



Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig

Juristisches Seminar der Universität Kiel · D-24098 Kiel

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0148(1)
gel. ESV zur Anhörung am 29.6.
11_Transplantationsgesetz Block II
20.06.2011

Hausanschrift:

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel
(0431) 880-3545



Telefax: (0431) 803471

e-mail: esjot@web.de



www.uni-kiel.de/oeffrecht/schmidt-jortzig

Kiel, den 22.06.2011

Schriftliche Stellungnahme

Öffentliche Anhörung „**Ethische und rechtliche Aspekte der Organspenden**“,

Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit,
Berlin, 29. Juni 2011

- I. **Ethisch** dürfte die Verpflichtung, dem bedürftigen Mitmenschen Hilfe zu leisten, unstrittig sein, gleichgültig, ob man sich dazu normativ von der Aufgabe selbstverantwortlicher Lebensführung, vom größtmöglichen Nutzen für möglichst Viele, vom Handeln nach den Geboten Gottes, nach tradierten Gesetzen der Sittlichkeit, nach den Regeln der Natur oder nach denen der reinen Vernunft anleiten lässt. Und dieses Gebot gilt dann prinzipiell auch für das Spenden lebenswichtiger Organe, soweit damit für den Spender keine unzumutbaren Belastungen verbunden sind.

Zu Bedingungen und Grenzen dieser Regel mögen aber die Kolleginnen und Kollegen mit spezieller philosophischer bzw. ethischer Kompetenz näher bzw. im Einzelnen Stellung nehmen. Dann dürfte auch wohl das Reziprozitätsargument zur Sprache kommen, wonach derjenige, der bestimmte Zuwendungen bzw. Leistungen für sich wünscht, erhofft oder erwartet, selber zu ihrer Gewährung bereit sein muss. Und ebenso mag die Erwägung eine Rolle spielen, dass der Einzelne bei aller Eigenverantwortung seine Entscheidungen immer als Glied der ihn umfangenden Gemeinschaft und geprägt von ihr im Bewusstsein der vielfältig gegebenen Erwartungen und Verbindlichkeiten zu treffen hat.

II. **Rechtlich** sodann bewegt sich der Organspendekomplex – was im Grunde aber für Problembereiche generell gilt – in einem Spannungsfeld zwischen personalen Rechten und Pflichten sowie staatlichen Handlungsaufträgen und Eingriffsbeschränkungen. Der Rahmen dafür wird von der Verfassung bestimmt. Und inwieweit dieses Glacis jeweils speziell und konkret für den Einzelfall angelegt ist, muss dann das *einfache (Gesetzes)Recht* ausdifferenzieren. Da es zum Thema „Organspenden“ bei der jetzigen Anhörung augenscheinlich um allgemeine Aspekte gehen soll, ist auf letzteres – nämlich das Organtransplantationsgesetz (TPG) v. 5.11.1997 (i. d. F. der Bekanntmachung v. 4.9.2007, zul. geänd. 17.7.2009)) – nicht im Detail einzugehen. Für die dortigen Korrekturbedürftigkeiten sei pauschal nur verwiesen auf: *Wolfram Höfling*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin?, in: JZ 2007, S. 481 ff.; sowie *ders.*, Zehn Jahre Transplantationsgesetz – eine kritische Zwischenbilanz, in: *ders.* (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland (2008), S. 3 ff.

Verfassungsrechtlich – und darauf soll sich der Blick hier nun konzentrieren - ist das Bild naturgemäß vielschichtig. Es besteht vorliegendenfalls aus einem normativen Dreiecksverhältnis. Und wie immer muss für die konkrete Lösung letztlich zwischen den verschiedenen Vektoren abgewogen werden.

1. Den Ausgangspunkt aller Überlegungen müssen sicherlich die **Rechte des Hilfesuchenden bzw. Organbedürftigen** bilden. Sie werden von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) bestimmt. „Leben“ meint dabei generell die biologisch-physische Existenz des Menschen. Und „körperliche Unversehrtheit“ thematisiert die Abwesenheit von Krankheit, Verletzungen und somatischen Funktionsstörungen sowie von Schmerzen und manifesten psychopathischen Zuständen. Das bloße Wohlbefinden wird hier also nicht geschützt, so dass kein allgemeines ‚Grundrecht auf Gesundheit‘ besteht und der Schutzbereich des Grundrechts auch hinter dem Gesundheitsbegriff der WHO zurückbleibt.

