

verkehrs oder der akustischen Wohnraumüberwachung gewonnen wurden⁶⁴. Auch diese Fallgestaltung dürfte in den hier zu erörternden Fällen kaum einmal gegeben sein.

Für nichtöffentliche Stellen wird zum Schutz eines (früheren) Beschuldigten die Datenübermittlung durch § 477 Abs. 3 StPO weiter eingeschränkt, indem ein *rechtlisches* Interesse an der Datenübermittlung dargelegt werden muss und der (frühere) Beschuldigte kein schutzwürdiges Interesse an der Versagung haben darf. Bei der Datenübermittlung der Angehörigendaten eines Verstorbenen kann jedoch ein (früherer) Beschuldigter nicht in seinen Rechten verletzt werden, da die übermittelten Daten ihn weder direkt noch indirekt betreffen.

Die Datenübermittlung wird demnach insgesamt nur äußerst selten wegen § 477 StPO unzulässig sein.

F. Zusammenfassung

I. Weder das Datenschutzrecht noch die ärztliche Schweigepflicht oder das Strafprozessrecht verbieten einem Arzt per se und durchgängig, die Angehörigen eines Verstorbenen um die Einwilligung in die Entnahme und kommerziell motivierte Weitergabe von Körpergewebe des Verstorbenen zu bitten.

II. Allerdings mag man es unter dem Gesichtspunkt einer Beeinträchtigung des Pietätsgefühls der Angehörigen als problematisch ansehen, wenn der Arzt speziell zum Zweck der Erlangung der Einwilligung in die Entnahme und Weitergabe von Körpergewebe zu gewerblichen Zwecken an sie herantritt; dies gilt besonders dann, wenn auch der Eingriff in die Integrität des Leichnams lediglich zum Zweck der Entnahme des Körpergewebes für gewerbliche Zwecke erfolgen soll. Diese Bedenken besteht aber jedenfalls dann nicht, wenn der Arzt die Angehörigen im Rahmen eines *ohnehin vorhandenen Kontakts* ergänzend bittet, darin einzuwilligen, dass dem Verstorbenen *anlässlich einer ohnehin geplanten Sektion* eine geringfügige Menge zusätzlichen Gewebes für letztlich gewerbliche Zwecke entnommen wird. Wird die Bitte um Einwilligung in diesem Rahmen taktvoll geäußert, dann kann von einem überwiegenden Interesse der Angehörigen am Ausschluss der Nutzung ihrer Daten nicht ausgegangen werden. Die Nutzung personenbezogener Daten der jeweiligen Angehörigen (Name, Verwandtschaftsverhältnis zum Verstorbenen, Adresse) ist dann gemäß § 28 Abs. 2 i. V. mit Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zulässig.

III. Soweit die Daten der Angehörigen in Strafverfahrensakten enthalten sind, kann der Arzt gemäß § 475 StPO Auskunft beantragen. Die Staatsanwaltschaft oder der Vor-

sitzende des mit der Sache befaßten Gerichts (§ 478 StPO) haben ihre Entscheidung, ob Auskunft gewährt wird, nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Die Auskunft ist in der Regel zu gewähren, wenn der Arzt die Angehörigen im Rahmen eines ohnehin vorhandenen Kontakts ergänzend bitten will, darin einzuwilligen, dass dem Verstorbenen anlässlich einer ohnehin geplanten Sektion eine geringfügige Menge zusätzlichen Gewebes für letztlich gewerbliche Zwecke entnommen wird.

IV. Wenn der Arzt im Rahmen eines rechtsmedizinischen Gutachtauftrags gemäß § 80 StPO bereits Kenntnis von den Angehörigendaten erlangt hat, ist § 477 Abs. 5 S. 2 StPO analog anwendbar. Dies bedeutet, dass der Arzt die Daten für den vorstehend beschriebenen Zweck nutzen darf, wenn die Stelle, die den Gutachtauftrag erteilt hat, zustimmt. Die Zustimmung ist für den vorstehend beschriebenen Zweck in der Regel zu erteilen.

V. 1. Besondere Zweckbindungsgebote sind in § 40 Abs. 1 BDSG und § 476 Abs. 4 StPO enthalten. Danach ist dem Arzt der hier fragliche Rückgriff auf solche personenbezogene Daten nicht möglich, die er nur für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erlangt oder gespeichert hat. Gleiches gilt nach § 14 Abs. 2 S. 3 TPG für personenbezogene Daten, die im Rahmen des Transplantationsgesetzes erhoben wurden.

2. Zulässig bleibt nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften aber weiterhin die Nutzung von Daten, welche der Arzt (auch) für andere Zwecke erhalten hat. Auch kann der Arzt die erforderlichen Daten erneut erheben oder sich die Daten erneut von der Stelle übermitteln lassen, von welcher er ursprünglich die Daten erhalten hat, sofern die dafür erforderlichen Voraussetzungen (nach § 28 Abs. 2 i. V. mit Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG bzw. § 475 StPO) gegeben sind.

3. § 477 Abs. 5 S. 2 StPO ist analog auch im Rahmen des § 476 StPO anwendbar. Daten aus Strafverfahrensakten, die der Arzt nur zu wissenschaftlichen Zwecken erhalten hat, darf er demnach für andere Zwecke verwenden, wenn die Staatsanwaltschaft oder das Gericht dem zustimmt. Einer erneuten Übermittlung der Daten für den weiteren Zweck bedarf es dann nicht.

4. Demgegenüber enthalten das BDSG und das TPG keine besonderen Verfahren, wonach einer Zweckänderung von Seiten einer Behörde zugestimmt werden könnte. Hier bleibt es deshalb bei den vorstehend, sub V. 2., dargestellten Möglichkeiten.

64) Meyer=Goßner (Fn. 41), § 477, Rdnr. 3.

Heinrich Lang

DOI: 10.1007/s00350-005-1410-z

Deregulierte Verantwortungslosigkeit?

Das Transplantationsrecht im Spannungsfeld von Kostendruck, regulierter Selbstregulierung und staatlicher Funktionsverantwortung

I. Das Transplantationssystem als „Pilotprojekt regulierter Selbstregulierung“ im Gesundheitswesen

Den Staat als „geborenen Störer“ zu bezeichnen, dem, immun gegen den Erziehungsauftrag des Marktes, die Fähigkeit zu ökonomisch rationalem und damit so verstandenen funktionsgerechtem Handeln fehle, wie es gelegentlich im Schrifttum geschieht¹, ist sicher überzeichnet. Aber hat nicht die Entwicklung in den westlichen Industrienationen – in Deutschland insbesondere seit der Wiedervereinigung – den Leistungsstaat tatsächlich an die Grenzen

seiner Steuerungsfähigkeit geraten lassen? Politik, Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht haben die These des staat-

Prof. Dr. iur. Heinrich Lang, Dipl.-Sozialpädagoge,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht,
Universität Rostock, Möllner Straße 10, D-18109 Rostock

1) Vgl. dazu die Monopolkommission, Achstes Hauptgutachten 1988/1989, BT-Dr. 11/7582, Rdnr. 66; sowie diesen Standpunkt referierend Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 205, 212.

lichen Steuerungsverlusts jedenfalls aufgegriffen, und Begriffe wie „schlanker Staat“, „Verwaltungsmodernisierung“ oder „Privatisierung“ waren für die politische wie rechtswissenschaftliche Diskussion der letzten Jahre gleichermaßen nachhaltig mitbestimmend². Im Kontext der Dienstbarmachung privaten Sachverständigen steht auch das Konzept „regulierter Selbstregulierung“, das auf der Idee einer zwischen Staat und Privaten geteilten Gemeinwohlkonkretisierung mit staatlicher Funktionsverantwortung beruht³. Ein solches Konzept, bei dem per definitionem gemeinwohlverträgliche Ergebnisse dadurch erreicht werden sollen, dass der Staat mit Privaten kooperiert, die ihrerseits ihre individuellen und kollektiven Privatinteressen in legitimem Eigennutz verfolgen⁴, hat der Gesetzgeber als „Pilotprojekt“⁵ auch in einem besonders sensiblen gesundheitsrechtlichen Bereich, dem Transplantationswesen, installiert. Das im Jahre 1997 geschaffene Transplantationsgesetz (TPG)⁶ stellt in doppelter Hinsicht ein Novum dar: Zum einen sollen mit diesem Gesetz zwar erstmals spezialgesetzliche Regelungen zur Organverteilung festgelegt werden⁷; zum anderen werden auf der Grundlage des Transplantationsgesetzes aber auch erstmals in Deutschland Menschen von lebensverlängernden oder -erhaltenden medizinischen Maßnahmen *normativ* ausgeschlossen⁸.

Gleichwohl – das Gesetz ist in seinen Anfängen z. T. euphorisch begrüßt worden. Es wurde erwartet, dass die mit ihm geschaffene „Sicherheit, Transparenz und Kontrollierbarkeit“ der Allokationsentscheidungen zu einer Anhebung der Spendebereitschaft führen würde⁹ – tatsächlich sinkt die Spendebereitschaft mit Ausnahme bei der Lebendspende stetig¹⁰ –, andere attestierten dem Gesetzgeber nicht minder begeistert, er habe „das Spannungsverhältnis zwischen Ethik, Erkenntnis und Recht ‚mit mutiger Eleganz‘ gelöst“¹¹.

Tatsächlich wurde mit dem Transplantationsgesetz ein überaus kompliziert gesponnenes Netz von Kooperationsmustern und Entscheidungsprozessen öffentlich-rechtlicher und privater Rechtsträger geschaffen:

- Mit Implantationsmonopol ausgestattete Transplantationszentren, die unter anderem auch über die Aufnahme von Patienten in die Warteliste entscheiden (§ 10 II TPG) und insoweit – obgleich nicht zwingend in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stehend – durchaus Tätigkeiten verteilender Verwaltung ausüben;
- eine privatrechtliche Stiftung niederländischen Rechts, nämlich Eurotransplant (kurz ET) im holländischen Leiden (als Vermittlungsstelle i. S. von § 12 TPG), die – von den Spitzenverbänden der Krankenkassen, der Bundesärztekammer und der Deutschen Krankenhausgesellschaft, also teils öffentlich-rechtlich, teils privatrechtlich verfassten Akteuren beauftragt – das Vermittlungsmonopol besitzt;
- und schließlich die Bundesärztekammer (kurz BÄK), der durch § 16 TPG eine zentrale Funktion zugewiesen ist¹².

Die BÄK selbst ist als nicht rechtsfähiger Verein bürgerlichen Rechts einzuordnen¹³. Nach ihrer Satzung dient sie dem ständigen Erfahrungsaustausch unter den Ärztekammern und wirkt auf eine möglichst einheitliche Regelung der ärztlichen Berufspflichten hin¹⁴. In den letzten Jahren ist eine bedeutsame gesetzgeberische Aufwertung der BÄK zu verzeichnen. Die ihr im Transplantationsgesetz zugewiesene Richtlinienfähigkeit ist in anderen Gesetzen, etwa dem Transfusionsgesetz¹⁵, aufgegriffen worden.

