

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0148(9)
gel. ESV zur Anhörung am 29.6.
11_Transplantationsgesetz Block II
27.06.2011

Kanzlei Menschen und Rechte | Borselstraße 28 | 22765 Hamburg

Deutscher Bundestag
Gesundheitsausschuss
Frau Katharina Lauer / PA 14/002
Per Fax: +49 30 227-36307

Rechtsanwältinnen
und Rechtsanwälte
Gabriela Lünsmann
Fachanwältin für Familienrecht
Dr. Oliver Tolmein
Fachanwalt für Medizinrecht
Dr. Babette Tondorf

Sonja Garbers
Dr. Jan Gehrken
Judith Hartmann
Fachanwältin für Sozialrecht
Kathrin Zima

Diplom-Sozialpädagogin
Stefanie Tumanow

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein/ Gutachten
27.06.2011

Stellungnahme zur geplanten Änderung des Transplantationsgesetzes von Rechtsanwalt Dr. Oliver Tolmein, Fachanwalt für Medizinrecht, Kanzlei Menschen und Rechte, Hamburg

Ausgangs-Thesen:

- 1.) *Vorab-Entscheidungen über Organentnahmen, sind Patientenverfügungen besonderer Art*
- 2.) *Auf sie sind daher grundsätzlich auch die im 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz normierten Grundsätze anzuwenden.*
- 3.) *Jedenfalls dürfen Regelungen betreffend die Organspende nicht in Widerspruch zu betreuungsrechtlichen Regelungen stehen. Das ist durch das gegenwärtige Transplantationsrecht nicht gewährleistet.*
- 4.) *Das Transplantationsrecht hat deswegen die Funktion von Betreuern und Bevollmächtigten zu regeln. Angesichts der neuen medizinrechtlichen Gesetzgebung ist § 4 TPG zu überarbeiten. An die Stelle des „nächsten Angehörigen“ sollte dabei der Betreuer oder der Bevollmächtigte treten. Das Konsil nach § 1901b Abs. 2 BGB sollte in diesen Fällen größere Bedeutung eingeräumt bekommen.*
- 5.) *Eine Kernbestimmung des neuen Betreuungsrechts medizinische Behandlungsentscheidungen betreffend ist die Bestimmung, dass niemand zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden kann (§ 1901a Abs. 4 BGB)*
- 6.) *Eine Entscheidungsregelung zur Organspende befindet sich in Konflikt mit diesem Verbot aus § 1901a Abs. 4 BGB.*
- 7.) *Schon § 2 Abs. 1 TPG erscheint angesichts dessen als eine bedenklich weitgehende Regelung.*
- 8.) *Es ist nicht einzusehen, dass der Staat seine Bürgerinnen und Bürger nötigen will, eine Entscheidung über die Einwilligung in eine Organspende zu treffen. Selbst wenn man akzeptierte, dass die Gesellschaft ein legitimes Interesse daran hat, dass sich mehr Menschen bereitfinden, sich nach der Feststellung des Hirntodes Organe entnehmen zu lassen, wäre ein Zwang zur Entscheidung an sich keine dafür geeignete Maßnahme. Eine Erhöhung der Organspender-Zahlen wäre zuverlässig nur zu gewährleisten, wenn zugleich mit dem Zwang zur Entscheidung Anreize geschaffen oder Druck aufgebaut würde, sich zu Gunsten einer Organentnahme zu entscheiden. Das beinhaltet allerdings eine radikale Abkehr von medizinethischen Grundsätzen, die bislang gesetzgeberische Entscheidungen bei bioethischen Streitfragen geprägt haben, insbesondere wäre das eine Abkehr vom Prinzip des Rechts zur freien Selbstbestimmung.*
- 9.) *Eine Entscheidung über die Organspende bedarf der informierten Aufklärung. Nach allgemein verbindlichen bioethischen Grundsätzen, wie sie sich zuletzt im Gendiagnostikgesetz*

Sekretariat
Sandi Frank, Andrea Howe,
Sabine Kägeler

Borselstraße 28
22765 Hamburg

Telefon 040.6000 947 00
Telefax 040.6000 947 47

kanzlei@menschenundrechte.de
www.menschenundrechte.de

Bankverbindung
Hamburger Sparkasse
BLZ 200 505 50
Konto 1043 222 460

USt-IdNr. DE 814857138

Blatt 2

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

niedergeschlagen haben, hat eine solche Aufklärung ergebnisoffen zu verlaufen. Sie muss daher auch von Stellen vorgenommen werden, die Gewähr für eine unabhängige, ergebnisoffene Beratung bieten.

