegenwärtige Fassung des Organhandelsverbots (§ 18 TPG), die sich mit dem Begriff des „Handeltreibens“ terminologisch ausdrücklich an die extensive Dogmatik des Begriffs im Betäubungsmittelstrafrecht (§ 29 BtMG) anlehnt, stellt weit mehr unter Strafe als sinnvollerweise beabsichtigt sein kann. Die zwischen dem Betäubungsmittelstrafrecht und dem Recht der Organtransplantation gezogene Parallele ist schon deshalb problematisch, „weil beide Rechtsgebiete wenig Berührungspunkte miteinander haben; könnten doch die ‚Handelsobjekte‘ kaum unterschiedlicher sein: Dort ein Gift, das Leben zerstört, und hier ein Organ, das Leben retten kann“ (so das Bundessozialgericht²⁸). Die Folge dieser Begrifflichkeit „ist ein konturenloser Tatbestand, der bei gegenüber dem BtMG grundverschiedener Ausgangssituation (Heil bringendes statt gefährliches Handelsobjekt, keine ‚Organkartelle‘, keine unerschöpfliche ‚Organressource Mensch‘, kein vergleichbar großes Potenzial an Abnehmern, notwendige Zwischenschaltung des Arztes) ein breites Spektrum nicht strafwürdiger und sogar ethisch hoch stehender Verhaltensweisen umfasst“.²⁹ Die Vermutung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen³⁰, „dass der Gesetzgeber zwar auf den betäubungsmittelrechtlichen Begriff des ‚Handeltreibens‘ zurückgreifen wollte, dessen weiten Inhalt jedoch nicht vollends erkannt hat [...]“, trifft zu – dass das Bundessozialgericht³¹ seitenweise Ausführungen der keineswegs unstrittigen Begründung dafür widmen musste, dass die Überkreuzlebendnierenspende zwischen zwei Ehepaaren als solche grundsätzlich nicht unter das Verbot des Organhandels im Sinne des § 17 TPG fällt, vermag dies zu illustrieren. Das Organhandelsverbot sollte deshalb nachgebessert, der Begriff des „Handeltreibens“ präzisiert, von seiner verfehlten Orientierung am Betäubungsmittelstrafrecht befreit und erheblich enger bestimmt werden.³²

2. Die Verteilungsordnung des Transplantationsgesetzes

2.1. Die Verteilungskriterien (§ 12 Abs. 3 Satz 1 TPG)

2.1.1. Unzureichende Vorgaben des Gesetzgebers

Die rechtlichen Grundstrukturen des Systems der Organverteilung in Deutschland sind verfehlt.³³ Dies manifestiert sich zunächst in den widersprüchlichen und unzureichenden Vorgaben, die der Gesetzgeber für die Art der zulässigen Verteilungsregeln und für das Verhältnis der strukturell konkurrierenden Kriterien zueinander getroffen hat. Gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG sind die vermittlungspflichtigen Organe „nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“ zu vermitteln. Die Entwurfsbegründung versteht hierunter, dass die Vermittlung „nach medizinisch begründeten Regeln“ vorzunehmen sei. Dies ist jedoch nicht möglich.³⁴ Medizin als „Wissenschaft von den Ursachen, Wirkungen und der Vorbeugung und Heilung der Krankheiten“ ist ein deskriptives, kein in sich normatives Unternehmen. Die für die Allokationsfrage entscheidenden „Kriterien, nach denen im Konfliktfall Dringlichkeit und Erfolgsaussicht gegeneinander abzuwägen sind“³⁵, sind jedoch notwendigerweise *normativer* Natur und keine Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft. „Die These, die Verteilung erfolge nach medizinischen Kriterien, ist [...] falsch: Die Zuteilung geschieht nach ethischen Prinzipien. [...] Der Modus der Verteilung selbst basiert [...] auf Wertentscheidungen“ (Schweizer Bundesrat).³⁶ Die eminent grundrechtsrelevante Frage etwa, ob der Patient, der unmittelbar vom Tode bedroht ist, aber bereits zu krank ist, um noch langfristige Erfolgsaussichten zu haben, dem elektiven, weniger dringlichen Patienten mit besserer Erfolgsprognose vorgezogen werden soll, *kann nicht* mit den Mitteln der Medizin beantwortet werden. Die vom Gesetzgeber in § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG gewählte Formulierung ist nach alledem bereits ihrem Wortlaut und ihrem objektiven Sinn nach ungeeignet, Regeln für die Allokation von Organen auch nur in Ansätzen zu determinieren. Sie basiert auf einem Kategorienfehler.

2.1.2. Der Vorbehalt des Gesetzes

§ 12 Abs. 3 Satz 1 TPG genügt deshalb nicht dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in der spezifischen Ausprägung, die er durch die „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts erfahren hat. Nach dieser ist das Parlament verpflichtet, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen,

soweit diese staatlicher Normierung zugänglich ist, im Wesentlichen selbst und durch Gesetz zu treffen. Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in seinen die Zuteilung von Studienplätzen betreffenden „Numerus-Clausus“-Entscheidungen (BVerfGE 33, 303, 345 f.; 45, 393, 399) hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts ausgeführt, dass bei einer Regelung, die in den Grundrechtsbereich eingreift „und sich hier als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann [...] der Gesetzgeber die *grundlegenden* Entscheidungen selbst verantworten“ muss. Diese Anforderungen müssen wegen der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und besonderen Intensität der Grundrechtsbetroffenheit erst recht für die Frage der Organverteilung gelten.³⁷ Ihre Regelung wirkt sich im Wortsinne als „Zuteilung von Lebenschancen“ aus und besitzt unmittelbare Relevanz für die Patientengrundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, die sich zu einem derivativen Teilhabeanspruch der bedürftigen Patienten an den vorhandenen Transplantationskapazitäten verdichten. Der Bundestag hätte deshalb die *grundlegenden Richtungsentscheidungen* treffen und (zwar nicht über medizinische Details, wohl aber) mindestens über die *Art* der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren *grundsätzliches Rangverhältnis* untereinander sowie über die wesentlichen Grundzüge des *Verfahrens* zur weiteren Konkretisierung und Operationalisierung dieser Vorgaben selbst und abschließend entscheiden müssen. Dies hat er (anders als die Legislativen europäischer Nachbarstaaten) nicht getan.