Zur Richtlinienfähigkeit wird die BÄK im Bereich der Transplantationsmedizin durch § 16 I TPG ermächtigt. Nach S. 1 dieser Vorschrift stellt die BÄK für die in den Nrn. 1 bis 6 genannten Materien den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest. Sie ist damit nicht lediglich beratend, verfahrensmittelgestaltend oder -vorbereitend in das Transplantationsverfahren eingeschal-

tet. Vielmehr entscheidet die BÄK im Umfang der gesetzlich statuierten Vermutungsregel des § 16 I 2 TPG über die grundlegenden Eckdaten des gesamten durch das Transplantationsgesetz verfassten Transplantationssystems:

- 2) Vgl. aus der Fülle der Literatur in juristischer Perspektive etwa *Schmidt=Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 ff.; *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 ff.; s. a. Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Symposium aus Anlass des 60. Geburtstags von Hoffmann-Riem, 2001.
- 3) *Schmidt=Preuß* (Fn. 2), S. 162.
- 4) *Callies*, AfP 2002, 465, 466.
- 5) *Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz, 2001, § 16, Rdnr. 21, unter Hinweis auf *Holznapel*, DVBl. 1997, 393, 400.
- 6) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz-TPG) v. 5. 11. 1997, BGBl. I S. 2631.
- 7) Tatsächlich steuert das Gesetz die relevanten Auswahlentscheidungen nur unzureichend vor – so auch bereits *Holznapel*, DVBl. 1997, 400 – und weist die Festlegung der eigentlich „harten“ Auswahlkriterien der Richtlinienfähigkeit der Bundesärztekammer zu; zu den dadurch aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen vgl. unten, sub III.
- 8) *H. Lang*, VSSR 2002, 21, 22.
- 9) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Dr. 13/4355, Allgemeiner Teil, S. 11; zur dementsprechenden Motivlage des Gesetzgebers s. a. *Holznapel/Holznapel*, DÄBl. 1998, A-1718 ff.
- 10) So wurden etwa im Jahr 2002 in Deutschland 3.162 Organe nach dem Tode gespendet und transplantiert. Das waren 2,2 Prozent weniger als im Vorjahr. Die Zahl der Lebendspenden von Nieren und Leberteilen ist in den vergangenen Jahren dagegen erheblich gestiegen. Hintergrund ist ein wachsender Bedarf an Transplantationen, der medizinische Erfolg und die durch das Transplantationsgesetz gewachsene Rechtssicherheit. Die Anzahl der Lebendspenden ist dabei um 10,7 Prozent gestiegen. Quelle: Deutsche Stiftung Organtransplantation, einzusehen unter <http://www.dso.de/>.
- 11) So etwa *Schäffer*, FAZ v. 26. 6. 1997, S. 3; sich dem anschließend *Dippel*, Zur Entwicklung des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen v. 5. 11. 1997, in: FS f. Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag, 1999, S. 665, 694 f.; auf dieser Linie auch *Lilie*, FS f. Deutsch, 1999, S. 643, 645, der im Blick auf die parlamentarische Beratung des TPG davon spricht, dass „(n)icht zuletzt diese von Ernsthaftigkeit und gegenseitiger Achtung geprägte Debatte (...) dazu beigetragen (hat), dass das Gesetz fast ausschließlich positive Aufnahme gefunden hat“. Es ist schon nicht recht verständlich, dass oder warum die bare parlamentarische Selbstverständlichkeit, dass Abgeordnete des Deutschen Bundestages ihre Debatten in Ernsthaftigkeit und gegenseitiger Achtung führen, einem Gesetzesvorhaben höhere Weihe verleihen würde; jedenfalls wird mit einer solchen Sichtweise aber die ganz erhebliche verfassungsrechtliche Kritik am TPG (etwa im Hinblick auf dessen Todeskonzept oder die unter demokratischen Auspizien unzulängliche Einbindung der Bundesärztekammer) nahezu vollständig ausgeblendet.
- 12) Vgl. *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), 260, 290.
- 13) Dazu *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. 1999, § 13, Rdnr. 13; *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 484 ff.; a.A. *Berger*, Die BÄK – Status, Funktion, Kompetenz, Diss. iur Köln, 2003, S. 195 und passim, der die Tätigkeit der BÄK mit Blick auf die in ihr zusammengeschlossenen Landesärztekammern dem staatlichen Bereich zuordnet.
- 14) *Höfling*, in: *ders.* (Hrsg.), Transplantationsgesetz, 2003, § 16, Rdnr. 6.
- 15) Dort allerdings mit der gebotenen Einschränkung. Denn anders als nach § 16 TPG dürfen die Richtlinien nach § 12 Abs. 1 bzw. § 18 Abs. 1 des Transfusionsgesetzes (Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens [Transfusionsgesetz-TFG] v. 1. 7. 1998, BGBl. I S. 1752) nur im „Einvernehmen mit der zuständigen Bundesoberbehörde“ erlassen werden. Der Gesetzgeber des TFG war der Ansicht, dass wegen der Bedeutung, die diesen Richtlinien zukomme, deren Veröffentlichung nur mit Zustimmung der zuständigen Bundesoberbehörde möglich sei (vgl. BT-Dr. 13/9594, S. 21). Zu Recht wird im Schrifttum auf den insoweit bestehenden eklatanten Widerspruch zum nicht minder bedeutsamen TPG hingewiesen, vgl. *Berger* (Fn. 13), S. 86.

- (1.) Von der Todesfeststellung als zentraler Voraussetzung für die Organentnahme gemäß § 3 TPG¹⁶
- (2.) über die Aufnahme möglicher Organempfänger in die Warteliste (§ 10 II TPG)¹⁷
- (3.) bis hin zu konkreten Vorgaben für die Zuteilung eines der knappen Organe (§ 12 III TPG)¹⁸.

Diese Richtlinien unterliegen dabei keinem Genehmigungserfordernis.

Es mag für den Gesetzgeber nahe gelegen haben, auf die in der Transplantationsmedizin gewachsenen Strukturen, in der sich Verteilungsverfahren und Organisationen entwickelt hatten, bevor im Jahre 1997 das Transplantationsgesetz in Kraft trat, zurückzugreifen und die dort schon bisher tätigen Institutionen in das genannte unübersichtliche System einzubinden¹⁹. Der Gesetzgeber konterkariert damit allerdings z. T. seine eigene Absicht, da er sich vom Transplantationsgesetz und den dadurch errichteten Organisationsstrukturen „Transparenz und Kontrollierbarkeit“²⁰ sowie „größtmögliche Verteilungsgerechtigkeit“ erhoffte²¹. Letztere sicherzustellen reibt sich im Referenzgebiet an einer im sozialwissenschaftlichen Schrifttum früh herausgestellten Besonderheit²²: Aufgrund des herrschenden Organmangels und des in vielen Varianten auftretenden enormen Kostendrucks (so belastet etwa die Dialysebehandlung die gesetzlichen Krankenkassen mit ca. 30.000 € pro Jahr und Patient, eine Nierentransplantation führt demgegenüber nur zu Gesamtaufwendungen in Höhe von ca. 25.000.–€)²³ ist die Transplantationsmedizin seit ihren Anfängen mit dem zunehmend die gesamte gesundheitspolitische Diskussion beherrschenden Aspekt befasst, wie nämlich eine medizinisch sinnvolle und sozial akzeptanzfähige Verteilung knapper Behandlungsressourcen bewerkstelligt werden kann²⁴. Aus Sicht der betroffenen Patienten entstehen dadurch existentielle Fragen: Wer entscheidet darüber, ob ein Patient ein Organ erhält? Nach welchen Kriterien wird entschieden? In juristischer Perspektive sind damit Probleme demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit des Organallokationsverfahrens angesprochen.

Diesen Fragen wird im Folgenden nachgegangen. Dabei wird zunächst gezeigt, dass die der BÄK gesetzlich zugewiesene Zentralstellung im System des TPG und der Ausgestaltung des Transplantationswesens die aus Art. 20 II GG herzuleitenden Legitimationsanforderungen an die Ausübung staatlicher Gewalt verfehlt (nachfolgend II.). Im zweiten Schritt wird dargestellt, dass der bedenklchen gesetzlichen Konstruktion in den §§ 16 I, 12 III TPG eine ebenso bedenklche Ausgestaltung der Richtlinien seitens der BÄK korrespondiert (nachfolgend III.). Schließlich sollen im dritten Teil kurz Lösungsansätze diskutiert werden (dazu nachfolgend IV.).

II. Legitimatorische Unzulänglichkeiten des transplantationsrechtlichen Konzepts

Zunächst zu den legitimatorischen Unzulänglichkeiten des transplantationsrechtlichen Konzepts und vorab zu den legitimatorischen Anforderungen, die das Demokratieprinzip an die Ausübung von Staatsgewalt stellt.

1. Die Vorgaben des Demokratieprinzips

Auch die Demokratie hebt das Problem der Machtausübung und -unterwerfung nicht auf. Damit ist keine rein demokratietheoretische Frage aufgeworfen²⁵. Das Grundgesetz selbst spiegelt das Problem normativ wider. Denn Art. 20 I GG bezeichnet die Bundesrepublik zwar als demokratischen Staat, Art. 20 II 1 und 2 GG konkretisieren diese Strukturentscheidung aber in dem Gedanken, dass die Staatsgewalt

nur vom Volk *ausgehen* muss, außer in Wahlen und Abstimmungen von diesem aber durch besondere Organe *ausgeübt* wird. Sofern dabei Entscheidungen nicht mehr durch das Volk selbst oder durch unmittelbar berufene Vertreter, sondern auf nachgeordneten Ebenen getroffen werden, wirkt der juristische Gehalt des Topos „Demokratie“ nicht (mehr) als Kompetenztitel, sondern als Legitimationserfordernis²⁶. Dieses Auseinanderfallen von Innehabung der Staatsgewalt durch das Volk und Ausübung durch besondere Organe bil-

16) Vgl. dazu *Höfling*, JZ 1995, 26 ff., „problemverdrängende begriffsmanipulatorische Schutzbereichsreduktion“, sowie vertiefend *Rixen*, Lebensschutz am Lebensende, 1999, und *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996; *Vögt=Weber/Weber*, *Traditio et Innovatio* 2000, 33, 33 f., die das Sterben ebenfalls als prozesshaft begreifen und das Hirntodkriterium nur als Fixierung des Zeitpunktes akzeptieren, ab dem die ärztliche Behandlungspflicht endet; kritisch gegenüber dem Hirntodkonzept auch *Lege*, *Das Recht der Bio- und Gentechnik*, in: *Schulte* (Hrsg.), *Handbuch des Technikrechts*, 2003, S. 743, 764 f.

17) Dazu *H. Lang*, in: *Höfling* (Hrsg.) (Fn. 14), § 10, Rdnrn. 24 ff.

18) Dazu *Höfling* (Fn. 14), § 12, Rdnrn. 24 ff.

19) So etwa *Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler* (Fn. 5), Einführung, Rdnr. 30.

20) Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG), BT-Dr. 13/4355, S. 11; aus dem Schrifttum *Holznapel/Holznapel*, DÄBL. 1998, A-1718; zum Leerlaufen dieser Kontrollfunktion – jedenfalls soweit es um eine gerichtliche Kontrolle geht – vgl. *H. Lang*, VSSR 2002, 31 ff.

21) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. (Fn. 9), S. 14.

22) Vgl. nur *Feuerstein*, *Das Transplantationssystem*, 1995, S. 233.