10.) Die fremdnützige Knochenmarkspende durch Kinder, die § 8 a TPG zulässt, stellt einen Verstoß gegen das bioethische Verbot zu fremdnützigen Eingriffen bei einwilligungsunfähigen Menschen dar, dem in Deutschland ansonsten große Bedeutung beigemessen wird. Auch angesichts der scharfen Ablehnung von HLA-Typisierungen im Rahmen der PID um die Selektion sogenannter Designer-Kinder auszuschließen, ist zu empfehlen, diese erst 2007 eingeführte Norm wieder zu streichen.

Patientenverfügung und Organspende – der bioethische Zusammenhang von Ressourcenknappheit und Selbstbestimmungsrecht

Die bioethische Debatte in der Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahren ist geprägt durch zwei zentrale Felder der Auseinandersetzung: Selbstbestimmungsrecht und Ressourcenverwaltung.

Auf der einen Seite wird das Selbstbestimmungsrecht der Patienten mit teilweise weitreichenden Implikationen für insbesondere den Lebensschutz akzentuiert, auf der anderen Seite findet eine Auseinandersetzung mit Problemen der Verwaltung begrenzter Ressourcen statt. Ein Kennzeichen dieser bioethischen Diskurse ist, dass sie nicht miteinander verknüpft werden. Dabei erweist sich an vielen Punkten, dass sie in einem engen Zusammenhang miteinander stehen. In der Debatte um das Patientenverfügungsgesetz wurde dieser innere Zusammenhang gelegentlich, aber nur am Rande aufgegriffen, wenn es nämlich um die Frage ging, ob es mit Hilfe von Patientenverfügungen auch möglich sein soll, besondere Behandlungswünsche einwilligungsunfähig gewordener Patienten durchzusetzen.

Auch, oder sogar gerade von Befürwortern sehr weitgehender Lösungen hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechtes von Patienten (keine Reichweitenbegrenzung) wurde dabei vertreten, dass die Patientenverfügung kein Instrument sein dürfe, um außerordentliche und medizinisch nicht gebotene Behandlungen zu verlangen. Das klingt plausibel, wirft aber mehr Fragen auf, als es scheint: die weitaus schwierigere Frage, wann nämlich eine Behandlung als außerordentlich zu qualifizieren ist, bzw. als nicht (mehr) medizinisch indiziert wurde dabei nämlich nicht thematisiert. Die us-amerikanische Kontroverse um „Futility“ und ihre vielfältigen Facetten macht dabei deutlich, dass es hier um etwas anderes geht, als um die Anwendung objektiver medizinischer Kriterien (vgl nur: *Withdrawing Medically Futile Treatment*, JOP July 2009 vol. 5 no. 4 193-195).

Die gegenwärtige Kontroverse um die Organspende, insbesondere die Organspende von als hirntot erklärten Spenderinnen und Spender, ist dagegen auf der anderen Seite des Themenfeldes angesiedelt, der Frage der Ressourcenverwaltung, hier insbesondere der Gewinnung neuer Ressourcen. Der Fokus der Öffentlichkeit, aber auch der von Gesetzgeber und medizinischer und juristischer Fachöffentlichkeit richtet sich insbesondere auf die Patienten, die dringend Organe benötigen, die sie aber nicht erhalten.