Der Topos des Würdeschutzes (Art. 1 Abs. 1 GG), der darüber hinaus in diesem Zusammenhang oft angeführt wird, greift – gleichgültig ob als oberstes Richtmaß der Verfassung, strukturgebende Grundentscheidung, Staatszielbestimmung oder Grundrecht gemeint – rein juristisch hingegen nicht (mehr) ein. Dies nicht nur, weil Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG insoweit *lex specialis* ist, sondern auch weil die Menschenwürde (wie immer man sie im

Einzelnen verstehen wollte) vom ohne Organspende drohenden natürlichen Ende des Lebens nicht betroffen sein kann.

2. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verschafft seinem Träger allerdings per se noch keinerlei Gewährleistungs- oder direkten Fürsorgeanspruch. Das Grundrecht ist zunächst reines Abwehrinstrument gegen Eingriffe des Staates. Auch irgendeine unmittelbare Forderung gegenüber anderen (Privat)Personen, also juristisch gesprochen: „Drittwirkung“, entspringt daraus nicht.

Mittelbar ergibt sich eine Leistungserwartung aber aus der ‚**staatlichen Schutzpflicht**‘, nämlich der objektiv-rechtlichen Verpflichtung des Staates, „sich schützend und fördernd vor (das betreffende Grundrechtsgut) zu stellen“, und eben hier nun, „das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“ (st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts; vgl. zuletzt nur BVerfGE 115, 118, 152, und 320, 346 m. Rückverweis). Das bedeutet für den Staat im vorliegenden Zusammenhang also insbesondere, ein verlässliches System gerechter Verteilung der überlebensnotwendigen knappen Spenderorgane zu schaffen, mindestens aber dafür die maßgeblichen Kriterien eindeutig vorzugeben.

Adressat der staatlichen Schutzpflicht ist zuvörderst der Gesetzgeber, und zusätzlich bezieht er seinen Antrieb, beispielsweise nun für die Organspendermöglichkeit tätig zu werden, noch aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Das Ausmaß der Verpflichtung steht heute juristisch auch einigermaßen fest; zitiert sei dazu nur der jüngste Gesamterläuterungsband (*Klaus Stern / Florian Becker*, Grundrechte-Kommentar, 2010, Rdn. 83 zu Art. 2GG): „Zwar kommt der Schutzpflicht ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht zu und muss sie im Hinblick auf das Schutzgut Leben ‚besonders ernst genommen werden‘ (BVerfGE 46, 160, 164; und andere). Doch steht dem Gesetzgeber dabei unter Berücksichtigung konkurrierender privater und öffentlicher Interessen ein grundsätzlich ‚weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum‘ zu (BVerfGE 56, 54, 80 f.; und andere)... Die Grenze zieht das Gebot eines Mindestniveaus (*Untermaßverbot*). Soweit Art und Maß der Bedrohung Schutzvorkehrungen erfordern, dürfen sie nicht überhaupt fehlen oder ‚gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich‘ sein (BVerfGE 56, 54, 81; und andere). Bei Veränderung der tatsächlichen Umstände kann eine Nachbesserung geboten sein

(BVerfGE 49, 89, 130 f., 143 f.; und andere). Dass sich indes eine Schutzpflicht darauf konzentriert, dass allein eine ganz bestimmte Maßnahme bzw. gesetzliche Regelung verfassungsgemäß ist, wird nur im Ausnahmefall anzunehmen sein (BVerfGE vgl. dazu BVerfGE 77, 170, 215)...“ – Dem ist hier nichts hinzuzufügen.

3. Wenn nun jener Schutzpflicht nachgekommen werden soll, muss die Politik, muss der Gesetzgeber selbstverständlich die vorgegebenen konstitutionellen Grenzen und Abwägungsgebote einhalten. Dazu gehören im hiesigen Fall vor allem die Grundrechte derjenigen, die Organ zur Verfügung stellen könnten, aber dann auch jener Personen, die um den Empfang dieser Organe konkurrieren. Im Übrigen sind Fragen von Beratung, Sorgfaltspflichten, Kostentragung, Kontrollen usw. zu klären.