Das Transplantationsgesetz wird den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts schließlich auch deshalb nicht gerecht, weil es keinerlei Anhaltspunkte für die Gewichtung der zulässigen, sich aber *strukturell widersprechenden* Kriterien Erfolgsaussicht und Dringlichkeit enthält. Vor allem bei der Niere und der Leber – bei der mit der Gewichtung der konfligierenden Hauptkriterien des § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG unmittelbar das Urteil über Leben und Tod bestimmter Patientengruppen verbunden ist – gelten Transplantationen bei denjenigen Patienten, bei denen im Hinblick auf Lebenserwartung bzw. Sterbewahrscheinlichkeit der Eingriff am dringendsten wäre, regelmäßig als mittel- und langfristig nur vermindert erfolgsträchtig. Der Zielkonflikt zwischen Erfolgsaussicht (in der Regel verstanden als Ziel einer Maximierung des aggregierten Transplantationserfolgs im Patientenkollektiv) und Dringlichkeit (Größe und Unmittelbarkeit der Gefahr für die Rechtsgüter des individuellen Patienten aus Art. 2 Abs. 1 GG) stellt das normative Grundproblem der Organallokation schlechthin dar.³⁸ Ein Gesetzgeber, der eine normative Richtungsentscheidung zu verantworten hat, kann sich nicht darauf zurückziehen, den entscheidenden Zielkonflikt lediglich zu *benennen*.

Die vom Bundesverfassungsgericht in der „Numerus-Clausus“-Entscheidung geforderte Festlegung eines „in seiner Tendenz hinreichend deutlichen und begrenzten Programms“ für das Verhältnis von Zuteilungskriterien zueinander (BVerfGE 33, 303, 345 f. u. 351) ist in § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG nicht einmal ansatzweise erkennbar. Die bisherige Zurückhaltung des Gesetzgebers angesichts der Aufgabe, die Verteilung von Lebenschancen in der Transplantationsmedizin zu regeln, ist nicht angebracht.

Erst wenn das Verteilungsproblem nicht länger falsch etikettiert würde, könnte auch in angemessener Form über die Frage diskutiert werden, welche materiell-rechtlichen Vorgaben für die Verteilung von Lebenschancen aus dem Grundgesetz abzuleiten sind. Der gegenwärtige Diskussionsstand deutet darauf hin, dass die vom Gesetzgeber in § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG nebeneinander gestellten Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht von Verfassungen wegen *nicht gleichwertig* sind und eine konsequente Anwendung der maßgeblichen grundrechtsdogmatischen Prinzipien ganz erhebliche Korrekturen an der aktuellen Zuteilungspraxis zugunsten des Dringlichkeitskriteriums nach sich ziehen müsste.³⁹ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁰, auch die Ausgestaltung der Leistungs- und Teilhaberechte in der gesetzlichen Krankenversicherung jedenfalls in Fällen lebensbedrohlicher Erkrankungen eines Patienten an der objektiv-rechtlichen Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – und damit an einem nicht-konsequentialistisch verstandenen, dem Kriterium der Erfolgsaussicht der Behandlung normativ klar vorgeordneten Dringlichkeitsprinzip – zu orientieren, bestätigt diese Überlegungen weiter.

2.2. Rechtsprobleme der Konkretisierung der Verteilungsregeln

§ 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 TPG ermächtigt die Bundesärztekammer dazu, in Richtlinien den „Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ für die Regeln zur Organvermittlung festzustellen.⁴¹ Weil der Bundestag hinsichtlich der materiellen Kriterien für die Zuteilung der knappen Organe jedoch nichts Substantielles geregelt hat, ist die Bundesärztekammer bei der Festlegung der eminent grundrechtsrelevanten Verteilungsregeln weitestgehend an die Stelle des Gesetzgebers getreten. „Normkonkretisierend“⁴² sind diese Richtlinien schon deshalb nicht, weil die perplexe Norm des 12 Abs. 3 Satz 1 TPG bei näherer Analyse nichts vorgibt, das sich konkretisieren ließe.

Hinzu kommt, dass die Bundesärztekammer, anstatt ihrem Auftrag und ihrer gesetzlichen Ermächtigung in § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 TPG gemäß lediglich den „Stand der Er-

kenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ für die Regeln zur Organvermittlung festzustellen (die folglich von anderer Stelle zu erlassen wären), kurzerhand selbst „Richtlinien für die Organvermittlung“ verabschiedet und sich hierdurch ohne gesetzliche Grundlage zur Herrin über Leben und Gesundheit der betroffenen Patienten aufgeschwungen hat. Dieser „Richtlinientätigkeit“ der Bundesärztekammer fehlt es – ganz abgesehen von der materiellen Rechtswidrigkeit einiger der die Organallokation betreffenden „Richtlinien“⁴³ – prinzipiell an demokratischer Legitimation.⁴⁴ Die Organverteilung ist nicht „Selbstregulierung“⁴⁵, „sondern Fremdverwaltung“, nämlich der Grundrechte der betroffenen Patienten.⁴⁶ Hinzu kommt, dass es an Verfahrensregeln für die Tätigkeit der Bundesärztekammer fehlt, die die Mitglieder ihrer Ständigen Kommission Organtransplantation nach Gutdünken rekrutieren kann. Auch insoweit hätte der Gesetzgeber nicht nur die wesentlichen materiellen Festlegungen selbst treffen müssen; auch die Ausgestaltung des Erlassverfahrens dieser Richtlinien, die Entscheidungsweise sowie die Zusammensetzung der feststellenden Gremien bzw. die Rekrutierung der in ihnen tätigen Personen hätte gesetzlicher Normierung bedurft.⁴⁷ Für die geltende Rechtslage bleibt deshalb festzuhalten, dass eine Kompensation der ungenügenden sachlich-inhaltlichen Legitimation der Richtlinienggebung wegen der zusätzlichen Mängel der personellen Legitimation der Bundesärztekammer „de lege lata nicht zu erreichen“ ist; der Gesetzgeber hat „angesichts der weitreichenden Bedeutung der Richtlinien [...] den verfassungsrechtlichen Rahmen überschritten“ (Schmidt-Aßmann).⁴⁸

2.3. Systematische Entscheidungsirrationalität

Der Preis für die Konstruktion des deutschen Allokationssystems besteht indessen nicht nur in diesen verfassungsrechtlichen Kollateralschäden, sondern auch in der mit ihr gesetzten systematischen Entscheidungsirrationalität: Da (a) die für die Allokationsfrage entscheidenden Kriterien notwendigerweise *normativer* Natur sind, (b) deshalb auch die Bundesärztekammer in ihren „Richtlinien“ *normative* Grundentscheidungen trifft, (c) sie dies jedoch im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 TPG nur unter dem Vorwand tun kann, medizinische *Fakten* festzustellen, wird eine angemessene Diskussion der normativen Fragen der Zuteilung von Lebenschancen innerhalb des Allokationssystems von vorneherein unmöglich gemacht.