Vorab-Erklärungen zur Organentnahme sind Patientenverfügungen

Auch die Debatte um Organspenden verweist allerdings auf den Diskurs um Patientenrechte. Bezogen auf die, weitaus weniger beachteten, potenziellen Spender geht es nämlich durchaus um die Frage des Selbstbestimmungsrechtes über die medizinische Behandlung in der letzten Lebensphase. Anders als in der Öffentlichkeit wahrgenommen stellt sich das Problem der Organspende nämlich nicht erst mit der Vollendung

Blatt 3

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

der Hirntotdiagnostik, sondern bereits im Vorfeld. Insbesondere in der Intensivmedizin müssen, will man möglich erfolgreich zu transplantierende Organe gewinnen, frühzeitig Behandlungsentscheidungen getroffen werden, die in diese Richtung führen. In der Literatur werden sie als „organerhaltende Maßnahmen“ bezeichnet (vgl. Bein/Schlitt/Bösebeck u.a., Hirntodbestimmung und Betreuung des Organspenders, Deutsches Ärzteblatt Jahrgang 102, Heft 5, A 278 ff.).

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass es sich bei den potenziellen Organ Spendern, bei denen medizinische Behandlungsmaßnahmen so getroffen werden müssen, dass sie organerhaltend wirken, regelmäßig um nicht einwilligungsfähige Patienten auf Intensivstationen handelt. Wenn von ihnen Verfügungen betreffend ihre medizinische Behandlung vorliegen, die aus der Zeit stammen, als die Patienten noch einwilligungsfähig waren, ist stets zu prüfen, ob es sich um eine valide Patientenverfügung handelt. Nach § 1901a BGB ist eine Patientenverfügung folgendermaßen legal definiert: Ein einwilligungsfähiger Volljähriger hat für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, in eine bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands (Hirntoddiagnostik) oder einen ärztlichen Eingriff (organerhaltende Behandlung oder auch Organentnahme) einzuwilligen oder sie zu untersagen. Eine Verfügung zur Organ spende ist demnach als Patientenverfügung zu behandeln. Solange es sich bei der Erklärung allerdings lediglich um ein „Ja“ auf dem Organspendeausweis handelt, wird das kaum konkret genau sein, um als Patientenverfügung direkt umgesetzt werden zu können.¹

Medizinische Behandlungsentscheidungen in diesem Zusammenhang sind in diesen Fällen (oder auch wenn keine Organspendeverfügung vorliegt) stets, insbesondere nach Verabschiedung des 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, von entweder Betreuern oder von Bevollmächtigten zu treffen.

¹ Seit einiger Zeit kursieren auch – wenige – Formulare, die versuchen eine Patientenverfügung, die den Behandlungsabbruch vorsieht, mit einer Erklärung zu kombinieren, die die Bereitschaft zur Organspende formuliert. Charakteristisch dafür ist ein Textbaustein aus der Broschüre des BMJ von 2008: „„Ich stimme einer Entnahme meiner Organe nach meinem Tod zu Transplantationszwecken zu (ggf.: Ich habe eine Organspendeausweis ausgefüllt). Komme ich nach ärztlicher Beurteilung bei einem sich abzeichnenden Hirntod als Organspender in Betracht und müssen dafür ärztliche Maßnahmen durchgeführt werden, die ich in meiner Patientenverfügung ausgeschlossen habe, dann geht die von mir erklärte Bereitschaft zur Organ spende vor.“ Diese Aussagen sind bemerkenswert, weil Organentnahmen im Prinzip das erfordern, was mit Hilfe von Patientenverfügungen in der Regel gerade vermieden werden soll: Der Einsatz von fremdbestimmter Intensiv-Medizin. Hier stellt sich sehr die Frage, ob angesichts dieses zumeist diametralen Gegensatzes von Zielen, die mit der Patientenverfügung verfolgt werden und Vorgehensweisen, die für eine Organentnahme erforderlich sind, dieser Hinweis auf völlig unbestimmte „ärztliche Maßnahmen“ ausreichend für die Annahme einer zwingenden konkreten Entscheidung ist, da keineswegs klar ist, was sich der Verfügende hier vorgestellt hat. Eine solche Patientenverfügung ist ohne nähere Kenntnis der Umstände ihrer Entstehung schwer auszulegen. Es spricht einiges dafür, dass sie in dieser Form hinsichtlich des Organspendeteils eher Grundlage für die Ermittlung eines mutmaßlichen Willens ist. Ähnlich problematisch ist das Online-Patientenverfügungsformular des Humanistischen Verbandes, in dem es heißt: „Ich stimme einer Organentnahme zum Zweck der Transplantation zu. Intensivmedizinische Maßnahmen zur Vorbereitung der Organentnahme sind dann erlaubt.“ Hier wird weder deutlich, was „intensivmedizinische Maßnahmen“ sein sollen, noch, ob sich das „dann“ auf die Zeit vor oder nach der Hirntoddiagnose bezieht. Auch wie sich diese Aussage zu anderen Aussagen der PV verhält bleibt ungeklärt.