Was die **Grundrechte der potentiellen Organspender** anbetrifft, so handelt es sich bei ihnen namentlich um ihr – aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht fließendes und durch Art. 5 Abs. 1 GG (Recht auf eine eigene Meinung und ihr Äußerndürfen) verstärktes - Selbstbestimmungs- bzw. Selbstentscheidungsrecht (Art. 2 Abs. 1 in VerbG. mit Art. 1 Abs. 1 GG), aber auch – bezüglich der Organentnahme – um ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Sicherlich wäre außerdem noch das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigen (vgl. dazu nur *Carsten Roth*, Eigentum an Körperteilen, 2009, insb. S. 57 ff.). Aber darum soll es hier nicht vorrangig gehen. Auch mögliche Aspekte der Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) oder des Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 2 GG) sollen nicht näher angesprochen werden.

Bei den **potentiellen Organempfängern** sodann geht es vor allem um Verteilungsgerechtigkeit. Und die konturiert sich über den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), negativ wird sie durch Art. 3 Abs. 3 GG eingegrenzt.

4. Für die konkreten Abmessungen bzw. Ausfüllbarkeiten des damit skizzierten rechtlichen Beziehungsgeflechtes sollen nachfolgend lediglich drei „Aspekte von Organspenden“ noch näher angesprochen werden. Sie mögen als ebenso exemplarisch wie repräsentativ gelten, weil mit ihnen die ganze Breite der rechtlichen Problematik abgegriffen wird.

a) Das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen (potentiellen) Organspenders verbietet sicherlich jede Fremdverfügung über seine lebend zu spendenden oder postmortal zu entnehmenden Organe. Und diese Bestimmungshoheit über den eigenen Körper folgt außerdem aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Aber inwieweit diese **Entscheidungsfreiheit** beschränkt bzw. konditioniert werden kann, ist durchaus ein verfassungsrechtliches Problem. Das zugrunde liegende allgemeine Persönlichkeitsrecht darf ja – wie Art. 2 Abs. 1 GG unmissverständlich klar macht - zugunsten der „verfassungsmäßigen Ordnung“ verhältnismäßig eingeschränkt werden (und auch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit steht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter Gesetzesvorbehalt). „Das Grundgesetz hat (insoweit zudem), wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach hervorgehoben ist, die Spannung (zwischen) Individuum (und) Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden (...). Grundsätzlich muss daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf ...Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen“ (BVerfGE 65, 1, 44).

Eine prinzipielle *Zustimmungslösung* für die Spendebereitschaft – wie sie bisher im TPG (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 mit Abs. 2 Nr. 1 und Erweiterung nach § 4) verwirklicht wird - ist grundrechtlich gewiss bedenkenfrei. Eine *Widerspruchslösung* dagegen würde ernste Fragen aufwerfen. Ob sie verfassungskonform wäre, hängt von Ihrer Verhältnismäßigkeit ab, und da bestehen doch große Zweifel, weil sich nach dem Modell die Entscheidungsfreiheit auf eine bloße Frage des Nichtstuns, also der Antriebsbequemlichkeit reduziert, in diesem höchstpersönlichen und existentiellen Bereich überhaupt eine Entscheidung verlangt wird und dafür auch nur eine einzige Alternative zur Verfügung steht.

Für eine *Entscheidungszwanglösung* (auch sog. „Informationsmodell“) sodann, wie sie derzeit stark in der Diskussion ist, wird es darauf ankommen, ob einer Person bei der Befassung mit dem Thema noch so viel Entscheidungsspielraum bleibt, wie für den Kern der Selbstbestimmung unerlässlich scheint. Denn dass der Einzelne mit der Problematik angesichts der Dramatik, die sie für viele Mitmenschen annehmen kann, grundsätzlich konfrontiert werden darf, u. zw. auch mit einem gewissen Entscheidungsdruck, ist wegen der prinzipiellen „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ kaum zu bezweifeln. Auch die auferlegte Befassung anlässlich anderer Verwaltungsangelegenheiten (Ausstellung von Führerschein, Personalausweis o. ä.) scheint insoweit unproblematisch.