Dies wird am Beispiel der Allokation von Lebern plastisch⁴⁹, die mangels einer Ersatztherapie für die betroffenen Patienten lebensrettend ist – jährlich versterben mehrere Hundert Patienten auf dieser Eurotransplant-Warteliste. Der Zielkonflikt zwischen Erfolgsaussicht und Dringlichkeit als normatives Grundproblem der Organallokation wird hier besonders deutlich, da die Art seiner Auflösung unmittelbar über Leben und Tod – und die Grundrechtspositionen – der betroffenen Patienten entscheidet. Der Bundestag ist, wie ausgeführt, auch hier seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung nicht gerecht geworden, eine Richtungsentscheidung zu treffen; dies hat – mit stark variierenden Ergebnissen – wiederum die Bundesärztekammer unternommen. Die Erstfassung ihrer „Richtlinien“ für die Organvermittlung zur Lebertransplantation⁵⁰ aus dem Jahr 2000 setzte hierbei vorrangig auf das (gesundheits-) utilitaristische Kriterium der Erfolgsaussicht und schrieb sogar vor, dass „in Abwägung von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht“ – also aus normativen, nicht etwa aus medizinischen Gründen – zwei Drittel (!) der zu verteilenden Lebern für *nicht* hochdringliche Patienten (sog. Dringlichkeitsstufe III und IV) zur Verfügung stehen sollten. Damit wurde in Gestalt einer Norm angeordnet, hochdringliche Patienten vermehrt sterben zu lassen. Diese (in evidenter Weise gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßende⁵¹ Regel wurde, nachdem sie mehrfach abgeschwächt worden war, schließlich in ihr *Gegenteil* verkehrt. Mit der zu Beginn des Jahres 2007 in Kraft getretenen Neufassung der Richtlinien auf der Grundlage des sog. *MELD-Scores* (welcher der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit dient, mit der ein Patient im Endstadium einer Lebererkrankung binnen drei Monaten versterben wird) wurde die Verteilung von Lebern nun weitestgehend auf das Kriterium der Abwehr konkreter Lebensgefahr umgestellt; es wird nunmehr, unter deutlichen Verlusten an aggregierter „Erfolgsaussicht“⁵², „grundsätzlich nach Dringlichkeit der Transplantation alloziert“ (Bundesärztekammer).⁵³

Für diesen Paradigmenwechsel in der Leberallokation mag es gute (in der hier vertretenen Ansicht sogar verfassungsrechtlich zwingende) normative Gründe geben, aber keine „medizinischen“. Mit den „Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft“ lassen sich die Auswirkungen beider Verteilungsregimes gleichermaßen *beschreiben*, mit „medizinischen“ Erkenntnissen kann die *normative* „Abwägung von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht“ jedoch nicht entschieden werden. Für den Paradigmenwechsel (der im Übrigen schlichtweg auf dem praktikablen Import des vom amerikanischen *United Network for Organ Sharing* entwickelten *technischen* MELD-Instrumentariums beruht) wurde jedoch auch keine normative Begründung gegeben; eine solche *kann*

die Bundesärztekammer auch nicht leisten, eben weil sie die *normativen* Grundentscheidungen ihrer „Richtlinien“ im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 TPG nur unter dem Vorwand treffen kann, medizinische *Fakten* festzustellen.

Der Paradigmenwechsel in der Leberallokation (von der Erfolgsaussicht zur Dringlichkeit – und bald wieder zurück?) wurde vielmehr durch eine Dezision der Bundesärztekammer vollzogen, ohne dass eine normative Diskussion geführt oder diese Entscheidung normativ begründet worden wäre. Er ist deshalb nach allen Dimensionen des Begriffs willkürlich. Willkür in Fragen von Leben und Tod seiner Bürger kann ein Rechtsstaat jedoch nicht zulassen.

2.4. Rechtliche Probleme der Beauftragung der Stiftung Eurotransplant

In § 12 Abs. 1 Satz 1 TPG hat der Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen, dass die Vermittlungsstelle nicht (wie in anderen Ländern, z.B. in Frankreich das *Etablissement français des greffes* bzw. nunmehr die *Agence de la biomédecine* oder in der Schweiz die *Nationale Zuteilungsstelle*) als öffentlich-rechtliche Körperschaft unter unmittelbarer Staatsaufsicht organisiert werden soll, sondern auf privatrechtlichem Weg durch die Spitzenverbände der Krankenkassen, die Bundesärztekammer und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger errichtet bzw. beauftragt wird. § 12 Abs. 4 und 5 TPG treffen weitere Vorgaben für den hierzu erforderlichen Vertrag. Mit Vertrag vom 20.4.2000 wurde die *Stichting Eurotransplant International Foundation*, eine private gemeinnützige Stiftung niederländischen Rechts mit Sitz in Leiden, Niederlande, als Vermittlungsstelle im Sinne des § 12 Abs. 1 TPG beauftragt.

Die Vermittlungsstelle hat trotz der angemäßen Richtlinienpraxis der deutschen Bundesärztekammer auf die Organzuteilung erheblichen Einfluss. Sie erstellt (auch nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers, s.o.) die konkreten Allokationsregeln, gewichtet die Verteilungskriterien und trifft die Vermittlungsentscheidungen im Einzelfall. Dabei teilt sie im Rahmen der von ihr gesteuerten Empfänger Auswahl kraft eigener Wertungsspielräume und Entscheidungsmacht bestimmten Patienten Lebenschancen von regelmäßig existentieller Bedeutung zu und setzt andere potentielle Organempfänger zurück. Eurotransplant bestimmt damit unmittelbar über die Verwirklichung bzw. Nichtverwirklichung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG der in Deutschland gemeldeten Patienten. Der Stiftung wurden damit genuin staatliche Regelungs-

aufgaben übertragen; ihre Tätigkeit wäre damit – wäre sie eine Stelle deutschen Rechts – Ausübung öffentlicher Gewalt. Weil diese Tätigkeit dergestalt in den staatlichen Herrschaftsbereich durchgreift und unmittelbar die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betrifft, übt Eurotransplant Hoheitsrechte aus. Eurotransplant ist als private gemeinnützige Stiftung niederländischen Rechts jedoch weder dem deutschen öffentlichen Recht unterworfen noch eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG, der durch Bundesgesetz Hoheitsrechte übertragen werden könnten. Schon weil es an einer entsprechenden völkerrechtlichen Regelung fehlt, besitzt die Vermittlungsstelle und damit das gesamte Vermittlungssystem des Transplantationsgesetzes derzeit keine hinreichende verfassungsrechtliche Basis.⁵⁴ Sie steht außerhalb der grundgesetzlich vorgegebenen Legitimationsstrukturen.