Blatt 4

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

Konflikte zwischen Betreuungsrecht und TPG: Organentnahme kein Problem der Totenfürsorge

In den vorangegangenen Diskussionen um die Erwünschtheit und Zulässigkeit von Organspenden und um die rechtlichen Modalitäten der Hirntoddiagnostik bzw. die rechtliche Dimension des Hirntodes ist im Wesentlichen aus verfassungsrechtlicher Perspektive argumentiert worden. Dies erscheint angesichts der hier in die Diskussion gebrachten Grundrechte auch durchaus sinnvoll. Allerdings ist gegenwärtig mit Blick auf die von manchen gewünschte Reform des Transplantationsgesetzes eine Intensivierung der Debatte um die konkreten medizinrechtlichen und betreuungsrechtlichen Fragen, die mit der Einwilligung in eine Organspende verbunden sind dringend geboten. Das Transplantationsgesetz in seiner vorliegenden Fassung, aber auch in der Fassung wie sie aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes sichtbar wird, die der Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 07.07.2010 über die Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe sich niederschlägt, befindet sich vor allem mit den §§ 1901 a ff BGB in einer deutlichen Konfliktlage. Die dem TPG zugrundeliegende Auffassung, dass die Organentnahme als Handlung nach dem Tod des Betreuten das Betreuungsrecht nicht tangiere (dass der Tod das Ende der Betreuung darstellt ist nicht normiert, es ergibt sich aber aus §§ 1908i I 1, § 1893 I, § 1698b BGB, für die Bevollmächtigung ist das nicht so zwingend, sie kann auch über den Tod hinaus erteilt werden), weil hier nur noch das Totensorge-recht der nächsten Angehörigen gelte, überzeugt angesichts der besonderen Situation von Organspendern, die einem vor Feststellung des Hirntodes beginnendem Behandlungsregime unterliegen, das erst mit dem Ende der Organentnahme beendet wird (und das beispielsweise auch die Gabe hochwirksamer Schmerzmittel beinhaltet) nicht (vgl. die noch aus der Zeit vor dem TPG stammende Entscheidung zur Bestellung eines Betreuers für eine hirntote Schwangere: AG Hersbruck, NJW 1992, 3245).

Bedeutung des § 1901a Abs. 2 BGB für die Organspende

Die Behandlung des potentiellen Organspenders auf der Intensivstation wird regelmäßig nach Maßgabe der §§ 1901 a ff BGB erfolgen. D.h. der einwilligungsunfähige Patient wird vertreten durch einen gesetzlich bestellten Betreuer oder durch einen Bevollmächtigten. Es ist dabei Aufgabe des Krankenhauses durch Anrufung des Betreuungsgerichts eine Betreuerbestellung herbeizuführen bzw. durch Befragung der Angehörigen festzustellen, ob eine Bevollmächtigung vorliegt. Das eine oder das andere ist erforderlich, um eine Einwilligung in die nunmehr vollzogenen medizinischen Behandlungen zu erwirken. Sollte das Krankenhaus in diesem Stadium davon ausgehen, dass eine Organspende des behandelten Patienten, dessen Prognose gleichwohl noch unklar sein kann, in Betracht kommt und sollten sich daraus eventuelle medizinische Behandlungsentscheidungen ergeben, so muss in diese eingewilligt werden. Zuständig für diese Einwilligung ist in medizinrechtlicher und in betreuungsrechtlicher Hinsicht der Betreuer bzw. der Bevollmächtigte. Um eine solche Einwilligung erteilen zu können, sind diese vollständig über die Art und Weise der geplanten Maßnahmen, aber auch über deren eventuelle Zielsetzung zu informieren.