23) Als Pervertierung nicht nur des Schutzzwecks des TPG muss es allerdings erscheinen, wenn exponierte Transplantationsmediziner angesichts des Organmangels und unter Hinweis auf den Krankenkassen durch die (gegenüber den Dauerkosten einer Dialysebehandlung kostengünstigere) Transplantation ersparte Aufwendungen eine Auszahlung an die „Hinterbliebenen“ von „10.000 als vernünftigen Einstieg“ bezeichnen (vgl. *Der Spiegel* Heft 50/2002, S. 178 f.). Offen wird denn auch ein weiteres Motiv ausgesprochen, wenn es heißt: „Aber vielen Hinterbliebenen wird es leichter fallen, den mutmaßlichen Willen in Richtung Organspende zu äußern, wenn das noch mit ein paar Annehmlichkeiten verbunden ist“ (a. a. O.). Es hilft auch nichts, wenn *Broelsch* ebd. den Organhandel mit dem Hinweis rechtfertigen möchte, dass „(w)ir .. auf diesem Globus nicht in sozialer Gleichheit (leben)“, denn *Broelsch* unterliegt hier dem fundamentalen Fehlschluss von einer zu Recht konstatierten tatsächlichen Ungleichheit auf die Zulässigkeit einer rechtlichen Differenzierung.

24) *Feuerstein* (Fn. 22), S. 233.

25) *Konrad Hesse* hat deshalb zu Recht herausgestellt, dass es zu kaum einem verfassungsrechtlichen Begriff so unterschiedliche Deutungen gebe wie zu dem der Demokratie, zugleich aber angemahnt, dass der verfassungsrechtlich maßgebliche Begriff aus der konkreten Ausgestaltung innerhalb des Grundgesetzes zu ermitteln sei (*Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, § 5, Rdnr. 127). Die durch das Grundgesetz errichtete Demokratie stellt eben keine bloße Idee oder auch faktische Realität dar, sondern ist in ihrer Fundierung und Ausprägung nicht nur in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG als juristisch-bindende Norm konzipiert (vgl. nur *Völkemann* [2001], in: *Friauf/Höfling* [Hrsg.], *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 20, Rdnr. 37). Gleichwohl: Wegen der auch in die konkrete Auslegung stets einfließenden Vorverständnisse kann es nicht verwundern, dass Begriff, Ausgestaltung und Reichweite der Bindungswirkung zu den umstrittenen Problemen des Staatsorganisationsrechts gehören (vgl. auch *Roellecke*, in: *Umbach/Clemens* [Hrsg.], *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar*, 2002, Art. 20, Rdnr. 150).

26) *Völkemann* (Fn. 25), Art. 20, Rdnr. 44; *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 1998, Art. 20 (Demokratie), Rdnr. 77; *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 593.

det den Ausgangspunkt der Schwierigkeit, die eine zutreffende Ausdeutung der dem demokratischen Prinzip zu entnehmenden Legitimationsanforderungen bereitet. Im Kern geht es um die Frage, welchen normativen Anforderungen der Zurechnungs-, Verantwortungs- und Legitimationszusammenhang zwischen Volk und Staatsorganen genügen muss²⁷.

Ungeachtet zahlreicher Differenzierungen in Einzelfragen lassen sich vereinfachend zwei Grundlinien unterscheiden, die zugespitzt mit – teilweise pejorativen – Schlagworten wie „monistisch“ und „pluralistisch“, „Volksdemokratie“ und „Betroffenheitsansatz“, „etatistisches Demokratieverständnis“ versus „illusionärer Forderung nach Weltgemeinschaft“ einander gegenüber gestellt werden. Im Zentrum des Streits steht die Frage, ob demokratische Legitimation zur Herrschaftsausübung ausschließlich vom Volk – verstanden als ein nach allgemeinen Merkmalen bestimmtes, gebietskörperschaftlich verfasstes Legitimationssubjekt – ausgehen kann oder ob in demokratischer Perspektive auch die Mitwirkung von Betroffenen, Verbänden oder etwa Personalräten hinreichende Legitimation vermittelt. Die damit verbundenen Streitfragen haben das Demokratieprinzip als normative Größe aus einem Dornröschenschlaf erweckt, dessen hundert Jahre zugegebenermaßen zwar bereits Mitte der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts verstrichen waren²⁸, ohne dass aber zwischenzeitlich eine Klärung erfolgt wäre. Im Gegenteil: Die dem Demokratieprinzip in legitimatorischer Perspektive zu entnehmenden Anforderungen gehören nach wie vor zu den umstrittensten Fragen des Staatsorganisationsrechts.

Nach der herrschenden – insbesondere von der Rechtsprechung des 2. Senats des BVerfG²⁹ und dessen ehemaligem Mitglied *Ernst-Wolfgang Böckenförde* geprägten³⁰ – Interpretation stellt das Demokratiepostulat des Art. 20 GG kein bloßes Prinzip dar; vielmehr werden dem Normtext durchdeklinierbare, unmittelbar rechtsfolgenbegründende Legitimationsanforderungen bei der Ausübung von Staatsgewalt bis in die feinsten verwaltungsrechtlichen Verästelungen entnommen³¹. Dieses Legitimationserfordernis wird in Gestalt von Legitimationsketten und –strängen ausdifferenziert, die jeweils vom Parlament ausgehen und lückenlos auf dieses zurückgeführt werden müssen³². In dem bisweilen als „Maschinenmodell“ apostrophierten Konzept³³ liegt demokratische Legitimation also immer dann vor, wenn und soweit sich – gleichsam mit mechanischer Präzision – die vom Volk ausgehende Legitimation in sämtlichen Emanationen hoheitlichen Handelns nachweisen lässt³⁴.

Die Anforderungen hinreichender demokratischer Legitimation lassen sich dabei – unter Inkaufnahme gewisser Vereinfachungen – auf die folgenden Bezugspunkte demokratischer Legitimation beziehen, die sich in den Fragen „wer legitimiert“, „was wird legitimiert“ und „wie wird legitimiert“ kristallisieren.

Taugliches Legitimationssubjekt ist nach h. M. nur das Volk in seiner durch die gemeinsame Staatsangehörigkeit vermittelten Gesamtheit von unbestimmter Allgemeinheit³⁵. Die legitimationsbedürftigen Akte werden um der größtmöglichen Entfaltung der grundgesetzlichen Demokratie willen zwar durchaus extensiv umschrieben³⁶, doch steckt hier – wie so oft – der Teufel im Detail, und die noch vorzunehmende dogmatische Verortung der Richtlinientätigkeit der BÄK wird hierfür beredtes Zeugnis ablegen.

Vorab ist aber noch auf das „Wie“ der Legitimation einzugehen, also die Legitimationsmodi darzustellen. Den Grundgedanken der Volkssouveränität, dass das Volk einen effektiven Einfluss auf die personelle Zusammensetzung und/oder auf die Tätigkeit der handelnden Staatsorgane hat, deren Akte also auf den Willen des Volkes zurückgeführt und ihm gegenüber verantwortet werden müssen, sucht die h. M. durch die Erfordernisse personell-organisatorischer

und sachlich-inhaltlicher Legitimation sicherzustellen, wobei insgesamt für die Vermittlung der erforderlichen Legitimation die Erreichung eines hinreichenden Legitimationsniveaus entscheidend ist³⁷.

a) Personell-organisatorische Legitimation

Personelle Legitimation eines Amtsträgers liegt vor, wenn dieser sein Amt verfassungsgemäß im Wege einer Wahl durch das Volk oder Parlament oder dadurch erhalten hat, dass er durch einen seinerseits legitimierten, in Verantwortung gegenüber dem Parlament Handelnden oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist³⁸. Verlangt wird damit eine ununterbrochene, vom Volk ausgehende Legitimationskette zu den einzelnen mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Amtsträgern, wobei die Glieder jener Kette die individuellen Berufungs- und Einsetzungsakte bilden³⁹.

b) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Sie erfordert die inhaltliche Rückführbarkeit der Ausübung von Staatsgewalt auf das Volk⁴⁰. Sie kann zum einen durch die Verankerung des Gesetzgebungsrechts beim Parlament als dem durch unmittelbaren Wahlakt legitimierten Repräsentativorgan des Volkes und der über Art. 20 III GG vermittelten Bindung aller anderen Organe an die so beschlossenen Gesetze und zum anderen durch die Weisungsabhängigkeit der Amtswalter sowie die administrati-

27) *H. Dreier* (Fn. 26), Rdnr. 144.

28) *Höfling*, RdJB 1997, 361, 363.

29) BVerfGE 83, 60 ff.; 93, 37 ff.; sowie jüngst BVerfGE 107, 59 ff.

30) Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 22.

31) *Bryde*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59, 60, spricht vom Wandel eines Prinzips zur Vollregel; ähnlich *Blanke*, ebd., S. 32, 34: „bis in die letzte Stelle hinter dem Komma“.

32) BVerfGE 107, 59, 87; 93, 37, 66; 83, 60, 71; 77, 1, 40; 47, 253, 272.

33) *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 212; aufgegriffen von *Rinken*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31), S. 125, 137; *Mehde*, ebd., S. 111, 115; *Blanke*, ebd., S. 32, 50.

34) *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 6. Aufl. 2002, Art. 20, Rdnr. 9.

35) BVerfGE 83, 37, 50 f.; 83, 60, 74 f.; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 20 Abs. 2, Rdnr. 142; s. a. *Unruh*, VerwArch 92 (2001), 531, 543 m. w. N. in dortiger Fn. 57; pointierte Gegenposition bei *Bryde*, StWissStPr 1994, 303, 307: „Nationalstaatliche Autarkie ist ein Mythos (und kein schöner“, der für einen pluralistischen Ansatz eintritt, bei dem die Ausübung von Staatsgewalt in der Demokratie von denjenigen zu legitimieren ist, die ihr unterworfen sind, vgl. *Bryde*, ebd., S. 322.

36) BVerfGE 107, 59, 87; *Sommermann* (Fn. 35), Rdnr. 139; verhaltenner *Schmidt=Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 338.

37) BVerfGE 107, 59, 87; 83, 60, 72; 93, 37, 67; *Sommermann* (Fn. 35), Rdnr. 163.

38) BVerfGE 107, 59, 88; 93, 37, 67 f.; 47, 253, 275; *Böckenförde* (Fn. 35), § 22, Rdnr. 6; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993, S. 267 ff.

39) BVerfGE 93, 37, 67 f.; *Sommermann* (Fn. 35), Rdnr. 159; zur Frage einer Relativierung der starren Legitimationskriterien durch den jüngst ergangenen Beschluss des 2. Senats zum Lippeverband und zur Emschergerossenschaft vgl. *Unruh*, JZ 2003, 1061, 1061 f.

40) BVerfGE 107, 59, 88; 93, 37, 67 f.; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 136 ff.; *Sommermann* (Fn. 35), Rdnr. 161.

ven Aufsichts- und Kontrollrechte sichergestellt werden⁴¹. Zum Vorbild demokratischer Verwaltung wird in diesem Verständnis demokratischer Legitimation mithin die hierarchisch aufgebaute Ministerialverwaltung⁴². Andere Organisationskonzepte werden demgegenüber prima facie als defizitär qualifiziert.

c) Sicherstellung eines hinreichenden Legitimationsniveaus
Das angesprochene Demokratiemodell ist allerdings nicht in dem Sinne statisch zu begreifen, dass beide Legitimationsformen zwingend und in gleicher Intensität vorliegen müssten. Entscheidend kommt es insoweit auf das Vorhandensein eines bestimmten Legitimationsniveaus an⁴³. Deshalb können sich die unterschiedlichen Legitimationsmodi in gewisser – im Einzelnen umstrittener – Weise substituieren⁴⁴. Es kommt unter dem Blickwinkel hinreichender demokratischer Legitimation damit auf das effektive Zusammenwirken der unterschiedlichen Legitimationsstränge an⁴⁵.