Der Gesetzgeber sollte deshalb entweder die rechtlichen und völkerrechtlichen Voraussetzungen für den gegenwärtigen transnationalen Organvermittlungsverbund mit der Stiftung Eurotransplant als Vermittlungsstelle schaffen oder angesichts der Probleme, die die gegenwärtige Beauftragung der Stiftung Eurotransplant in verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Hinsicht, aber auch mit Blick auf Fragen der Aufsicht und des Rechtsschutzes aufwirft, prüfen, ob nicht zu dem ursprünglich überlegten Konzept einer (international kooperierenden) nationalen Vermittlungsstelle zurückgekehrt werden sollte.

2.5. Das Problem des Rechtsschutzes

Das unübersichtliche und zudem von den beteiligten Akteuren in entscheidenden Punkten missachtete Regelungsgeflecht des transplantationsgesetzlichen Allokationssystems (Bundesärztekammer; Vertragspartner nach § 12 TPG; Stiftung Eurotransplant) erschwert die Beantwortung der Frage, wer nach dem geltenden Transplantationsgesetz die eminent grundrechtserheblichen Verteilungskriterien festlegen soll, nachdem sich der Gesetzgeber seiner Aufgabe nicht gerecht geworden ist, das Wesentliche selbst zu regeln. Eine solche Verantwortungsfragmentierung ist im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip bereits als solche problematisch.⁵⁵ Eine im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantien der Verfassung – d.h. Art. 19 Abs. 4 GG bzw. den aus Art. 2 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungsanspruch – nicht hinnehmbare weitere Folge des die Organallokation betreffenden Regelungsgewirrs liegt sodann darin, dass es den Patienten trotz der erheblichen Grundrechtsrelevanz

der Verteilungsfrage und der besonderen Bedeutung der zur Disposition des Allokationssystems gestellten Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG systematisch erschwert wird, Rechtsschutz zu suchen.⁵⁶ Dies ist ein wesentlicher Aspekt der für das gesamte Transplantationsgesetz charakteristischen Tendenz, den betroffenen Patienten die Möglichkeit, den Umgang mit ihren Grundrechten gerichtlich überprüfen zu lassen, rechtlich und/oder faktisch zu nehmen, sie auf die Rolle bloßer Objekte der sie betreffenden Verfahren zu reduzieren und das Transplantationswesen als weißen Fleck auf der Karte justizieller Rechtsstaatlichkeit zu begreifen.

Hierbei steht außer Frage, dass verwaltungsrechtliche Konkurrentenklagen in Bezug auf eine konkrete Vermittlungsentscheidung wegen der kurzen Organüberlebenszeiten sinnlos sind⁵⁷ – um ein konkretes Organ kann nicht gestritten werden. Mit dieser Feststellung ist die Frage des Rechtsschutzes jedoch nicht erledigt. Gerade *weil* die konkreten Verteilungsentscheidungen Eurotransplants praktisch nicht angegriffen werden können, muss sichergestellt werden und effektiv gerichtlich kontrollierbar sein, dass bzw. ob die programmierenden Entscheidungen der vorhergehenden Phasen mit dem geltenden Recht übereinstimmen.⁵⁸ Wogegen der Patient zu klagen hätte (die Festlegung der Verteilungsregeln im Vermittlungsstellen-Vertrag gem. § 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 TPG? Die „Richtlinien“ der Bundesärztekammer nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 TPG? Die von Eurotransplant aufgestellten „Anwendungsregelungen für die Organvermittlung“ bzw. ihre Ausnahmeregelungen? Die konkrete Vermittlungsentscheidung?), ist auf der Grundlage des geltenden Transplantationsgesetzes jedoch völlig unklar. Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes untersagt es jedoch, den Rechtsschutzsuchenden mit solchen Schwierigkeiten zu konfrontieren. Das allokationsrechtliche (Nicht-) Regelungsmodell des TPG verfehlt so die Mindestbedingungen, die das Bundesverfassungsgericht aus dem Gebot der Rechtswegklarheit abgeleitet hat.⁵⁹ Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit seiner „verkappten“ Übertragung von Hoheitsrechten auf die im Ausland ansässige Vermittlungsstelle Eurotransplant eine weitere Unsicherheit über Rechtswegfragen erzeugt hat. Sie führt dazu, dass die Vermittlungsentscheidungen und „Anwendungsregelungen für die Organvermittlung“ nicht nach deutschem öffentlichem Recht beurteilt werden können.⁶⁰ Die verfassungsrechtlich verbürgte Justizgewährungspflicht verwehrt es dem deutschen Staat jedoch, nicht-deutschen Stellen die Möglichkeiten von Rechtsbeeinträchtigungen zu eröffnen, die sich in Deutschland niederschlagen, ohne für einen ausreichenden Gerichtsschutz zu sorgen.⁶¹

Die Hürden für den Rechtsschutz suchenden potentiellen Organempfänger sind hiermit aber noch nicht vollständig aufgezählt. Diese beginnen vielmehr schon damit, dass die für die Verteilungspraxis entscheidenden Normen, die operativen Verteilungsregeln der Stiftung Eurotransplant, faktisch geheim und jedenfalls für die Patienten – aber auch etwa für Mitglieder des Deutschen Bundestags – nicht zugänglich sind. Die geltenden „Regeln zur Organvermittlung“ (TPG) verstoßen damit bereits gegen das fundamentale Gebot der Publizität rechtlicher Normen, fallen damit hinter den rechtsstaatlichen Standard des späten 18. Jahrhunderts zurück und nehmen den Patienten so von vorneherein die Möglichkeit, sich über ihre Rechte und Chancen zu informieren.

Hinzu kommt, dass auch die fragmentarischen Regelungen zur Aufsicht über die Organzuteilung nicht dem individuellen Rechtsschutz des Patienten zu dienen bestimmt sind. Es kann hier noch nicht einmal von einem Versagen der staatlichen Aufsicht gesprochen werden, weil eine solche erst gar nicht vorgesehen ist.⁶² Gemäß § 12 Abs. 5 Satz 3 TPG überwachen nicht staatliche Organe, sondern die privatrechtlichen Auftraggeber der Stiftung Eurotransplant die Einhaltung der vertraglich abgesicherten Allokationsregeln. Hierzu wurde eine sogenannte „Überwachungskommission“ mit Einsichts- und Auskunftsrechten gegenüber Eurotransplant gebildet. Von einem – rechtsstaatlich geforderten⁶³ – effektiven Kontrollregime kann jedoch schon deshalb keine Rede sein, weil die Überwachungskommission nur von den beteiligten Organisationen gesteuert wird und diese insoweit „kontrolliert kontrollieren“ lassen können.⁶⁴ Schon der Bundesrat hatte darauf hingewiesen, dass durch dieses Regime „eine ausreichende und wirkungsvolle Aufsicht über die beteiligten Institutionen am Organtransplantationsprozeß nicht gewährleistet werden“ kann.⁶⁵ Bisher deutet alles darauf hin, dass die Befunde der Kommission nicht einer rechtlichen Überprüfung, sondern einem internen Interessenausgleich zugeführt werden. Hier realisiert sich die für Modelle der Abschiebung staatlicher Verantwortungsbereiche in das Zwischenreich eines privatrechtlich agierenden Korporatismus typische Gefahr einer Arkanpraxis.⁶⁶