Wird die Entscheidungsfreiheit nicht auf ein reines „Ja / Nein“ eingeschränkt, sondern verbleibt auch etwa die Alternative „Weiß nicht“ oder „Keine Äußerung“, und wird gar auf einen veritablen, d. h. rechtlichen Entscheidungszwang verzichtet, dürfte auch die Äußerungseinengung verfassungsrechtlich unbedenklich sein.

b) Nach der Frage des Ob einer Organspende stellt sich für den Organbereitsteller die Frage des Wann. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG ist eine Organentnahme (nur) zulässig, nachdem „der **Tod des Organ...spenders...** festgestellt“ wurde, und dies ist gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG der Fall, „wenn der nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms“ diagnostiziert ist. Zwar verzichtet das Gesetz auf eine generelle Definition des humanbiologischen Todes und formuliert den Tatbestand nur als Entnahmebedingung. Die Richtigkeit des sog. „Hirntodkriteriums“ war und ist aber umstritten (vgl. im Einzelnen *Edzard Schmidt-Jortzig*, Wann ist der Mensch tot?, 1999). Und neuere Erkenntnisse bestätigen diese Zweifel (vgl. nur: *Hildegard Kaulen*, Warten auf das letzte Schlagen des Herzens, in: FAZ v. 17.9.2008; *Klaus-Peter Görlitzer*, Mängel in der Hirntoddiagnostik, in: taz v. 22.5.2009; *ders.*, Wann ist der Mensch gestorben?, in: Südwest Presse Online v. 4.12.2010; *Nicola Siegmund-Schultze*, Organe von Hirntoten werden transplantiert - aber ohne Konsens über das Vorgehen, in: Ärzte Zeitung v. 8.10.2009; *dies.*, Wann das Leben endet, in: Das Parlament Nr. 45/60 v. 8.11.2010; *Birgitta von Lehn*, Der Hirntote ist keine Leiche, in: Frankfurter Rundschau v. 31.8.2010; oder zuletzt 'Hirntod als endgültige Definition des Todes? Eine notwendige Anfrage', in: kath.net v. 15.6.2011).

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verbietet sicherlich, lebenswichtige Organe dem Einzelnen (von ihm ungewollt) vor seinem Tode zu entnehmen. Das Grundrecht zielt auf die Aufrechterhaltung des Lebens gegenüber allen Fremdeinwirkungen. Verfassungsrechtlich ist allerdings die zutreffende Bestimmung des Todeseintritts umstritten. Die (wohl überwiegend vertretene) Hirntodformel dürfte sich heute womöglich als vorschnell erweisen, sie scheint tendenziell zu willkürlich und zu eng. Das Ende der menschlichen „biologisch-physischen Existenz“ (BVerfGE 115, 118, 139) wird jedenfalls (nur) dort anzunehmen sein, wo individuelles Leben im biologischen Sinne eigener reproduktiver Erhaltungsprozesse aktuell oder auch nur potentiell nicht mehr möglich ist. Verfassungsrechtlich hat deshalb der völlige Zusammenbruch des gesamten biologischen Organismus als diejenige allgemeine Formel zu gelten, die den Tod eines Menschen kennzeichnet (ebenso *Hans-Detlef Horn*, in: Stern / Becker, Grundrechte-Kommentar, Rdn.

455 zu Art. 2; *Michael Sachs*, in: Stern, Das Staatsrecht der BR Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 147; *Dietrich Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Rdn. 142 zu Art. 2; und ähnlich *Udo Di Fabio*, 2004, in: Maunz / Dürig u. a., Grundgesetz Kommentar 1958 ff., Rdn. 20, 21 zu Art. 2 Abs. 2).