Nun ist, worauf bereits hingewiesen wurde, diese Interpretation des Demokratieprinzips nicht unwidersprochen geblieben⁴⁶. Ihr gegenüber ist der Vorwurf des „Legitimationsskettenfetischismus“ erhoben⁴⁷, weniger pointiert auf die Gefahr einer allzu schematischen Handhabung hingewiesen worden, die über kurz oder lang dazu führen müsse, etwa all das, was an neuen Steuerungskonzepten entwickelt und diskutiert wird, als verfassungswidrig anzusehen⁴⁸. Nach dieser Mindermeinung eröffnet die Forderung nach einem angemessenen Legitimationsniveau gewisse Spielräume, innerhalb derer – namentlich etwa im Bereich funktionaler Selbstverwaltung – die beschriebenen Legitimationskonzepte um Modelle der Sicherung von Legitimität staatlicher Entscheidungen durch Autonomie, Akzeptanz, einer Garantie von Entscheidungsrichtigkeit oder etwa Effizienz ergänzt werden könnten⁴⁹.

2. Legitimationsdefizite der Richtlinientätigkeit der BÄK

Unter Beachtung dieser Maßstäbe lässt sich eine hinreichende Legitimation der BÄK bei ihrer Richtlinientätigkeit nicht herleiten. Aber, muss die BÄK bei dieser Tätigkeit überhaupt demokratisch legitimiert sein? Handelt hier nicht ein nicht rechtsfähiger Verein bürgerlichen Rechts, für den die Maßstäbe des Art. 20 II GG keine Wirksamkeit entfalten? Ganz in diesem Sinne hat der Gesetzgeber angenommen, die Organvermittlung stelle keine Staatsaufgabe dar⁵⁰ und könne nach dem Grundsatz der Subsidiarität auch Privaten überlassen bleiben. Und im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, den Richtlinien fehle die für eine hoheitliche Tätigkeit notwendige rechtsverbindliche Wirkung⁵¹. Liegt also allenfalls private Normgebung vor, die nachgerade als Indikator gelungener regulierter Selbstregulierung begriffen wird, für die Art. 20 II GG aber nicht gilt⁵²?

a) Richtlinientätigkeit als Ausübung von Staatsgewalt

Die Frage ist nicht einfach zu beantworten⁵³. Durch Art. 20 II GG werden zwar alle Akte der Staatsgewalt legitimationsbedürftig, auch wird der Topos „Staatsgewalt“ einer weiten Auslegung zugeführt⁵⁴. Und doch harret die hier in Rede stehende Beteiligung Privater und ihre Bedeutung für die Ausübung von Staatsgewalt noch einer Klärung durch das BVerfG. Um nicht nur dabei auftretende Abgrenzungsschwierigkeiten lösen zu können, wird im Schrifttum eine Unterscheidung zwischen dem in die Breite zielenden materiellen Moment des Teilbegriffs „Staat“, das sich auf den gegenständlich-inhaltlichen Bereich bezieht, und dem formellen „Gewaltmoment“ andererseits, das in die Tiefe zielt und die Intensität des Staatshandelns betrifft⁵⁵, vorgeschlagen.

Wendet man diese Grundsätze hier an, kann von einer privaten Normsetzung bei der Richtlinienerstellung durch die BÄK nicht ausgegangen werden. Grundsätzlich kennzeichnet das Schrifttum private Normsetzung dadurch, dass

es sich um eine Regel handelt, die von privaten juristischen Personen oder Organen gebildet wird. Wird dabei allerdings ein Beliehener tätig, handelt es sich um staatliche Rechtssetzung, die Privatrechtsform fungiert dann lediglich als „atypische Hülse“ für das Verwaltungszwecken dienende hoheitliche Handeln⁵⁶.

Nach allgemein anerkannter Definition sind unter Belehenden natürliche oder juristische Personen des Privatrechts zu verstehen, die mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut sind⁵⁷. Die traditionelle Rechtsfigur der Beleihung wird immer dann eingesetzt, wenn der Staat – meist freilich nur in geringem Umfang – darauf verzichtet, bestimmte Aufgaben selbst zu erfüllen, und diese stattdessen Privaten überträgt⁵⁸. Dadurch werden jenen hoheitliche Befugnisse zugewiesen⁵⁹. Die Belehenden sind und bleiben allerdings statusmäßig Privatrechtssubjekte. Überträgt der Gesetzgeber die Erledigung einer Verwaltungsaufgabe einem derartigen Privatrechtssubjekt in der Weise, dass dieses zur Normsetzung ermäch-

41) Böckenförde (Fn. 30), § 22, Rdnrn. 21 f.; Jestaedt (Fn. 38), S. 270 ff.

42) Vgl. H. Dreier (Fn. 26), Rdnr. 114; kritisch Rinke, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31), S. 125, 134; hierarchische Verwaltung erscheint als Komplementäerscheinung demokratischer Staatlichkeit; pointierte Ironie auch bei Bryde, StWisStPr 1994, 305, 306: „Die Ernennung des Schulsprechers durch den Direktor wäre in solcher Sicht ‚demokratisch‘, da dieser über die ministerielle Ernennung mit dem ‚demos‘ in einer Legitimationskette verbunden ist, die Wahl durch die Mitschüler ist ‚scheindemokratisch‘, denn Schüler sind kein ‚Volk‘“; Kritik der Rechtsprechung auch bei Zacharias, Jura 2001, 446, 447 f.: „homogener“ Volksbegriff der h. M. verfehlt religiöse, kulturelle und sprachliche Vielgestaltigkeit.

43) BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67; 107, 59, 87.

44) Nachweise bei Sommermann (Fn. 35), Rdnr. 163.

45) BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 20, Rdnr. 35.

46) Vgl. etwa die Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – namentlich des 2. Senats – in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31).

47) Vgl. den Nachweis bei Höfling, RdJB 1997, 366; ähnlich etwa Frankenberg, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31), S. 177, 179: „Legitimationssketten-Doktrin“.

48) Bryde, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31), S. 59, 67; Groß, ebd., S. 93 ff.; zur Entscheidung BVerfGE 107, 59 ff. vgl. oben, Fn. 39.

49) Vgl. etwa Bryde, StWisStPr 1994, 305, 306; dens., in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 31), S. 59, 66 ff.; aus der Rechtsprechung des 1. Senats vgl. nur BVerfGE 33, 125, 159: Demokratie als freie Selbstbestimmung aller; auf dieser Linie auch das Urteil des 2. Senats v. 2. 3. 1977, BVerfGE 44, 125, 142.

50) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP, BT-Dr. 13/4355, Allgemeiner Teil, S. 14; zustimmend – allerdings ohne Begründung – Miserok u. a., Transplantationsrecht des Bundes und der Länder mit Transfusionsgesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand: März 2001, Einführung, S. 7.

51) Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler (Fn. 5), § 16, Rdnr. 7.

52) Schmidt=Aßmann (Fn. 36), S. 342.

53) Schmidt=Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 102, spricht von der nicht fern liegenden Möglichkeit einer Qualifizierung der Richtlinientätigkeit als private Normgebung.

54) Vgl. etwa Sommermann (Fn. 35), Rdnr. 139.

55) Vgl. Jestaedt (Fn. 38), S. 225, 255.

56) Vgl. dazu F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1986, S. 105 f.

57) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 23, Rdnr. 56; Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 33.

58) Maurer (Fn. 57), § 21, Rdnr. 11.

59) Erichsen, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 12, Rdnr. 18.

tigt wird, so erhalten die durch das Privatrechtssubjekt auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung erlassenen Normen Bindungswirkung kraft staatlichen Geltungsbefehls⁶⁰. Ihre Geltung gründet dann nicht im privatautonomen Handeln, sondern auf gesetzlicher Ermächtigung, so dass insoweit von einer exekutiven Normsetzung auszugehen ist⁶¹. Damit ist das materielle Kriterium eines Handelns des Staates erfüllt.

Es kann auch kein Zweifel bestehen, dass die Richtlinientätigkeit dem formellen Staatsgewaltbegriff zuzuordnen ist. Plastisch ist insoweit vom „dröhnenden Klang (des) Gewalt(begriffs)“ in Art. 20 II 1 GG gesprochen worden⁶², der eine Ausscheidung bestimmter Tätigkeiten des Staates aus dem Begriff der „Staatsgewalt“ erfordere. Doch kann diese Filterfunktion angesichts der vom BVerfG Art. 20 II GG als „tragendem Organisations- und Funktionsprinzip“⁶³ zugewiesenen Aufgabe, „verfassungsexemte Nischen“ staatlichen Handelns zu vermeiden⁶⁴, nur marginale Wirkung entfalten. Rein beratende und vorbereitende Tätigkeiten mögen aus dem Kreis legitimationsbedürftiger Aktivitäten ausscheiden⁶⁵. Staatliches Handeln mit Entscheidungscharakter⁶⁶, das nicht nur, aber jedenfalls bei Grundrechtseingriffen vorliegt⁶⁷ – und als solchen hat das BVerfG die Vorenthaltung einer medizinisch möglichen Behandlung qualifiziert⁶⁸ –, ist – jedenfalls in einem aufgrund gesetzlicher Regelung monopolisierten System, das die private Selbstbeschaffung sogar mit Strafe bedroht – als Ausübung von Staatsgewalt zu qualifizieren, die demokratischer Legitimation bedarf.

Der in Form der Richtlinientätigkeit der BÄK ausgeübten Staatsgewalt fehlt indes eine hinreichende Legitimation.

b) Lücken sachlich-inhaltlicher Legitimation

Bereits die sachlich-inhaltliche Legitimation erweist sich als lückenhaft. Das Transplantationsgesetz spricht beschönigend und in doppelt irreführender Weise davon, dass in den Richtlinien der „Stand der medizinischen Wissenschaft“ festzustellen sei. In Wahrheit aber *stellen* die Richtlinien nicht fest, sie *legen* fest und ihr Gegenstand sind nicht Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft, sondern – worauf noch einzugehen sein wird – Gerechtigkeitsfragen, die eben nicht unter Zuhilfenahme allein medizinischer Kriterien beantwortet werden können.

Der durch § 16 I TPG bei der Richtlinientätigkeit eröffnete Wertungsspielraum, der – worauf ebenfalls noch einzugehen sein wird – von der BÄK exzessiv genutzt wird, wird nicht durch aussagefähige, der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung gerecht werdende, inhaltliche Vorgaben im Gesetz gesteuert.

Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat sich einer normativen Vorsteuerung der Auswahlentscheidung weitgehend verweigert, diese in verschleiender Diktion auf eine private Organisation verlagert und damit ein Stück dessen realisiert, was im Schrifttum in das Bild des „partiell Unsichtbarmachens“ gekleidet und als „System regulierter Unverantwortlichkeit“ paraphrasiert worden ist⁶⁹. Nicht nur, dass der Gesetzgeber die im Kern als Gerechtigkeitsfrage zu akzentuierende Allokation als eine medizinisch zu treffende Entscheidung darstellt. Die gesetzlichen Konkretisierungen jenes vorgeblich medizinisch zu begreifenden Verteilungsmaßstabes in den §§ 10 II, 12 III TPG verweisen darüber hinaus auf tendenziell gegenläufige Allokationsmaßstäbe – je größer die Dringlichkeit, desto geringer die Erfolgsaussicht –, ohne dem Richtliniengeber Maßstäbe an die Hand zu geben, wie der partielle Widerspruch aufzulösen sei.