Insbesondere sieht das „Kontrollsystem“ auch in Fällen fehlerhafter oder sogar missbräuchlicher Verteilung von Organen nicht die Information des Patienten vor, dem ein Organ regelwidrig vorenthalten wurde, obgleich sich eine solche Fehlzuteilung bei den zu Unrecht übergangenen Patienten als Grundrechtseingriff darstellt. Ein Schadensersatzanspruch des Patienten wird in der Praxis also schon daran scheitern, dass dieser von dem schadensstiftenden Ereignis gar nicht erst in Kenntnis gesetzt wird.

Das Gesetz schweigt darüber hinaus zu den Möglichkeiten von Patienten, gegen eine Ablehnung ihrer Aufnahme in die Warteliste (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG) Rechtsschutz zu suchen. Angesichts des Umstands, dass sich nach wie vor nur ein Bruchteil der grundsätzlich geeigneten Patienten auf den Wartelisten befindet⁶⁷, sind auch die hier bestehenden Unklarheiten mehr als nur misslich. Das Gebot der Rechtswegklarheit erfordert es auch bei dieser Frage, den einzuschlagenden Rechtsweg durch eine eindeutige Zuweisung zu regeln. Der Umstand, dass die Rechtswissenschaft hier überwiegend den Verwaltungsrechtsweg für gegeben sieht⁶⁸, die bisher einzige einschlägige Entscheidung zur Sache (Landgericht Essen⁶⁹) hingegen den Zivilrechtsweg für eröffnet hielt und im vorläufigen Rechtsschutz den Anspruch auf Aufnahme auf die Warteliste unmittelbar aus dem Behandlungsvertrag (!) zusprach, vermag dies zu illustrieren.

In normativer Perspektive wird man nicht umhin können, das Allokationssystem des Transplantationsgesetzes als *worst case* misslungenen *public-private-governments* zu bezeichnen.

3. Die postmortale Organspende

Die postmortale Organspende in Deutschland bleibt (bei starken regionalen Unterschieden) bei weitem hinter dem zurück, was in anderen europäischen Ländern – etwa Spanien – möglich ist. Die staatliche Schutzpflicht für das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und das Gewicht, das Leben und Gesundheit der betroffenen Patienten in der ethischen und rechtlichen Abwägung zukommt, sollte den Gesetzgeber dazu bewegen, ernsthaftere Anstrengungen zu unternehmen, um den institutionellen Rahmen möglicher Hilfe auszuschöpfen. Die seit Inkrafttreten des TPG anhaltende Stagnation bei der Gewinnung postmortalen Organe und die offensichtliche Ineffizienz des Transplantationswesens in dieser Hinsicht geben Anlass, über grundsätzliche Änderungen nachzudenken.

Im Bereich des Krankenhausfinanzierungsrechts muss primär dafür gesorgt werden, dass die notwendigen Aufwendungen der Krankenhäuser im Bereich der Vorbereitung und Durchführung der Organentnahme bei hirntoten Spendern angemessen vergütet werden, um negative Auswirkungen auf die Meldebereitschaft zu verringern, die aus einer unzureichenden Finanzierung der Krankenhäuser und einer Überlastung des betroffenen ärztlichen und nichtärztlichen Personals resultieren.⁷⁰ Die gegenwärtige

Regelung, die diese Vergütung aus dem Budget der Koordinierungsstelle vorsieht und dieser hierdurch massive Anreize gibt, den den Krankenhäusern zu erstattenden Betrag (zu) niedrig zu halten, ist ein Beispiel für die gegenwärtigen institutionellen Fehlsteuerungen auf diesem Gebiet. Es spricht nichts dagegen, die Aufwandsentschädigung für die Spenderkrankenhäuser künftig so zu bemessen, dass sie über die tatsächlich entstehenden Kosten deutlich hinausgeht und als ökonomischer Anreiz für die Institution Krankenhaus zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht aus § 11 Abs. 4 Satz 2 TPG dient. Notwendig sind zudem eine Aufwertung, Professionalisierung und angemessene Entlohnung der Transplantationsbeauftragten an den Krankenhäusern nach spanischem Vorbild; die bisherigen Initiativen einzelner Bundesländer sind ebenso ungenügend wie die in dem vorliegenden Regierungsentwurf vorgesehene Verpflichtung der Entnahmekrankenhäuser, einen Transplantationsbeauftragten zu bestellen. Dem Gesetzgeber ist generell zu empfehlen, hinsichtlich der organisatorischen und finanziellen Aspekte des Organspendewesens von seiner Regelungskompetenz aus Art. 74 Nr. 26 des Grundgesetzes weitreichenden Gebrauch zu machen und nicht länger auf die offensichtlich nicht hinreichend effizienten Selbststeuerungsmechanismen privatrechtlich handelnder Akteure (Koordinierungsstelle, Spitzenverbände der Krankenkassen, Bundesärztekammer und Deutsche Krankenhausgesellschaft) zu vertrauen.

Rechtspolitisch sinnvoll erscheinen nicht nur eine Nachbesserung⁷¹, sondern eine Neuordnung der Koordinierung der Gewinnung postmortal entnommener Organe. Für eine Aufhebung des bislang ineffizienten Monopols der Deutschen Stiftung Organtransplantation und eine Öffnung für konkurrierende Organisationen wurden gute Gründe vorgebracht;⁷² die Erweiterung der Aufgaben der Deutschen Stiftung Organtransplantation im vorliegenden Regierungsentwurf erscheint deshalb als verfehlt.

Zugleich sollte auf der Grundlage der überzeugenden Empfehlung des Nationalen Ethikrates vom April 2007, die in einem Stufenmodell eine Erklärungsregelung mit einer Widerspruchsregelung verbindet und sich in eine Reihe ähnlicher Initiativen in der Bundesrepublik⁷³ und in den europäischen Nachbarstaaten einfügt, eine offene Diskussion über die Regelung der postmortalen Organspende wieder aufgenommen werden.