Damit ist bereits in diesem Stadium der Behandlung eine Auseinandersetzung über die Durchführung einer eventuellen Transplantation gegeben und auch erforderlich. Ärzte, die in dieser Situation mit dem Ziel handeln, den Patienten so zu behandeln, dass seine Organe später in einem für die Zwecke der Spende besonders guten Zustand sind,

Blatt 5

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

die das aber nicht mit dem für diese Fragen zuständigen Betreuer bzw. Bevollmächtigten abstimmen, handeln rechtswidrig.

Gleichwohl ist diese Zwischen-Situation weder in den §§ 1901 a ff BGB noch im gegenwärtigen Transplantationsgesetz, das erst mit dem Einsetzen der Feststellung des Todeszeitpunktes greift, in irgendeiner Art und Weise geregelt. Das erscheint ist weder zweckmäßig noch angemessen. Ein Widerspruch des Betreuers oder Bevollmächtigten, die nicht aus dem Kreis der „nächsten Angehörigen“ im Sinne des § 4 TPG stammen müssen, gegen eine solche vorbereitende Behandlung, oder die später anstehende Transplantation ist nach hier vertretener Auffassung nämlich beachtlich. Die fehlende Einwilligung in die vorbereitende Behandlung des potenziellen Organspenders vor erfolgter Hirntoddiagnostik könnte auch nicht durch die Einwilligung eines „nächsten Angehörigen“ im Sinne des TPG ersetzt werden, deren Haltung zu Fragen der medizinischen Behandlung nämlich rechtlich irrelevant ist.

Der behandelnde Arzt wäre bei fehlender Einwilligung des Betreuers/ Bevollmächtigten also gezwungen, Maßnahmen, die für eine entsprechende organerhaltende Behandlung sinnvoll sein können, zu unterlassen, ohne dass damit ausgeschlossen wäre, dass später eine Organentnahme stattfinden soll. Umgekehrt könnte er auch organerhaltende Maßnahmen treffen, die aber später durch eine Entscheidung eines „nächsten Angehörigen“ konterkariert würden. Insbesondere ist nicht gewährleistet, dass der „mutmaßliche Wille“ auf dessen Grundlage der Betreuer oder der Bevollmächtigte entscheiden, dem „mutmaßlichen Willen“ entspricht, den „nächste Angehörige“ nach § 4 TPG zu beachten haben.

Wertungswidersprüche zwischen TPG und Betreuungsrecht

Zwischen den medizin- und betreuungsrechtlichen Ansätzen, die die §§ 1901 a BGB vorgeben und der Entscheidung über die Entnahme mit Zustimmung anderer Personen, wie sie in § 4 TPG geregelt sind, bestehen Wertungswidersprüche. Insbesondere erscheint angesichts der Art der zu treffenden Entscheidungen nicht sachgerecht, dass § 4 TPG ausschließlich auf den Widerspruch oder Nichtwiderspruch eines „nächsten Angehörigen“ abstellt, wo doch in diesen Situationen zwingenderweise zuvor eine entscheidungsbefugte Person existiert hat, die ihre Entscheidungsbefugnis nicht aus dem Angehörigenstatus sondern aus der Willenserklärung des betroffenen Patienten (Bevollmächtigter) oder aus einer gerichtlichen Entscheidung (Betreuer) bezogen hat.