Damit erweist sich die sachlich-inhaltliche Legitimation als lückenhaft; sie wird aber keinesfalls durch eine erhöhte organisatorisch-personelle Legitimation kompensiert. Im

Gegenteil: Jene erweist sich bei genauerer Betrachtung ihrerseits als schwach.

c) Mangelhafte personelle Legitimation

Bedenken am Vorliegen der personell-organisatorischen Legitimation bestehen schon wegen des privatrechtlichen Status der BÄK. Möglicherweise könnten aber kompensatorische Legitimationskriterien ins Feld geführt werden, die an den bei der BÄK vorhandenen Sachverstand oder deren Zuordnung zum Bereich funktionaler Selbstverwaltung anknüpfen. Inwieweit derartige Kompensationen überhaupt zuzulassen sind, wird – wie oben dargestellt – nicht einheitlich beurteilt. Jedenfalls aber wäre zu fordern, dass sie tatsächlich in zutreffender Weise in Ansatz gebracht würden. Im Ergebnis führen aber weder die Inanspruchnahme spezifischen Sachverstandes noch der Selbstverwaltungsgedanke zu einer hinreichenden Legitimation der BÄK.

Hinsichtlich des Legitimationsmodus „besonderer Sachverstand“ ist zunächst im Blick auf die Richtlinienerstellung auf die wesentliche Differenzierung zwischen der Richtlinienerarbeitung und deren Verabschiedung aufmerksam zu machen. Zwar mag bei der *Erarbeitung* der Richtlinien durch die bei der BÄK gebildete „Ständige Kommission Organtransplantation“ eine spezifische transplantationsmedizinische Kompetenz vorliegen, doch wird die Richtlinie durch den Vorstand der BÄK *verabschiedet*⁷⁰. Insoweit kann dann aber allenfalls auf eine besondere Funktion im Rahmen ärztlicher Selbstverwaltung hingewiesen werden, nicht aber eine besondere Kompetenz zur Schaffung von – im Kern überdies ethischen – Verteilungsregelungen in Anspruch genommen werden.

Der damit angesprochene Selbstverwaltungsgedanke trägt in legitimatorischer Perspektive vorliegend allerdings ebenfalls keine Kompensation. Auch wenn man – wofür vieles spricht – eine derart vermittelte Legitimation grundsätzlich

60) Höfling (Fn. 14), § 16, Rdnr. 13.

61) Axer, (Fn. 57), S. 33 ff.

62) Vgl. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 211.

63) BVerfGE 3, 225, 247; 34, 52, 59.

64) Vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1411.

65) Dazu BVerfGE 47, 252, 273; 83, 60, 74.

66) Auf den Entscheidungscharakter stellt die ganz herrschende Meinung ab, vgl. aus der Rechtsprechung BVerfGE 9, 268, 283; 38, 258, 274; 47, 253, 273; 83, 60, 73; 93, 37, 68; sowie etwa BVerwGE 106, 64, 75, 76; aus dem Schrifttum vgl. etwa Böckenförde (Fn. 30), § 22, Rdnr. 13; Schmidt=Aßmann (Fn. 36), S. 341; Emde (Fn. 62), S. 46, 214 ff.; Jestaedt (Fn. 38), S. 43 ff., 257 ff.

67) Jestaedt (Fn. 38), S. 256 f.; s. a. Kluth (Fn. 13), S. 355 f.: „Bewirkungsmacht“.

68) Der Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG werde berührt, wenn 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 bleibe. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müsse bei der Krankenversorgung „jeder Patient sicher sein, dass sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nach allen Regeln ärztlicher Kunst gewahrt werde“ (unter Bezugnahme auf BVerfGE 57, 70, 99). In Anbetracht der Bedeutung der Schutzverbürgungen des Art. 2 II 1 GG erreiche die vom TPG ausgehende Beeinträchtigung der Therapiemöglichkeiten von Patienten, die auf Ersatzorgane, insbesondere eine Ersatzniere, angewiesen seien, Eingriffsqualität, vgl. BVerfG, Urt. v. 11. 8. 1999 –1 BvR 2181/98 –, Absatz-Nr. 63–67, <http://www.bverfg.de>.

69) Höfling (Fn. 12), S. 289; eine hinreichende sachlich-inhaltliche und personelle Legitimation der BÄK verneinend auch Täupitz, NJW 2003, 1145, 1149.

70) Differenzierung bei Höfling (Fn. 14), § 16, Rdnr. 20.

anerkennt⁷¹, kann sie legitimatorische Kraft nur aus dem Bezug auf die Aufgaben des jeweiligen Selbstverwaltungsorgans schöpfen⁷². Es besteht also ein Korrespondenzgebot, wonach die Entscheidungswirkung im Wesentlichen auf den Kreis der legitimationsstiftenden Mitglieder beschränkt bleiben muss⁷³. Nur wenn die Abgrenzung der legitimationsstiftenden Mitglieder mit der Aufgabe des Selbstverwaltungsverbandes korrespondiert, kommt eine Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt durch Selbstverwaltungsträger in Betracht, ohne dass Selbstverwaltung zu Fremdbestimmung denaturiert⁷⁴.

Görg Haverkate ist deshalb zuzustimmen, wenn er mit Blick auf § 16 I TPG festhält: „Solche Art von ‚Selbstverwaltung‘, wie sie hier der Gesetzgeber installiert hat, ist gerade keine eigenständige Regelung eigener Angelegenheiten durch die von der Regelung Betroffenen; sie ist in Wahrheit keine Selbstverwaltung, sondern Fremdverwaltung“⁷⁵. Damit aber verfehlt die Richtlinientätigkeit der BÄK zur Allokationsvermittlung die Anforderungen, die an eine demokratisch verantwortete Entscheidung zu stellen sind⁷⁶.

III. Rechtsstaatliche Aspekte

Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet die Konzeption des Transplantationsgesetzes auch im Blick auf die sog. Wesentlichkeitslehre, deren Substrat wie folgt zusammengefasst werden kann:

- jedenfalls Eingriffe dürfen nur durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen⁷⁷;
- die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen, Umstände und Folgen von Eingriffen müssen vom Gesetzgeber selbst getroffen werden und dürfen nicht an die Verwaltung delegiert werden⁷⁸;
- die Wesentlichkeit der Entscheidungen bemisst sich nach der Intensität, mit der die Grundrechte betroffen sind⁷⁹.

Je stärker mithin staatliches Handeln in Grundrechte eingreift oder für die Substanz grundrechtlicher Schutzgüter von Bedeutung ist, desto höher sind die Anforderungen an die Dichte der parlamentsgesetzlichen Vorgaben. Diese Orientierung an der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit erfährt eine besondere Aufladung, wenn – wie im Bereich der Transplantationsmedizin – über im eigentlichen Wortsinn die „Zuteilung von Lebenschancen“ zu entscheiden ist⁸⁰.

Auf dieser Linie hat das BVerfG in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe wegen der „für die Betroffenen schwerwiegenden Frage von existentieller Bedeutung“ gefordert, dass die Voraussetzungen und das bei der lebenslangen Freiheitsstrafe zu beobachtende Verfahren Gegenstand gesetzlicher Regelung sein müssen⁸¹. Vergleichbar gestalteten sich die Ausführungen des Gerichts zu den Auswahlentscheidungen beim sog. numerus-clausus. Da sich die Regelungen als „Zuteilung von Lebenschancen“ auswirken könnten, müssten die Auswahlkriterien, um rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen zu genügen, durch Gesetz festgelegt werden. Der Gesetzgeber müsse die grundlegenden Entscheidungen, die die Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis steuerten, mithin selbst verantworten⁸². Zugleich enthält die Entscheidung einen ersten Fingerzeig hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Maßstäbe solcher Auswahlentscheidungen. Zwar sei hier eine Ungleichbehandlung nicht zu vermeiden, doch unterlägen die staatlichen Auswahlentscheidungen über das Willkürverbot hinaus einem Gebot „steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken“ und müssten so beschaffen sein, dass grundsätzlich jedem Bewerber eine Zulassungschance erhalten bleibe⁸³.

Diese Vorgaben verfehlen die gesetzlichen Steuerungen des Transplantationsverfahrens in mehrfacher Weise. Die normative Vorsteuerung der hier im Blickfeld stehenden

Vorschrift des § 12 III TPG ist nicht nur gering, vielmehr verschleiern die gesetzlich genannten Kriterien den Charakter der Auswahlentscheidungen und stehen überdies in tendenziellem Widerspruch zueinander.

1. Das „Verwirrspiel“ zwischen Gerechtigkeits- und medizinischen Kriterien bei der Auswahlentscheidung

§ 12 III TPG spricht im Blick auf die zu treffende Vermittlungsentscheidung davon, durch die Richtlinien der BÄK sei der Stand der Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft festzustellen. Damit erweckt die gesetzliche Formulierung den Eindruck, als werde die Auswahlentscheidung nur aufgrund medizinischer Kriterien getroffen. Auf dieser Linie wird im Schrifttum bisweilen konstatiert, die Allokationskriterien seien allein medizinischer Natur, soziale oder finanzielle Interessen seien durch das geltende Recht ausgeschlossen⁸⁴. Für diese Sichtweise, die eine an objektiven Kriterien orientierte Auswahlentscheidung zu garantieren scheint, wird weiterhin angeführt, dass die Organvermittlung durch die Vermittlungsstelle unter Zuhilfenahme eines computergestützten Allokations-Algorithmus zu vollziehen sei, die eine „schnelle, sichere und gleichmäßige Anwendung der Organvermittlung nach den in den Richtlinien festgelegten Kriterien“ ermögliche⁸⁵. Dahinter steht der scheinbar „beruhigende“ Gedanke, dass eine als objektiv apostrophierte, an medizinischen Kriterien orientierte Auswahlentscheidung als allgemein akzeptabel anzusehen sein könnte.

Dass die Vermittlungsentscheidung eine gerade nicht nach medizinischen Kriterien zu beurteilende Frage darstellt, ergibt sich indes – ohne dass bereits an dieser Stelle auf Einzelheiten der Richtlinien eingegangen werden müsste – aus einer im Grunde simplen Überlegung: Es existieren schlechterdings keine medizinischen Gründe, eine Heilung oder Verlängerung des Lebens, die möglich ist, nicht

-
- 71) Vgl. etwa *Tettinger/Mann*, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000, S. 20 ff.; *Unruh*, *VerwArch* 92 (2001), 531, 536 ff.; s. a. BVerfGE 107, 59, 92: „Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander“.
- 72) *Oebbecke*, *VerwArch* 81 (1990), 349, 359 ff.; *Tettinger/Mann* (Fn. 71), S. 24.
- 73) *Schmidt=Aßmann* (Fn. 53), S. 76.
- 74) *Tettinger/Mann* (Fn. 71), S. 62; auf dieser Linie auch *Gutmann/Fateh=Moghadam*, *NJW* 2002, 3365, 3369.
- 75) *Haverkate*, Verantwortung für Gesundheit als Verfassungsproblem, in: *Häfner* (Hrsg.), *Gesundheit – unser höchstes Gut?*, 1999, S. 119, 126.
- 76) *Schmidt=Aßmann* (Fn. 53), S. 195, spricht davon, der Gesetzgeber habe zwei heterogene Legitimationskriterien, Sachverstand und Selbstverwaltung, in einer Weise verbunden, die dysfunktional wirke.
- 77) Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 34), Art. 20, Rdnr. 47; BVerwGE 72, 265, 266; zur Lehre vom sog. Totalvorbehalt s. etwa BVerwGE 45, 8, 11; *Stern* (Fn. 26), S. 808; *Jarass*, a. a. O., Art. 20, Rdnr. 49: Gesetz bei staatlichen Leistungen nicht zwingend notwendig; a. A. *Sommernann* (Fn. 35), Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 271; *Maurer* (Fn. 57), § 6, Rdnr. 14.
- 78) Vgl. etwa BVerfGE 33, 125, 158; 34, 52, 60; 34, 165, 192 f.; 45, 400, 417; 47, 46, 78 f.; 49, 89, 127; 83, 130, 142.
- 79) *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 18. Aufl. 2002, Rdnr. 266.
- 80) *Sachs* (Fn. 45), Art. 20, Rdnr. 117.
- 81) BVerfGE 45, 187, 246.
- 82) BVerfGE 33, 303, 345.
- 83) BVerfGE 33, 303, 345.
- 84) *Miserok* u. a. (Fn. 50), Einführung, Tz. 2.1.2.1; ähnlich problemausblendende Sicht bei *Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler* (Fn. 5), § 10, Rdnr. 9.
- 85) *Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler* (Fn. 5), § 12, Rdnr. 15.

zu versuchen⁸⁶. Überkommener medizinischer Rationalität und Ethik entsprechend, müsste die Zuteilungsentscheidung jedenfalls konsequent auf das persönliche Wohl des einzelnen Patienten bezogen interpretiert werden. Da aber eine Auswahlentscheidung zu treffen ist, orientieren sich die Handelnden im Transplantationssystem bezüglich des Erfolgs zumeist an den Funktions- und Überlebensraten transplanterter Organe bzw. Patienten⁸⁷. Anders gewendet: Während die gesetzliche Formulierung den Eindruck erweckt, die Auswahlentscheidungen seien aufgrund medizinischer Kriterien zu treffen, findet in Wahrheit ein Perspektivenwechsel zu überwiegend verborgenen, jedenfalls nicht gesetzlich fixierten, ethischen Auswahlkriterien statt.