4. Fazit

Dass die mit Erlass des TPG getroffene Entscheidung, „eine Momentaufnahme der juristischen Diskussion und ihrer Ergebnisse zum Gesetz zu erheben, [...] Abänderungsgesetze erforderlich machen“⁷⁴ wird, wurde schon zum Inkrafttreten des Regelwerks vorausgesagt. Dabei erscheint manche Entscheidung des Gesetzgebers von 1997 bewahrenswert, darunter das (wenngleich verklausulierte) Bekenntnis zum Hirntodkonzept, die (angesichts § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG leider allzu halbherzige) Orientierung am Grundsatz „Sicherheit durch Verfahren“ bei der Lebendspende, die Trennung von Organgewinnung und Organverteilung und die § 12 Absatz 3 Satz 2 TPG normierten Prinzipien einheitlicher, die Gleichbehandlung der Patienten garantierenden Wartelisten sowie einer patientenzentrierten Organallokation. Eine Reihe zentraler Vorschriften des Regelwerks, bei denen der Gesetzgeber seinerzeit teilweise rechtliches Neuland betreten musste, hat sich jedoch als nicht adäquat oder als nicht hinreichend durchdacht erwiesen. Im Bereich der Lebendorganspende hat eine – ethisch gut fundierte – Praxis die tatsächlichen Grundlagen der 1997 getroffenen Normierungen teilweise überholt. Vierzehn Jahre rechtswissenschaftlicher Analyse haben zudem gezeigt, dass erhebliche Teile des Gesetzes mit verfassungsrechtlichen Vorgaben kollidieren oder handwerklich missglückt sind und aus diesem Grund nachgebessert werden müssen. Insoweit wurde das Ziel des Gesetzgebers von 1997, durch „einen klaren rechtlichen Handlungsrahmen bestehende Rechtsunsicherheiten aus[zu]räum[en]“⁷⁵, verfehlt. Darüber hinaus geben Erfahrungen und überzeugende Konzepte der Gesetzgebung im Ausland (wie beispielsweise in der Schweiz) Anlass, über bessere Regelungen auch für Deutschland nachzudenken. All dies bedingt eine Novellierung und prinzipielle Neuausrichtung des deutschen Transplantationsrechts in wesentlichen Regelungsbereichen.

Münster, den 22. Juni 2011



Prof. Dr. Thomas Gutmann

Nachweise

- 1 Dr. Bijan Fateh-Moghadam ist Mitautor wissenschaftlicher Publikationen, die dieser Stellungnahme zugrundeliegen. Der vorliegende Text nimmt zugleich auf die bereits im Jahr 2006 von der Deutschen Akademie für Transplantationsmedizin e.V. verabschiedeten „Zehn Vorschläge für ein besseres Transplantationsgesetz“ Bezug.
- 2 *Höfling*, Kommentierung zu §§ 12 und 16 TPG in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *Schroth*, Kommentierung zu § 19 TPG in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005).
- 3 Etwa: *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006); *Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel (2006); *Höfling* (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008); *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar*, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010).
- 4 Vgl. zum Folgenden *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands (2008) und *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), Kap. 1-5 m.w.N.
- 5 Vgl. bereits *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), 10 ff.
- 6 Persönliche Kommunikation Prof. W. Weimar, Leiter der Abt. Transplantationsmedizin des Erasmus MC Rotterdam. Für die Zeit von 2000 bis Dezember 2007 vgl. *Rodnaat/Kalvan Gestel/Zuidema et al.*, Successful expansion of the living donor pool by alternative living donation programs, *Am J Transplant* 9 (2009), 2150: „Alternative living donation programs led to 114 compatible combinations: kidney exchange program (35), ABO-incompatible donation (25), anonymous donation (37) and domino-paired anonymous donation (17).“ Vgl. auch *Roodnat/Zuidema/van de Wetering et al.*, Altruistic donor triggered domino-paired kidney donation for unsuccessful couples from the kidney-exchange program, *Am J Transplant* 10 (2010), 821.
- 7 Vgl. *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), Kap. 1.1.2.
- 8 Vgl. *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands (2008).
- 9 Vgl. *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands (2008), 273.
- 10 Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Organlebenspende, BT-Drs. 15/5050 v. 17.3.2005, 73; vgl. 38 ff., 43. Hierzu im Einzelnen *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), 23 ff.
- 11 Bundessozialgericht, Urteil vom 10.12.2003, BSGE 92, 19 = Juristenzeitung 2004, 464.
- 12 Vgl. für viele auch *Schroth*, Lebenspende, insbesondere Cross-over- die juristische Perspektive in: *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar*, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010), 149.
- 13 *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende in Europa (2002), 55 ff.; vgl. nun vertiefend *Lopp / Gutmann / Fateh-Moghadam*, Legal Boundaries of Living Organ Donation in Europe. A Comparative Analysis (Report im Projekt „Living Organ Donation in Europe – LO-DE, Europäische Kommission, FP7-HEALTH-2009-single-stage), 2010-2012, i.V.
- 14 Vgl. *Schroth*, Kommentierung zu § 19 TPG Rn. 174 ff. in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005); *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des