Deshalb wäre bei einer Überarbeitung des TPG auch die Kaprizierung auf das Hirntodkriterium noch einmal auf den Prüfstand zu stellen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass sie angesichts unvoreingenommener neuer, medizinwissenschaftlicher Einsichten verfassungswidrig geworden sein könnte.

c) Was schließlich die **Sicherstellung der für die Organempfangspräsidenten bzw. die Organempfänger festgelegten Rechte und Standards** anbetrifft, so ist zunächst noch einmal generell zu konstatieren, dass diese Verantwortung den Staat trifft. Dies nicht nur, weil es der staatliche Gesetzgeber ist, der dazu im TPG gewisse Fixierungen vornimmt. Vielmehr hat ohnehin der gewaltmonopolige Rechtsstaat die Einhaltung aller Rechtsvorschriften zu garantieren, und Demokratie sowie Gemeinwohlpostulat verpflichten den Staat, allemal für die verbrieften Interessen seiner Bürger zu sorgen. Es müsste also bezüglich der Regulierungen des TPG hinreichend Kontrolle ausgeübt, mindestens aber ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden. Beides scheint aber nach dem geltenden TPG nur äußerst begrenzt der Fall zu sein, und diese Defizite sind wohl auch ein Grund für die unbefriedigende Spendebereitschaft bzw. das offenbar limitierte Vertrauen der Menschen in Sachgerechtigkeit, Pflichtentreue und Fürsorglichkeit des für sie undurchsichtigen Transplantationssystems.

Das beginnt schon bei der nur nachlässigen Erfüllung der Meldepflicht nach § 11 Abs. 4 TPG, setzt sich über die mangelhafte Zusammenarbeit der Transplantationszentren mit der bestehenden Koordinierungsstelle fort und endet nicht zuletzt bei der intransparenten Platzierung auf der lebenswichtigen Warteliste für einen Organempfang. Ursache dieses Zustandes ist das „überaus kompliziert gesponnene Netz von Kooperationsmustern und Entscheidungsprozessen“ (dazu und zum folgenden *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61, 2002, S. 260, 290), in welchem die unterschiedlichsten privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsträger in einem System regulierter Selbstregulierung agieren: Mit Implantationsmonopol (hinsichtlich der vermittlungspflichtigen Organe) ausgestattete Transplantationszentren, die u. a. auch über

die Aufnahme von Patienten auf die Warteliste entscheiden (§ 10 Abs. 2 TPG) und insoweit Tätigkeiten verteilender Verwaltung ausüben; eine privatrechtliche Stiftung niederländischen Rechts, nämlich Eurotransplant, die nach § 12 TPG – von den Spitzenverbänden der Krankenkassen, der Bundesärztekammer und der Krankenhausgesellschaft, also teils öffentlich-rechtlich, teils privatrechtlich verfassten Akteuren beauftragt – das Vermittlungsmonopol besitzt; eine gemäß § 11 TPG mit strafbewehrter Exklusivität ausgestattete Koordinierungsstelle, die Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO), deren Aufgabe die Spitzenverbände der Krankenkassen, die Bundesärztekammer, die Deutschen Krankenhausgesellschaft und die Bundesverbände der Krankenkassenträger vertraglich regeln; schließlich die Bundesärztekammer, ein nicht-rechtsfähiger Verein, dem durch § 16 TPG die zentrale Funktion zugewiesen ist, den Stand der Kenntnisse der medizinischen Wissenschaft u. a. für die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste und zur Organvermittlung festzustellen.

Dass hier neben Bürokratie, Gegenläufigkeiten und Reibungsverlusten auch gravierende Verantwortlichkeitslücken, Kontrolldefizite und Legitimationsschwächen bestehen, die mit einem effektiven, rechtsstaatlichen Vorgabenvollzug wenig gemein haben, liegt auf der Hand. Wenn der Gesetzgeber schon ausführliche Vorgaben für die Organtransplantation macht (und das war aus Wesentlichkeitsgründen sicher an der Zeit), dann muss er auch die Instrumente bieten, mit denen eine normgetreue, wirksame und nachprüfbare Umsetzung sichergestellt ist. Andernfalls werden das konstitutionelle Rechtsstaatsprinzip ebenso wie die staatlichen Fürsorge- und Schutzpflichten verletzt. Eine grundlegende Verbesserung der bestehenden Vollzugsstrukturen ist daher dringend erforderlich.

gez. Schmidt-Jortzig