Dies lässt sich bezüglich der konkreten Allokationskriterien der Richtlinien beispielhaft an dem die Vermittlung von Nieren betreffenden Regelwerk⁸⁸ aufzeigen, in dem in intransparenter Weise „verdeckte“ und „offene“ Gerechtigkeitskriterien mit medizinischen Aspekten vermischt werden.

a) „Verdeckte“ Gerechtigkeitsmaßstäbe

Zunächst zu den „verdeckten“ Gerechtigkeitsmaßstäben und hier zuerst zum Vermittlungskriterium der Blutgruppenkompatibilität.

(1) *Blutgruppenkompatibilität* Voraussetzung für die Nierentransplantation ist nach der einschlägigen Richtlinie die Blutgruppenkompatibilität zwischen Spender und Empfänger. Die singuläre Anwendung dieses medizinischen Kriteriums führte freilich angesichts der unterschiedlichen Blutgruppenverteilung zu ungleichen Zuteilungschancen. Nach Ziff. 1.1. der Richtlinie für die Organvermittlung zur Nierentransplantation erfolgt ein dort näher bezeichneter Ausgleich zwischen Spender- und Empfängerblutgruppen mit dem Ziel, „eine gleichmäßige Verteilung zu gewährleisten“⁸⁹. Schon damit wird ersichtlich ein Gerechtigkeitsmoment in Ansatz gebracht.

(2) *Der Grad der Übereinstimmung der HLA-Merkmale (40%)* Ausgehend von der Blutgruppenkompatibilität zwischen Transplantat und potentiellen Organempfängern (also nicht eines bestimmten Organempfängers) wird die Gewebeträgbarkeit sodann anhand der Übereinstimmung der Human-Leukozyten-Antigene (HLA) bestimmt⁹⁰. Damit ist der Blickwinkel organbezogen. Für ein bestimmtes Organ wird ein geeigneter Empfänger gesucht, nicht für den Empfänger ein geeignetes Organ. Bildlich gesprochen „wandert“ der Patient zum Organ, nicht das Organ zum Patient. Dieses auf den ersten Blick „härteste“ medizinische Kriterium führt bei konsequenter Berücksichtigung dazu, dass Patienten, die über seltene Gewebetypen verfügen (vergleichbares gilt hinsichtlich ethnischer Minderheiten), „bestraft“ werden, da bei ihnen die Erfolgswahrscheinlichkeit geringer ist.

(3) *Mismatch-Wahrscheinlichkeit (10% Gewichtung)* Um diesen Bestrafungseffekt zu vermeiden, wird in Ziff. 1.3 der Richtlinien die sog. Mismatch-Wahrscheinlichkeit in Ansatz gebracht⁹¹. Durch die Berücksichtigung dieses Kriteriums erhalten (nur) diejenigen Patienten einen gewissen Bonus, die eine schlechte Gewebeträgbarkeit aufweisen. Das erscheint sachgerecht aber nur – da die geringere Histokompatibilität ja die Erfolgsaussichten der Transplantation beeinträchtigt – aufgrund des Gedankens, die verminderten Zulassungschancen bei schlechtem HLA-Status auszugleichen. Das aber ist ersichtlich eine Gerechtigkeitsüberlegung.

(4) *Wartezeit (30% Gewichtung)* Insbesondere die Wartezeit⁹² stellt ein reines Gerechtigkeitskriterium dar. In seiner extremen Anwendung ist es mit den anderen medizinischen Kriterien sogar inkompatibel, sei es mit Gesichtspunkten des medizinischen Nutzens oder mit Blick auf die Dringlichkeit. Bei starrer Anwendung des Wartezeitkriteriums erhöht sich die Wartezeit für alle und damit die Wahrscheinlichkeit, die Therapie nicht mehr zu erleben. Mehrheitlich trifft dies dann eher Ältere als Jüngere. (Beispiel: Bei den die Herz-

transplantationen betreffenden Vermittlungsrichtlinien wird mangels Alternativtherapien die Wartezeit mit 80% gewichtet; hier versterben aber etwa 1/4 der Patienten auf der Warteliste).

(5) *Konservierungszeit (20% Gewichtung)* Die Konservierungszeit (sog. „kalte Ischämiezeit“) berücksichtigt den Zeitfaktor für den Transport des Organs vom Entnahmeort zum Ort der Transplantation⁹³. Die Berücksichtigung dieses Kriteriums führt in der Praxis dazu, dass regionale Aspekte Bedeutung erlangen, daneben kann mit ihnen auch ein gewisser Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Transplantationszentren (in Deutschland etwa 50) bewirkt werden.

b) Die „offenen“ Gerechtigkeitskriterien

(1) *Hochimmunisierte Patienten* Diese Patienten werden im Rahmen von Sonder-Allokations-Programmen (HIT-Programm, AM-Programm) wegen ihrer sonst viel schlechteren Chancen für ein Transplantat bevorzugt berücksichtigt⁹⁴. Dieses Kriterium folgt der Logik der Verteilungsgerechtigkeit.

(2) *Hohe Dringlichkeit (High Urgency – HU)* Patienten, bei denen ohne sofortige Transplantation akute Lebensgefahr besteht, werden als sog. HU-Patienten bevorzugt behandelt⁹⁵. Die Anwendung des HU-Kriteriums führt dazu, dass Patienten an der Warteliste vorbei transplantiert werden. Dahinter steht die Idee, dass nicht nur jedes Leben gleich viel wert sei, sondern auch der Grundsatz, dass die Rettung so vieler Leben wie möglich der Rettung möglichst vieler Lebensjahre gegenüber vorzugswürdig sei.

(3) *Nierentransplantation bei Kindern* Bei Kindern im Wachstumsalter soll nach den Richtlinien wegen zu befürchtender Störung der körperlichen und seelischen Entwicklung die Wartezeit so kurz wie möglich gehalten werden⁹⁶. Kinder sind deshalb bei der Organvermittlung zu bevorzugen.

Unter Beachtung eines strengen Effizienzgesichtspunktes kann dieses Kriterium nicht als medizinisches Kriterium gefasst werden.

(4) *Kombinierte Organtransplantationen* Hinsichtlich der sog. kombinierten Organtransplantationen heißt es in den Richt-

86) Schmidt, Politik der Organverteilung, 1996, S. 128 f.; Höfling (Fn. 14), § 12, Rdnr. 25; Gutmann/Land, Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Der Stand der Debatte, in: Schmidt/Albert (Hrsg.), Praxis der Nierentransplantation (IV), 1997, 92, 95 ff.

87) Schmidt (Fn. 86), S. 128 f.

88) Download sämtlicher Richtlinien der BÄK zu § 16 Abs. 1 TPG (also der Richtlinien für die Wartelisten zur Nieren- und zur [Nieren-]Pankrestransplantation, zur Lebertransplantation, zur Dünndarmtransplantation sowie der Richtlinien zur Organvermittlung bei Transplantationen der Nieren, Lebern, der thorakalen Spenderorgane [Herz sowie Herz-Lungen und Lungen], der Pankreas sowie des Dünndarms) unter <http://www.baek.de/30/Richtlinien/Richtidx/Organ/10OrgantransNeu/index.html>.

89) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.2., S. 26 (download s. Fn. 88).

90) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.1., S. 26 (download s. Fn. 88).

91) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.3., S. 26 (download s. Fn. 88).

92) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.4., S. 26 f. (download s. Fn. 88.)

93) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.5., S. 26 f. (download s. Fn. 88).

94) So ausdrücklich die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.6., S. 27 (download s. Fn. 88).

95) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.7., S. 27 (download s. Fn. 88).

96) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.8., S. 27 (download s. Fn. 88).

linien, dass diese eine Sonderstellung einnehmen. Wörtlich wird ausgeführt: „Unter Berücksichtigung von Indikation und Erfolgsaussicht erfolgt eine vorrangige Allokation der Niere für kombinierte Organtransplantationen“⁹⁷. Diese Bevorzugung kombinierter Organübertragungen mag neben Dringlichkeitsaspekten auch von der Überlegung bestimmt sein, dem Empfänger mehrere – zeitlich aufeinander folgende – Operationen zu ersparen. Auch diese Überlegung beruht jedenfalls nicht auf einer Gewichtung allein medizinischer Kriterien.