-
- Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands (2008), 263 ff.
- ¹⁵ BT-Drs. 13/8017, 24.
- ¹⁶ Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Organlebenspende, BT-Drs. 15/5050 v. 17.03.2005, 78 ff.
- ¹⁷ Vgl. hierzu auch Antrag der Fraktion der FDP vom 25.06.2008 (DrS. 16/9806).
- ¹⁸ Vgl. *Fateh-Moghadam/Schroth/Gross/Gutmann*, Die Praxis der Lebendspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen in: *Medizinrecht* 2004, 19-34 und 82-90.
- ¹⁹ Vgl. zum Ganzen *Fateh-Moghadam*, Zwischen Beratung und Entscheidung – Einrichtung, Funktion und Legitimation der Verfahren vor den Lebendspendekommissionen in: *Medizinrecht* 2003, 245.
- ²⁰ Vgl. *Fateh-Moghadam*, Zwischen Beratung und Entscheidung – Einrichtung, Funktion und Legitimation der Verfahren vor den Lebendspendekommissionen in: *Medizinrecht* 2003, 246 ff. und *ders.*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands (2008); im Anschluss *Höfling*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Organlebenspende“ der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin am 01.03.2004 Kom.-Drs. 15/143; Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Organlebenspende, BT-Drs. 15/5050 v. 17.03.2005, 52 ff.; zusammenfassend *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), sub 2.2 und *Rixen*, Die geltende Regelung zur Lebenspende. Vorverständnisse, Probleme, Änderungsbedarf in: *Höfling* (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 76 f.
- ²¹ Vgl. Sozialgericht Freiburg/BrsG., Urt. v. 26.06.2001, S 9 U 3437/99 (juris); *Gutmann*, Kommentierung zu § 23 TPG Rn. 1 in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005); *Ricke*, Kommentierung zu § 2 SGB VII Rn. 71 in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, Band 2 (Stand 4/2011); *Schwerdtfeger*, Kommentierung zu § 2 SGB VII Rn. 462 in: *Lauterbach*, Unfallversicherung. SGB VII, 4. Auflage (Stand 4/2011); *Kruschinsky*, Kommentierung zu § 2 SGB VII Rn. 669 in: *Brachmann*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 3. Gesetzliche Unfallversicherung (Stand 1/2011).
- ²² Vgl. auch Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Organlebenspende, BT-Drs. 15/5050 v. 17.03.2005, 77.
- ²³ *Höfling*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Organlebenspende“ der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin am 01.03.2004 Kom.-Drs. 15/143, 8.
- ²⁴ Vgl. auch *Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel (2006), 124 f., 229, 231.
- ²⁵ *Gutmann/Schroth*, Organlebenspende in Europa (2002), 25 ff., 76 ff.; *Rixen*, Die geltende Regelung zur Lebenspende. Vorverständnisse, Probleme, Änderungsbedarf in: *Höfling* (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 77 ff.
- ²⁶ Vgl. *Mange/Joffe/Feldmann*, Effect of the use or nonuse of long-term dialysis on the subsequent survival of renal transplants from living donors in: *New England Journal of Medicine* 334 (2001), 726-731; *Meier-Kriesche/Schold*, The impact of pretransplant dialysis on outcomes in renal transplantation in: *Semin. Dial.* 18/6 (2005), 499-504; *Yoo/Kwon/Kang*, Preemptive Living-Donor Renal Transplantation: Outcome and Clinical Advantages in: *Transplantation Proceedings* 41 (2009), 117-120.
- ²⁷ Schweizer Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), September 2001, 168.
- ²⁸ Bundessozialgericht, Urteil vom 10.12.2003, BSGE 92, 19 = *Juristenzeitung* 2004, 464.

-
- ²⁹ *König*, Kommentierung zu §§ 17, 18 TPG Rn. 3, 16 in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005).
- ³⁰ Landessozialgericht NRW, 10. Senat, Urteil vom 31. Januar 2001, Az: L 10 VS 28/00 in: NWVBl 2001, 401 = Medizinrecht 2003, 469.
- ³¹ Bundessozialgericht, Urteil vom 10.12.2003, BSGE 92, 19, = Juristenzeitung 2004, 464.
- ³² Vgl. *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), 6.2. im Anschluss an König und Schroth; Sondervotum Merkel zum Zwischenbericht Organlebenspende der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT-Drs. 15/5050 v. 17.03.2005, 86 ff.
- ³³ Vgl. zum Folgenden mit weiteren Nachweisen *Gutmann*, Allokationsfragen: Aporien und Zweifelsfragen des geltenden Rechts in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008); *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung in: Gutmann/Schneewind/Schroth/Schmidt/Elsässer/Land/Hillebrand, Grundlagen einer gerechten Organverteilung- Medizin, Psychologie, Recht, Ethik und Soziologie (2002).
- ³⁴ BT-Drucks. 13/4355, 26.
- ³⁵ BT-Drucks. 13/4355, 26.
- ³⁶ Schweizer Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), September 2001, 83.
- ³⁷ *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2002, 289 f.; *Bader*, Organmangel und Organverteilung. Das Allokationsdilemma der Transplantationsmedizin aus juristischer Sicht (2010), 189 ff, 515.
- ³⁸ *Veatch*, Justice, Utility and Organ Allocation in: Gutmann/Daar/Land/Sells, Ethical, Legal and Social Issues in Organ Transplantation (2004), 57ff.; *Gutmann/Land*, Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung. Der Stand der Debatte in: Seelmann/Brudermüller, Organtransplantation (2000), 91 ff.; *Sitter-Liver*, Gerechte Organallokation (2003), 149.
- ³⁹ *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung in: Gutmann/Schneewind/Schroth/Schmidt/Elsässer/Land/Hillebrand, Grundlagen einer gerechten Organverteilung- Medizin, Psychologie, Recht, Ethik und Soziologie (2002).
- ⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 06.12.2005 – BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 = Juristenzeitung 2006, 463.
- ⁴¹ Vgl. hierzu *Höfling*, Aspekte der Richtlinienerstellung nach § 16 TPG in: Mittel/Pühler/Lilie/Vilmar (Hg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010).
- ⁴² *Schreiber*, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation in: Beckmann/Kirste/Schreiber, Organtransplantation. Medizinische, rechtliche und ethische Aspekte (2008), 84.
- ⁴³ Vgl. im einzelnen *Gutmann*, Allokationsfragen: Aporien und Zweifelsfragen des geltenden Rechts in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 124 ff.
- ⁴⁴ *Höfling*, Kommentierung zu § 16 TPG, Rn. 17 in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *ders.*, Aspekte der Richtlinienerstellung nach § 16 TPG in: Mittel/Pühler/Lilie/Vilmar, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010), 66 f.; *Schmidt-Abmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 103; *Sternberg-Lieben*, Rationierung im Gesundheitswesen – Gedanken aus (straf-)rechtlicher Sicht in: Heinrich/Hilgendorf/Sternberg-Lieben/Mitsch, Festschrift für Ulrich Weber (2004), 73 f.
- ⁴⁵ *Schreiber*, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation in: Beckmann/Kirste/Schreiber, Organtransplantation. Medizinische, rechtliche und ethische Aspekte (2008), 84.
- ⁴⁶ *Höfling*, Kommentierung zu § 12 TPG Rn. 3 in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003).