Die Bezugnahme des Transplantationsgesetzes auf den nächsten Angehörigen erscheint medizinrechtlich und angesichts des geltenden Betreuungsrechts systemwidrig, weil nach § 4 Abs. 1 Satz 4 des nächsten Angehörigen verpflichtet, den mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten. Zwar spielt auch im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsrecht und des Rechts der Totensorge der mutmaßliche Wille eine gewisse Rolle (vgl. BGH, NJW 2007, 684-686 ; OLG München, FamRZ 2006, 973-974; OLG Karlsruhe, MDR 1990, 443ff.), eine dem Medizinrecht vergleichbare Auseinandersetzung mit Art und Weise der Feststellung, Bedeutung und Grenzen des „mutmaßlichen Willens“ fehlen in diesen Rechtsgebieten aber. Anders als im Betreuungsrecht und im TPG gibt es in diesen Rechtsgebieten auch keine Bezugnahme des Gesetzgebers auf den „mutmaßlichen Willen.“

Blatt 6

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

Auch im TPG bleibt allerdings unklar, inwieweit der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein entsprechender „mutmaßlicher Wille“, den das TPG als „beachtlich“ bezeichnet, auch zwingend verbindlich sein soll. In § 1901 a Abs. 2 BGB ist dagegen ausdrücklich geregelt, dass es gerade Aufgabe des Betreuers bzw. Bevollmächtigten ist, den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten festzustellen und auf dieser Grundlage (auch das allerdings eine insoweit wenig präzise Aufgabenstellung) zu entscheiden, ob in ärztliche Maßnahmen eingewilligt wird oder ob sie untersagt werden. In § 1901 a Abs. 2 BGB wird auch näher erläutert wie ein mutmaßlicher Wille zu bestimmen ist.

Konflikte zwischen Bevollmächtigtem und „nächster Angehöriger“ in der Praxis

Es handelt sich hierbei keineswegs um ein theoretisches Problem, sondern um eine ganz praktische Frage, wie ein Verfahren zeigt, in dem unsere Kanzlei zwei „nächste Angehörige“ gegen die letztbehandelnde Klinik vertritt.

Der eine „nächste Angehörige“ war von seinem Vater wirksam bevollmächtigt worden, medizinische Behandlungsentscheidungen zu treffen. Der andere Angehörige war dazu nicht bevollmächtigt. Beide Kinder wurden nach dem Tod des Vaters damit konfrontiert, dass eine Organentnahme stattgefunden haben sollte – die Ärzte der Klinik, die mit einem renommierten Transplantationszentrum zusammenarbeitete, haben sie darüber nicht aufgeklärt und haben sie auch weder dazu noch zu darauf bezogenen Behandlungsentscheidungen im Vorfeld der Hirntoddiagnostik befragt. Aus den angeforderten medizinischen Behandlungsunterlagen ging hervor, dass eine Organentnahme stattgefunden hatte.

Einzelheiten der Organentnahme, sowie von deren medizinischem Vorlauf waren dagegen nicht dokumentiert. Im (derzeit noch laufenden) außergerichtlichen Verfahren wurden die Kinder über den Prozessbevollmächtigten der Gegenseite darauf verwiesen, dass diese Vorgänge nur bei der DSO dokumentiert wurden und auch nur dort nachzufragen wären. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass die Mutter von der Klinik befragt worden wäre und in die Organentnahme eingewilligt hätte.

Die Mutter ist als Ehegattin nach § 1a Nr. 5 lit a) nächste Angehörige mit höchstem Rang, die Kinder stehen, wie sich aus § 1a Nr. 5 lit b) ergibt im Rang direkt nach ihr. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 TPG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 S. 3 TPG ist der „nächste Angehörige“ zu befragen und, für den Fall von dessen Einwilligung, sind nur gleichrangige Angehörige zum Widerspruch befugt.