(5) *Die Regelung für die über 65-jährigen Patienten* Seit der Anfang 2003 erfolgten Neubekanntmachung weisen die Richtlinien weiter eine Sonderallokationsregelung für die über 65-jährigen Patienten auf⁹⁸. Als Begründung hierfür führen die Richtlinien an, dass sich bei Spendern und Empfängern, die über 65 Jahre alt sind, spezielle medizinische Bedingungen nachweisen ließen, die eine Nierentransplantation innerhalb dieser Altersgruppe nahe legten. Die Erfolgsaussicht solcher Nierentransplantationen sei in besonderem Maße davon abhängig, dass der Ischämieschaden bei Nieren von Spendern über 65 Jahre durch eine wesentliche Verkürzung der Konservierungszeit möglichst gering gehalten werde. Demgegenüber könne der an sich für die längerfristige Erfolgsaussicht relevanten Übereinstimmung der HLA-Merkmale von Spender und Empfänger aufgrund der absehbar kürzeren Lebenserwartung der Empfänger eine geringere Bedeutung beigemessen werden. Daher gelte im Rahmen der patientenbezogenen bundesweiten Allokation auf der Grundlage einer einheitlichen Warteliste für die Allokation von Nieren von Spendern über 65 Jahre an Patienten über 65 Jahre folgende Sonderregelung: Die Konservierungszeit der Nieren wird mit einem Punktteil von 70 %, die Wartezeit der Patienten mit einem Punktteil von 30 % gewichtet. Die Übereinstimmung der HLA-Merkmale zwischen Spender und Empfänger wird in diesem Fall nicht berücksichtigt. Um die Erfolgsaussicht der Nierentransplantation zu erhöhen und um die Verkürzung der Konservierungszeit organisatorisch zu gewährleisten, erfolge innerhalb der Organentnahmeregionen die Nutzung der Informations- und Organisationsstrukturen im jeweiligen Bereich der DSO-Organisationsschwerpunkte⁹⁹. Diese stellen jeweils eine Einheit mit der Gewähr kürzester Organisationszeiten dar. Die Konservierungszeit werde daher jeweils dem Bereich eines DSO-Organisationsschwerpunkts zugeordnet. Konkret bedeute dies, dass ein innerhalb des Bereichs eines DSO-Organisationsschwerpunkts entnommenes Organ eines Spenders über 65 Jahre von Eurotransplant zuerst demjenigen Patienten über 65 Jahre zuzuordnen ist, der auf den Wartelisten eines der Transplantationszentren im Bereich dieses DSO-Organisationsschwerpunkts steht und bei der Allokation die höchste Punktzahl erzielt. Findet sich innerhalb des Bereichs dieses DSO-Organisationsschwerpunkts kein geeigneter Empfänger, ist das Allokationsverfahren nach den Richtlinien auf alle Patienten über 65 Jahre auf den Wartelisten der Transplantationszentren in der betreffenden Organentnahmeregion auszudehnen. Findet sich auch hier kein geeigneter Empfänger, ist die Allokation nach den „allgemeinen“ Kriterien¹⁰⁰ durchzuführen.

c) Zwischenbewertung

Hält man sich die skizzierten Kriterien und die in ihnen zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsmaßstäbe vor Augen, lässt sich ein Vorwurf willkürlicher Organzuteilung nicht erheben. Daher richtet sich die Kritik zunächst weniger gegen die Prinzipien, denen die Auswahlentscheidungen folgen, als gegen den mit ihnen erhobenen Neutralitätsanspruch. Verfassungsrechtlich in besonderer Weise relevant ist aber die Tatsache, dass die in Wahrheit wertenden Auswahlkriterien nicht in dieser Weise – also ohne hinreichend dichte normative Vorsteuerung – auf private Institutionen

übertragen werden dürfen. Und schließlich: Wenn es zutrifft, dass neben medizinischen auch ethische, soziologische, psychologische und wohl auch religiöse Einstellungen die Auswahlentscheidungen beeinflussen, stellt sich die Frage, weswegen ausgerechnet die BÄK als berufsständische Interessenvertretung besonders qualifiziert sein sollte, derartige Auswahlentscheidungen zu treffen.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Konzeption des Transplantationsgesetzes werden weiter durch das Zusammentreffen im Grunde unvereinbarer Kriterien in § 12 III TPG erhöht.

2. Koinzidenz unvereinbarer Anforderungen – Die Vermittlungskriterien des § 12 III TPG

Die beiden Schlüsselbegriffe des Regelungskonzepts (also Erfolgsaussicht und Dringlichkeit) sind nämlich selbst weder eindeutig, noch geben sie dem Rechtsanwender summarisierbare Maßstäbe vor. Nicht nur, dass auch mit ihnen der Eindruck einer rein nach medizinischen Kriterien zu treffenden Entscheidung erweckt wird, beide fachlich nicht objektivierbaren Kriterien stehen zudem in einem tendenziellen Widerspruch. Der Erfolg einer Transplantation wird dabei als das Überleben des Empfängers, die längerfristig gesicherte Transplantatfunktion sowie die verbesserte Lebensqualität definiert¹⁰¹. Nur am Rande sei die Frage aufgeworfen, wer eigentlich nach welchen Kriterien mit welcher Bedeutung für die Zuteilungsentscheidung die Frage der „verbesserten Lebensqualität“ beurteilt. Vor allem über die Bezugnahme auf die längerfristig gesicherte Transplantatfunktion wird das Kriterium medizinischer Nützlichkeit so akzentuiert, dass der Einsatz der knappen Organe auf das Ziel gerichtet ist, die verfügbaren Ressourcen, gemessen an Dauer und Qualität des Therapieerfolges, effizient einzusetzen¹⁰².

Demgegenüber wird mit dem Kriterium der Dringlichkeit in erster Linie der Gesundheitszustand im Hinblick auf die Überlebenschance in Bezug genommen¹⁰³. Das Kriterium der Dringlichkeit offenbart damit freilich einen Zielkonflikt im o. a. Kalkül des medizinischen Nutzens: Die mit ihm intendierte Rettung möglichst vieler Leben gerät in Widerspruch zu dem Ziel, die verfügbaren Organe im oben verstandenen Sinne effizient – und das bedeutet eben bezogen auf die Dauer und Qualität des Therapieerfolges – einzusetzen¹⁰⁴. Bezieht man dies auf die konkreten Zuteilungsentscheidungen, wird deutlich, dass beide Kriterien in einem tendenziellen Widerspruch stehen. Derjenige

97) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.9., S. 27 (download s. Fn. 88).

98) Vgl. die Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, sub II. 1.11., S. 27 f. (download s. Fn. 88).

99) Bedenken, dass die Regelungen zu einer Sonderregelung für haus-eigene Entnahmen des Entnahmeteams führen könnten, suchen die Richtlinien mit dem Hinweis zu zerstreuen, dass die DSO-Organisationsschwerpunkte als Untereinheiten der DSO-Organentnahmeregionen, bestehend aus dem Bereich eines oder mehrerer Transplantationszentren, in denen gemeinsame, von den Zentren nach Dienstplan zusammengestellte chirurgische/urologische Teams Organe im Auftrag der DSO entnehmen, definiert seien.

100) Dazu oben, sub a).

101) Vgl. z. B. die Richtlinien für die Warteliste zur Nieren- und zur (Nieren-)Pankreas-Transplantation, sub I. 2., S. 6; vergleichbare Regelungen enthalten auch die anderen Richtlinien.

102) Feuerstein (Fn. 22), S. 245.

103) Gutmann/Fateh=Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 105, 106; bei Nieren wird im Schrifttum für eine Anreicherung des Dringlichkeitskriteriums plädiert, um die starken physischen und psychischen Belastungen der Dialyse einzufangen, vgl. dazu ebd., S. 241, 242.

104) Feuerstein (Fn. 22), S. 245.

Patient, bei dem eine akut bestehende Lebensgefahr eine sofortige Operation erfordert, wird aufgrund der zwischenzeitlich fortgeschrittenen Erkrankung in der Regel gegenüber einem frühzeitig transplantierten Patienten eine geringere Überlebenszeit realisieren können. Zugespielt lässt sich das Verhältnis beider Kriterien damit wie folgt beschreiben: je dringlicher die Transplantation, desto geringer die Erfolgsaussicht. Auf dieses Problem reagieren die Richtlinien, indem sie indizielle Kriterien in Prozentsätzen zueinander in Beziehung setzen, um ein ausgewogenes Verhältnis an Transplantationen bei weniger dringlichem Zustand von Patienten mit größerer Erfolgsaussicht einerseits und solchen Patienten mit schlechter Prognose und demzufolge hoher Dringlichkeit andererseits sicherzustellen¹⁰⁵.

Der tendenzielle Widerspruch der beiden Schlüsselbegriffe des § 12 III TPG wird weder im medizinischen noch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bestritten. Ganz offen wird etwa in der juristischen Kommentarliteratur konstatiert, dass zu den Vermittlungsregeln auch Kriterien gehörten, nach denen im Konfliktfall Dringlichkeit und Erfolgsaussicht gegeneinander abzuwägen seien¹⁰⁶. Und obwohl in der gleichen Kommentierung zuvor ausgeführt worden war, die Vermittlungsentscheidung sei nach medizinisch begründeten Regeln vorzunehmen, wird weiter ausgeführt, in „angemessener Gewichtung“ seien sodann weitere Umstände zu berücksichtigen¹⁰⁷. Zur Frage, welche Kriterien insoweit maßgeblich sein sollen, verschweigt sich nicht nur die angeführte Kommentarstelle, sondern eben auch das Transplantationsgesetz.

Nun dürfte für sich genommen die Verwendung tendenziell gegenläufiger Gesetzesbestimmungen keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein. Doch darf sich solchenfalls der Gesetzgeber nicht der Aufgabe entziehen, selbst die Maßstäbe zu benennen, anhand derer ein derartiger Widerspruch vom Rechtsanwender aufzulösen sei. Dies gilt vor allem, wenn – wie hier – Entscheidungen von existentieller Bedeutung zu verantworten sind. Andernfalls kann nicht von einer den Wesentlichkeitserfordernissen entsprechenden Steuerung des Auswahlverfahrens und der Auswahlentscheidung gesprochen werden¹⁰⁸. Dass der dabei der BÄK eröffnete Beurteilungsspielraum zu – vorsichtig formuliert – bedenklichen Konkretisierungen in den Richtlinien führen kann, sei abschließend an einem besonders problematischen Auswahlkriterium aufgezeigt.

3. Bedenkliche Umsetzung bedenklicher Vorgaben – Konkretisierungsbeispiel „compliance“

Es geht dabei um die Kontraindikation bei fehlender compliance¹⁰⁹. Nach den Richtlinien, die den Begriff der „compliance“ teils direkt unter der Überschrift „Psychosoziales“, teils auch nur indirekt ansprechen, bedeutet „compliance“ über die Zustimmung zur Transplantation hinaus die Bereitschaft und Fähigkeit des Patienten, an den vor und nach einer Transplantation erforderlichen Behandlungen und Untersuchungen mitzuwirken¹¹⁰. Sie stelle – so etwa die Richtlinie zur Warteliste für Nieren weiter – kein unveränderliches Persönlichkeitsmerkmal dar und könne aus verschiedenen Gründen im Lauf der Zeit schwanken. Nach dem Transplantationsgesetz sei die Erfolgsaussicht aber ein entscheidendes Kriterium der Organzuteilung (§ 12 III TPG). Daher müsse die compliance trotz der Schwierigkeiten ihrer Beurteilung bei der Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste berücksichtigt werden¹¹¹.

Dass mit der Berücksichtigung der so genannten compliance – vor allem soweit damit ein als (selbst)schädigend apostrophiertes Vorverhalten kombiniert wird¹¹² – subjektiven Wertungen Tür und Tor geöffnet wird, zeigen die erläuternden Ausführungen, die der Vorsitzende der Ständigen Kommission Organtransplantation der BÄK gemeinsam

mit einem Kommissionsmitglied im Deutschen Ärzteblatt zu diesen Kontraindikationen gegeben hat.

Danach sollte neben der Wertung einer HIV-Infektion als Kontraindikation mit der Aufnahme von „Nikotin-, Alkohol- oder sonstigem Drogen-Abusus“ als derzeitige Kontraindikationen die Verantwortung des potenziellen Organempfängers für einen möglichst langfristigen Transplantationserfolg verdeutlicht werden. Und wörtlich heißt es dann: „Diese vermeidbaren gesundheitlichen Risiken sollten daher vor Aufnahme auf die Warteliste abgestellt sein“¹¹³. Davon abgesehen, dass die Abgrenzung zwischen Konsum und Abusus in den einzelnen Wissenschaftszweigen nach unterschiedlichen Kriterien und auch im Ergebnis unterschiedlich vorgenommen wird, erscheint es sachgerechter, anstatt von „vermeidbaren Verantwortlichkeiten“ zu sprechen, sich den Krankheitswert der benannten Verhaltensweisen zu verdeutlichen¹¹⁴ und die Frage zu stellen, ob und warum bei den Allokationsentscheidungen diese Krankheiten diskriminierend in Ansatz gebracht werden dürfen.

Nach erheblicher Kritik korrigierte die BÄK die Richtlinien, so dass nunmehr eine HIV-Infektion nicht mehr automatisch zum Ausschluss von der Transplantation führen soll¹¹⁵. Und im Blick auf die Berücksichtigung des Alkoholkonsums fügte der Vorsitzende der Ständigen Kommission Organtransplantation bei der BÄK beruhigend hinzu: „Wer täglich ein Glas Wein trinkt, ist nicht gemeint“¹¹⁶.

Dass die Anwendung des compliance-Kriteriums gleichwohl zu außerhalb des Normzwecks der gesetzlichen Regelungen des Transplantationsgesetzes liegenden und verfassungsrechtlich höchst problematischen Differenzierungen führen kann, zeigt zudem der – auch in der Öffentlichkeit kontrovers diskutierte – Fall, bei dem die einer Patientin zuvor erteilte Transplantationszusage mit der Begründung

105) *Schreiber/Haverich*, DÄBl. 2000, A-385, 386; *Höfling* (Fn. 14), § 12, Rdnr. 28.

106) *Nickel/Schmidt=Preisigke/Sengler* (Fn. 5), § 12, Rdnr. 9.

107) Wie Fn. 106.

108) *Deutsch*, NJW 1998, 777, 780, spricht hier von ernsten verfassungsrechtlichen Bedenken und einer erstaunlichen Inanspruchnahme der „uralten“ Figur der Beilehung bis in die Aufstellung von Regeln hinein. Plastisch *Deutsch*: „Weg des Outsourcing“.

109) Allgemein zu diesem Kriterium *Conrads*, Rechtliche Grundsätze der Organallokation, 2000, S. 32 f.; *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2000, S. 116 ff.

110) Vgl. Richtlinien für die Warteliste zur Nieren- und zur (Nieren-) Pankreas-Transplantation, sub I. 2., S. 7 (download s. Fn. 88).

111) Wie Fn. 110.

112) Zutreffend gegen die Berücksichtigung des Kriteriums „selbstverschuldete Erkrankung“ auch *K. Schmidt*, Ethische Problemfelder der Organtransplantation, in: *Engels/Badura=Lotter/Schickanz* (Hrsg.), Neue Perspektiven der Transplantationsmedizin im interdisziplinären Dialog, 2000, S. 35, 46 f.; vgl. weiter *H. Lang* (Fn. 17), § 10, Rdnrn. 43 ff.; vgl. auch *Feuerstein*, in: *Höfling* (Hrsg.) (Fn. 14), Anhang 2 zu § 16, Rdnr. 6: „Verdacht einer medizinischen Maskierung soziale(r) Selektionsmechanismen“.

113) Vgl. *Schreiber/Haverich*, DÄBl. 2000, A-386.

114) Richtig deshalb die Richtlinien selbst, die „Nikotin-, Alkohol und sonstigen Drogenabusus“ unter der Überschrift „Begleiterkrankungen“ den Kontraindikationen zuordnen.

115) So heißt es nun in den einschlägigen Richtlinien: „Die Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste für eine Organtransplantation muss auch bei Patienten mit HIV nach Prüfung aller Einzelumstände erfolgen. Die Deutsche AIDS-Hilfe und die ausführenden Transplantationszentren sollen über die Organtransplantationen bei Menschen mit HIV jährlich einen Bericht vorlegen“, vgl. Richtlinien für die Warteliste zur Nieren- und zur (Nieren-)Pankreas-Transplantation, sub II. 2. (download s. Fn. 88). Zum Problem auch *Miserok et al.* (Fn. 50), § 10, Rdnr. 28; *H. Lang* (Fn. 17), § 10, Rdnr. 47.

116) Zitat bei *Richter*, DÄBl. 2001, A-285.

widerrufen wurde, sie sei nicht hinreichend der deutschen Sprache mächtig¹¹⁷.

IV. Fazit und Lösungsansätze

Was kann damit als Fazit der Beschäftigung mit den Regelungs- und Organisationsstrukturen des Transplantationsgesetzes festgehalten werden? Im dadurch verwirklichten Konzept regulierter Selbstregulierung dominiert hinsichtlich der zur Geltung zu bringenden Gemeinwohlbelange (also der Gesundheitsvorsorge einschließlich der Allokation knapper Ressourcen in der Transplantationsmedizin) nicht das Prinzip klarer Verantwortungsteilung, sondern dasjenige der Verantwortungsverflüchtigung.

Geschaffen wurde ein intransparentes Organisations- und Regelungssystem, bei dem in wahrhaft existentiellen Fragen die zentralen inhaltlichen Entscheidungen ohne hinreichend dichte normative Vorgaben einer Institution wie der BÄK übertragen wurden. Jene Verantwortungsverflüchtigung zeigt sich – das sei am Rande vermerkt – auch daran, dass für die bei den Allokationsentscheidungen rechtswidrig übergangenen Patienten kein verfassungsrechtlicher Anforderungen Rechnung tragender Rechtsschutz zur Verfügung steht¹¹⁸.

Damit bleibt festzuhalten: Die das gesamte Transplantationssystem zentral steuernde Richtlinientätigkeit der BÄK entbehrt hinreichender demokratischer Legitimation. Die im TPG enthaltenen normativen Vorgaben, die die maßgeblichen Kriterien der Allokationsentscheidungen abbilden sollen, erweisen sich als deutungs offene Maßstäbe, die dem Rechtsanwender mit der Wesentlichkeitslehre unvereinbare Konkretisierungsspielräume eröffnen. Hinzu treten erhebliche Vorbehalte, die gegenüber den konkreten Umsetzungen in den Richtlinien anzumelden sind und die hier am Beispiel der sog. compliance verdeutlicht werden sollten.

Doch soll die Beschäftigung mit dem sensiblen Thema der Organübertragung nicht derart resignativ enden. Deshalb seien in der gebotenen Kürze zwei Lösungsansätze vorgestellt.

Das Defizit der demokratischen Legitimation der BÄK dürfte relativ leicht zu beheben sein. Der Gesetzgeber könnte sich beispielsweise dazu entscheiden, die Vermittlungsentscheidung einer staatlichen Stelle zuzuweisen, ein Modell, das derzeit in der Schweiz diskutiert wird¹¹⁹. Denkbar und in legitimatorischer Perspektive ausreichend wäre es aber, die Richtlinientätigkeit dem Erfordernis einer vom zuständigen Ministerium zu erteilenden Genehmigung zu unterwerfen.

Sehr viel schwieriger gestaltet es sich, Auswege aus dem Dilemma der Verteilungsgerechtigkeit zu finden. Es wäre dem Gesetzgeber sicher dazu zu raten, bei einer Novelle des Gesetzes neben absoluten Diskriminierungsverboten i. S. des Art. 3 II und III GG auch Kriterien zu benennen, nach denen nicht oder nach denen differenziert werden sollte. Solche Kriterien dürften allerdings nicht dazu führen, dass die Lebenswertindifferenz des Lebens in Frage gestellt würde.

Die Abstraktheit der damit angeführten Maßstäbe verweist auf ein Grundproblem. Jenseits der genannten Vorgaben gilt es, sich der spezifischen Schwierigkeiten des Topos „Verteilungsgerechtigkeit“ zu besinnen: Die Suche nach objektiven, rationalen, transparenten, sozial nicht diskriminierenden und allgemein anerkannten Kriterien der Transplantationsgerechtigkeit führt zielsicher in ein unent-

wirrbare Dickicht von medizinischen Begründungen, versorgungsstrategischen Konzepten, ethischen Prinzipien und sozialphilosophischen Gerechtigkeitstheorien¹²⁰. Möglicherweise erweist es sich deshalb als hilfreich, den Blickwinkel auf den Organmangel zu richten. Zu Recht hat nämlich das sozialwissenschaftliche Schrifttum angesichts der durch das Transplantationsgesetz erzwungenen Angewiesenheit auf freiwillige altruistische Organspenden auf den engen Konnex von damit vorausgesetzter anspruchsvoller Moralität und deren Sicherstellung im Verfahren der Organallokation hingewiesen. Jene Moralität dürfe nicht ungestraft im Verteilungsverfahren hintergangen werden¹²¹. Anders gewendet: Beschaffungs- und Verteilungskriterien sind aufeinander bezogen.

Nimmt man diesen Gedanken auf, scheinen Ansätze viel versprechend, die Beschaffungs- und Verteilungskriterien zueinander in Beziehung setzen, wie dies etwa bei den derzeit in der Schweiz diskutierten Gegenseitigkeitsmodellen geschieht. Danach soll bei einer Allokationsentscheidung auch Berücksichtigung finden, ob ein Patient selbst spendebereit war oder ist¹²². Ein solches Modell verhinderte jedenfalls die Spendebereitschaft unterminierende Abschreckungsfälle wie jenen, bei dem ein gesunder Mann seiner schwangeren Schwester eine Niere spendete und später krankheitsbedingt eine Niere verlor¹²³. Seine frühere altruistische Spende hatte und hat nach der vom Transplantationsgesetz geschaffenen Rechtslage keine Auswirkung auf seine Aussichten, ein Organ zu erhalten. Der Patient verstarb auf der Warteliste.

117) Darstellung bei *Klinkhammer*, DÄBl. 2000, A-2744; andere Bewertung des Geschehens in der FAZ Nr. 157 v. 10. 7. 2001, S. 4, wo von einer „schlecht kommunizierten medizinischen Entscheidung“ gesprochen wird.

118) Dazu *Baltzer*, SGB 1998, 437 ff.; *H. Lang* (Fn. 8), S. 21; *Schmidt=Aßmann*, Rechtsschutzfragen des Transplantationsgesetzes, in: *Huff/Schunder* (Hrsg.), Sonderheft für Hermann Weber zum 65. Geburtstag, 2001, S. 59 ff.

119) Geplant ist eine sog. „Nationale Zuteilungsstelle“; der einschlägige Regelungsentwurf findet sich in den Artt. 23 Abs. 1 und 18 Abs. 2 lit. b des Gesetzesentwurfs.

120) *Feuerstein* (Fn. 22), S. 234.

121) *Feuerstein* (Fn. 22), S. 233.

122) Derartige Modelle stellen dem durch das TPG installierten Trennprinzip, bei dem die eigene Spende(bereitschaft) sich nicht auf die Chance der Zuteilung eines Organs auswirkt, ein als Vorsorgeprinzip bezeichnetes Modell auf Gegenseitigkeit entgegen, das eine reziproke Verbindung zwischen der eigenen Spendebereitschaft (gleichsam der Beschaffungsebene) und der auf der zweiten Ebene zu treffenden Allokationsentscheidung herstellt; solche Reziprozitätsansätze werden im Schrifttum bisweilen sogar als verfassungsrechtlich gefordert dargestellt, s. etwa aus der schweizerischen Diskussion *Blankart/Kirchner/Thiel*, Transplantationsgesetz. Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht, 2002, S. 34 ff. und passim; sowie *Blankart*, Wie soll über menschliche Organe entschieden werden?, in: *Barrens/Pickhardt* (Hrsg.), FS f. Roloff, 2002, S. 149 ff.; ablehnende Stellungnahme demgegenüber durch *Sitter=Liver*, Gerechte Organallokation – Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der Transplantationsmedizin, 2003, S. 58 ff.

123) Der Fall wurde mitgeteilt bei *Nagel*, EthikMed 2000, 227; vgl. zur medialen Bewertung dieser überaus tragischen Fallkonstellation *Nordwest Zeitung Oldenburg* v. 15. 5., 17. 5., 18. 5., 21. 5. 1996, 26. 3., 29. 3. und 14. 10. 1997.