-
- ⁴⁷ *Höfling*, Kommentierung zu § 16 TPG Rn. 20 f. in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *Augsberg*, Die Bundesärztekammer im System der Transplantationsmedizin in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 53 m.w.N.; vgl. bereits *Holznel*, Die Vermittlung von Spenderorganen nach dem geplanten Transplantationsgesetz in: Deutsches Verwaltungsblatt 1997, 393, 400.
- ⁴⁸ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 105 f.; *Augsberg*, Die Bundesärztekammer im System der Transplantationsmedizin in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 53; *Uhl*, Richtlinien der Bundesärztekammer: Ein verfassungsrechtlicher Beitrag zur exekutiven Rechtsnormsetzung (2008), 313 ff.
- ⁴⁹ Siehe näher *Gutmann*, Allokationsfragen: Aporien und Zweifelsfragen des geltenden Rechts in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 131 ff.
- ⁵⁰ Bundesärztekammer, Richtlinien zur Organtransplantation gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 5 TPG in: Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), A- 396, 405.
- ⁵¹ Vgl. *Gutmann*, Kommentierung zu § 16 TPG Rn. 21 in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005).
- ⁵² *Ahlert/Granigg/Greif-Higer/Kliemt/Otto*, Prioritätsänderungen in der Allokation postmortalen Spenden-Lebern – Grundsätzliche und aktuelle Fragen, FOR 655 Working Paper Nr. 08/2008, <http://www.priorisierung-in-der-medizin.de/> (30.03.2009); *Brock*, The Mismatched Role of Urgency in Allocation of Persistently Scarce Life-Saving Organs in: Gutmann/Daar/Land/Sells, Ethical, Legal and Social Issues in Organ Transplantation (2004), 41ff.
- ⁵³ Bundesärztekammer, Richtlinien zur Organtransplantation gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 5 TPG (2008), 51, <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/RiliOrga20080628d.pdf> (20.06.2011).
- ⁵⁴ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 107 f.; *Höfling*, Kommentierung zu § 12 TPG, Rn. 15 in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *Clement*, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger nach dem Transplantationsgesetz. Zur rechtlichen Einordnung der verteilungsrelevanten Regelungen zwischen öffentlichem und privatem Recht (2007), 150 f.; *Bader*, Organmangel und Organverteilung. Das Allokationsdilemma der Transplantationsmedizin aus juristischer Sicht (2010), 196 ff., 515.
- ⁵⁵ *Höfling*, Kommentierung zu § 12 TPG Rn. 13 in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *Augsberg*, Die Bundesärztekammer im System der Transplantationsmedizin, in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 55.
- ⁵⁶ Vgl. zum Folgenden *Lang*, Knappheitsentscheidungen im Sozialrecht – Zum Rechtsschutzdefizit gegenüber transplantationsrechtlichen Verteilungsentscheidungen in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht 2002 21-43 und *ders.*, Probleme der rechtsstaatlichen Einbindung der Transplantationsmedizin (Aufsicht, Rechtsschutz) in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008); für eine verwaltungsgerichtliche Lösung *Clement*, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger nach dem Transplantationsgesetz. Zur rechtlichen Einordnung der verteilungsrelevanten Regelungen zwischen öffentlichem und privatem Recht (2007).
- ⁵⁷ *Holznel*, Die Vermittlung von Spenderorganen nach dem geplanten Transplantationsgesetz in: Deutsches Verwaltungsblatt 1997, 393.
- ⁵⁸ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 113.
- ⁵⁹ BVerfGE 57, 9, 21 und 87, 48, 65; vgl. *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61 (2002), 289 f.

-
- ⁶⁰ Anderer Ansicht *Clement*, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger nach dem Transplantationsgesetz. Zur rechtlichen Einordnung der verteilungsrelevanten Regelungen zwischen öffentlichem und privatem Recht (2007), 161 ff.
- ⁶¹ Vgl. BVerfGE 58, 1, 40 f. und 89, 155, 174; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001), 112 f.
- ⁶² Vgl. auch *Höfling*, Aspekte der Richtlinienerstellung nach § 16 TPG in: *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar (Hg.)*, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010), 66 f.
- ⁶³ *Holznel*, Die Vermittlung von Spenderorganen nach dem geplanten Transplantationsgesetz in: Deutsches Verwaltungsblatt 1997, 397; *Höfling*, Kommentierung zu § 12 TPG Rn. 40, 46 ff. in: Höfling et al., Transplantationsgesetz (2003); *Augsberg*, Die Bundesärztekammer im System der Transplantationsmedizin, in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 47; *Lang*, Probleme der rechtsstaatlichen Einbindung der Transplantationsmedizin (Aufsicht, Rechtsschutz) in: Höfling (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland. Eine kritische Bestandsaufnahme nach 10 Jahren Transplantationsgesetz (2008), 65 ff.
- ⁶⁴ *Conrads*, Rechtliche Grundsätze der Organallokation (2000), 205.
- ⁶⁵ BR-DrS. 543/06, 51, hier zitiert nach *Höfling*, Aspekte der Richtlinienerstellung nach § 16 TPG in: *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar (Hg.)*, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung (2010), 67.
- ⁶⁶ Vgl. *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen Selbstregulierung und staatlicher Steuerung in: Deutsches Verwaltungsblatt 1996, 950, 957; *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61 (2002), 260, 289; *Gutmann*, Kommentierung zu § 12 TPG Rn. 61 f in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005) .
- ⁶⁷ Vgl. für die Niere etwa *Keller/Dress/Mertz/Marckmann*, Geld und Dialyse in: Medizinische Klinik 102 (2007), 659-664.
- ⁶⁸ *Gutmann*, Kommentierung zu § 10 TPG Rn. 13 f. in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz. Kommentar (2005); *Clement*, Der Rechtsschutz der potentiellen Organempfänger nach dem Transplantationsgesetz. Zur rechtlichen Einordnung der verteilungsrelevanten Regelungen zwischen öffentlichem und privatem Recht (2007), 160; differenzierend zur „Rechtswegverunklarung“ *Lang*, Kommentierung zu § 10 TPG Rn. 74 ff., 102 ff. in: Höfling, Transplantationsgesetz. Kommentar (2003).
- ⁶⁹ Landgericht Essen, Urteil 1 O 312/07 vom 31.01.2007 (juris).
- ⁷⁰ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin (2006), sub 9: *Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel (2006), 65 ff.; Nationaler Ethikrat, Stellungnahme: Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland (2007), 18 ff, http://ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Organmangel.pdf (20.06.2011).
- ⁷¹ Hierzu *Rosenberg*, Die postmortale Organtransplantation. Eine „gemeinschaftliche Aufgabe“ nach § 11 Abs. 1 S. 1 Transplantationsgesetz – Kompetenzen und Haftungsrisiken im Rahmen der Organspende (2008).
- ⁷² *Breyer/van den Daele/Engelhard/Gubernatis/Kliemt/Kopetzki/Schlitt/Taupitz*, Organmangel (2006), 95 ff., 232.
- ⁷³ Siehe etwa das Plädoyer für eine erweiterte Widerspruchslösung des hessischen Sozialministers und des bayerischen Gesundheitsministers vom Mai 2011 und das Eintreten des 114. Deutschen Ärztetags für eine Informationslösung mit Erklärungspflicht vom 1. Juni 2011.
- ⁷⁴ *Deutsch*, Das Transplantationsgesetz vom 05.11.1997 in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, 777, 782.
- ⁷⁵ BT-Drs. 13/4355, 11.