Das erscheint – insbesondere mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Patienten – wenig überzeugend, insbesondere dann nicht, wenn ein nachrangiger Angehöriger in medizinischen Angelegenheiten bevollmächtigt wurde in allen medizinischen Angelegenheiten zu entscheiden. dessen Vertrauen genießt,

Entscheidungszwang verstößt gegen § 1901a Abs. 4 BGB

Die gegenwärtig in der Diskussion von vielen Politikern und auch der Bundesärztekammer unterstützte sogenannte „Entscheidungslösung“ ist ohne dass ein konkreter Wortlaut bekannt ist, schwer zu diskutieren. Wenn die „Entscheidungslösung“, wie es offensichtlich Vorstellungen der Bundesärztekammer entspricht, einen Entscheidungszwang vorsieht, so dass sich jeder Bundesbürger mindestens einmal im Leben ent-

Blatt 7

Akte Nr. 21/11OT91: Tolmein - Gutachten

27.06.2011

scheiden muss, ob er in eine Organentnahme nach seinem Tod einwilligt oder nicht, verstößt das gegen § 1901a Abs. 4 BGB. Da es sich, wie oben dargelegt, bei Organspende-Entscheidungen um Patientenverfügungen besonderer Art handelt, gilt für diese auch § 1901a Abs. 4 BGB. Hier eine Ausnahme zu normieren erscheint insbesondere in hohem Maße bedenklich, weil es bei Entscheidungen für eine Organentnahme um fremdnützige Entscheidungen handelt.

Aber auch wenn es sich bei der „Entscheidungslösung“ nur um eine „Bitte des Staates“ an seine Bürgerinnen und Bürger handeln soll, sich zu entscheiden, erscheint dies bedenklich, denn es ist nicht nachvollziehbar, warum und mit welchem Ziel der Staat befugt sein sollte, eine solche „Bitte“ auszusprechen, zumal eine gesetzlich normierte „Bitte“, die über staatliche Institutionen an den Bürger herangetragen werden würde, einen Druck entfaltet, der die Freiwilligkeit der Entscheidung nachhaltig in Frage stellt.

Unter dem Gesichtspunkt der „Geeignetheit“ und der „Angemessenheit“ wäre vor der Normierung einer solchen Bitte auch zu verlangen, festzustellen, warum die in § 2 Abs. 1 TPG bereits getroffene Regelung, dass „die Krankenkasse und die privaten Krankenversicherungsunternehmen diese Unterlagen (zur Aufklärung und Organspendeausweise, Anm. OT) in regelmäßigen Abständen ihren Versicherten, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, zur Verfügung (stellen) mit der Bitte, eine Erklärung zur Organ- und Gewebespende abzugeben“ bislang nicht den erwünschten Erfolg gebracht haben und wieso das durch Einschaltung (welcher) staatlicher Stellen in diesem Sinne besser funktionieren sollte.

Weder eine entsprechende „Bitte“ noch ein (wie auch immer zu skantionierender) Entscheidungszwang erscheinen aber akzeptabel, solange nicht auch eine Möglichkeit für die so mit einem Entscheidungsdruck belasteten Bürgerinnen und Bürger geschaffen wird, sich über die Probleme der zu treffenden Entscheidung unabhängig und umfassend zu informieren. Dabei erweist sich als Manko, was schon in der Debatte über das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz beklagt worden ist, dass im SGB V kein Beratungsanspruch für Patientenverfügungen geschaffen worden ist. Das wäre nunmehr nachzuholen – übrigens auch wenn, aus guten Gründen, keine weiterer Entscheidungsdruck aufgebaut werden sollte. Dabei ist vor allem sicherzustellen, dass die Aufklärung ausreicht, um die gewünschte Entscheidung (Zustimmung oder Ablehnung oder auch Nicht-Entscheidung) auf einem Informed Consent zu gründen. Dieser müsste auch das Spannungsverhältnis zwischen allgemeiner Patientenverfügung und Patientenverfügung, die die Organentnahme betrifft, umfassen. Die Patienten müssen angesichts dessen die Möglichkeit haben, sich von selbst gewählten Stellen, die eine unabhängige Beratung sicherstellen können, beraten zu lassen: Das können nicht nur Ärzte sein, sondern beispielsweise auch Patientenverbände.

Dr. Oliver Tolmein

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht