



Deutsche Stiftung Patientenschutz
für Schwerstkranke, Pflegebedürftige und Sterbende

Deutscher Bundestag
- Gesundheitsausschuss -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

<p>Deutscher Bundestag Ausschuss f. Gesundheit</p> <p>Ausschussdrucksache 17(14)0450(3) gel. ESV zur öAnhörung am 24.06. 13_Organspende 21.06.2013</p>

**Stellungnahme Deutschen Stiftung Patientenschutz
zu dem Antrag der Fraktionen vom 07.06.2013
„System der Organtransplantation in Deutschland nachhaltig stärken:
Konsequenzen aus den Manipulationen an Patientendaten
in deutschen Transplantationskliniken“
anlässlich der Anhörung im Gesundheitsausschuss des Bundestages
am 24. Juni 2013**



Inhaltsübersicht

Einführung	3
I. Konstruktionsdefizite des TPG	3
1. Intransparenz von Wartelistenentscheidungen für die Betroffenen	3
2. Fehlen einer klarstellenden Regelung des Rechtsschutzes	4
3. Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer	5
a.) Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz	5
b.) Verstoß gegen Legitimationsgrundsatz	6
4. Einbindung privater Akteure ohne ausreichende gebotene Kontrolle	6
a.) Übertragung der Organvermittlung und Koordinierung	6
b.) staatliche Aufsicht	6
c.) Kontrolle durch Überwachungs- und Prüfkommision.....	7
5. Ergebnis	9
II. Umsetzungsdefizite und Fehlanreize	9
1. Umsetzungsdefizite	9
a.) Bundesärztekammer	9
aa.) Regeln zur Aufnahme in die Warteliste	9
bb.) Abweichen aufgrund medizinischer Forschung	10
cc.) Beschränkung auf Dringlichkeit bei der Leberallokation.....	11
dd.) Beschleunigtes Verfahren	11
b.) Eurotransplant	12
c.) Transplantationszentren.....	12
2. Fehlanreize	13
a.) Anzahl Transplantationszentren.....	13
b.) Finanzierung nach Anzahl der vermittelten Organe	13
3. Ergebnis	13
III. Keine Behebung der Fehler und Fehlanreize durch den Entwurf	14
IV. Forderung: Der Staat muss seiner gesetzgeberischen Verantwortung	
gerecht werden.....	15



Einführung

Es ist erst knapp ein Jahr her, dass das Transplantationsgesetz (TPG) geändert wurde. Dabei blieb das 1997 geschaffene System im Grundsatz unangetastet. Der Gesetzgeber beließ die Beantwortung der entscheidenden Fragen über Leben und Tod weiter bei privaten Akteuren. Nur kurze Zeit nach Verabschiedung des Änderungsgesetzes wurden Manipulationen von Patientendaten, die zu einer bevorzugten Organvergabe an diese Patienten führten, bekannt. Angesichts der Anzahl und des Ausmaßes der Verdachtsfälle kann auch nicht mehr von Einzelfällen gesprochen werden. Die Akteure des Transplantationssystems haben sich daraufhin im Sommer 2012 auf einen Maßnahmenkatalog geeinigt. Aber auf die, nicht erst seit dem Bekanntwerden der Vorwürfe, einbrechenden Spenderzahlen, hatte das keinen Einfluss. Um das System der Organtransplantation in Deutschland nachhaltig zu stärken, legen die Fraktionen jetzt in einem gemeinsamen Antrag einen weiteren Maßnahmenkatalog vor. Doch eine durchgreifende Reform, die dem Gesetzgeber auferlegt, sich seiner Verantwortung zu stellen, steht weiterhin aus.

I. Konstruktionsdefizite des TPG

1. Intransparenz von Wartelistenentscheidungen für die Betroffenen

Ein Konstruktionsdefizit, das die Patienten auf der Warteliste unmittelbar betrifft, ist die Intransparenz der Entscheidungen der Transplantationszentren im Zusammenhang mit der Warteliste. Alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Warteliste trifft nach I. 5. der Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation der Bundesärztekammer¹ die Transplantationskonferenz. Neben zwei Vertretern der „beteiligten operativen und konservativen Disziplinen“ muss eine „medizinische Disziplin vertreten sein, die nicht unmittelbar in das Transplantationsgeschehen eingebunden ist“ (sogenanntes 6-Augen-Prinzip). Die Entscheidung muss nach der Richtlinie unterzeichnet und an die Vermittlungsstelle übermittelt werden. In § 10 Abs. 2 Nr. 1 TPG ist vorgeschrieben, dass das Transplantationszentrum den behandelnden Arzt über Aufnahme in die und Herausnahme von der Warteliste unterrichten muss. Darüber aber, wie die Entscheidung dem Patienten mitgeteilt werden soll, sagen weder das TPG noch die Richtlinie etwas aus.

Aus I. 9. der Richtlinie folgt lediglich eine Informationspflicht des Transplantationszentrums bezüglich des Status nicht-transplantabel/transplantabel. Das beinhaltet nicht die Mitteilung über die Position auf der Warteliste und erstreckt sich nicht auf die Entscheidungsgründe für eine Herausnahme aus der Warteliste oder gar Rangveränderungen. Es ist offensichtlich notwendig, dass den Betroffenen für eine effektive Prüfung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten, jede die Warteliste betreffende Entscheidung der Transplantationskonferenz einschließlich einer entsprechenden Begründung mitzuteilen ist.

¹ <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/RiliOrgaLeber20130308.pdf> (Abrufdatum 13.06.2013). In den Richtlinien für die übrigen Organe gilt dieselbe Regelung.



Die genannten Regelungen bezüglich der Transplantationskonferenz sind erst seit dem 09.12.2012 in Kraft². Das 6-Augen-Prinzip wurde als Konsequenz aus den Manipulationsverdachtsfällen geschaffen. Doch es ist realitätsfern zu glauben, dass die Entscheidungen vorher von einer einzigen Person getroffen worden sind. So bezeichnete etwa Dr. med. Lippert, Leiter des Transplantationszentrums Magdeburg und als Vertreter der Bundesärztekammer Mitglied der Überwachungskommission³, die Neuregelung als eine an seinem Klinikum bereits seit Jahren gängige Praxis⁴.

Welche Probleme sich aus der Intransparenz der Wartelistenentscheidungen für die Betroffenen ergeben, verdeutlicht insbesondere ein Fall aus der Praxis der Deutschen Stiftung Patientenschutz, über den die Frankfurter Allgemeine Zeitung Anfang Juni 2013 ausführlich berichtet hat⁵. Die Deutsche Stiftung Patientenschutz hat beim Verwaltungsgericht München als Prozessbevollmächtigte für eine Patientin Klage eingelegt. Begehren der Klage ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Herausnahme aus der Warteliste. Die Patientin war aufgrund eines angeblichen Fehlverhaltens ihres Ehemannes von der Warteliste eines Münchener Transplantationszentrums gestrichen worden. Die Herausnahme wurde nicht einmal ihr selbst, sondern ihrem Ehemann mitgeteilt. Darüber hinaus wurde sie auch nicht über die genauen Gründe und darüber, wie die Entscheidung zustande kam, in Kenntnis gesetzt. Die schwerkranke Patientin war sich nicht sicher, welche Rechte ihr zustehen und wandte sich an die Deutsche Stiftung Patientenschutz. Erkennbar wird durch diesen Fall Folgendes: Die Intransparenz der Entscheidungen der Transplantationszentren erschweren die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen.

Erkennbar ist schon an dieser Stelle, dass es im Transplantationssystem keineswegs ausschließlich um medizinische Fragen geht.

2. Fehlen einer klarstellenden Regelung des Rechtsschutzes

Es ist bisher eine Frage des Einzelfalls, ob die Rechtsbeziehung zwischen Patient und Transplantationszentrum als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich beurteilt werden kann.⁶ Da davon aber die Frage abhängt, welcher Rechtsweg zu beschreiten ist, muss der Gesetzgeber entscheiden, welcher Gerichtsbarkeit transplantationsrechtliche Streitigkeiten zugewiesen werden sollen. Angesichts dessen, dass die zu den Universitäten gehörenden Transplantationszentren in der Regel öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, bietet sich die Zuweisung zum Verwaltungsrechtsweg an.

² Ärzteblatt 2012, 109, 09.11.2012

³ <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.71.9972.11001.11013>, (Abrufdatum 10.06.20113)

⁴ Pressemitteilung Universitätsklinikum Magdeburg vom 13.03.2013,

<http://www.med.uni-magdeburg.de/Pressestelle/Pressemitteilungen/Mitteilungen+2013.html> (Abrufdatum 12.06.2013)

⁵ FAZ vom 02.06.2013, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/transplantationsmedizin-organversagen-12205234.html> (Abrufdatum 11.06.2013)

⁶ Lang, in Höfling, TPG, 2. Auflage, Einführung Rn 11 ff



3. Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer

Das deutsche Transplantationsrecht fußt auf der Grundentscheidung, dass die Organentnahme nur zulässig ist, wenn der Tod des Spenders gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG nach Regeln festgestellt wurde, „die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen“. Solche Regeln gelten auch für die Entscheidung über die Aufnahme auf die Warteliste gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG und nach § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG für die Vermittlung der Organe. Das TPG ermächtigt in § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 und 5 die Bundesärztekammer, für diese Regeln den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen. Die Bundesärztekammer ist ein privatrechtlicher, nicht-rechtsfähiger Verein in Gestalt einer Arbeitsgemeinschaft, gebildet aus den Landesärztekammern.⁷ Mit der Zuweisung der Richtlinienkompetenz an die Bundesärztekammer, hat sich der Gesetzgeber der Rechtsfigur der Beleihung bedient.⁸

a.) Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen selbst treffen, wobei die Frage der Wesentlichkeit⁹ von den betroffenen Grundrechten abhängt. Bei der Hirntodfeststellung, der Entscheidung über die Aufnahme auf die Warteliste sowie der Vermittlungsentscheidung geht es um Entscheidungen über Leben und Tod. In jedem Fall betroffen sind die Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Mit den Rechtsgütern Würde und Leben sind die höchsten Rechtsgüter betroffen. Entscheidungen hierüber darf der Gesetzgeber deshalb nicht delegieren. Die im TPG manifestierte Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer verstößt somit gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz.

Die Undelegierbarkeit staatlicher Verantwortung für hochrangige Rechtsgüter wird besonders deutlich bei Würdigung der Numerus-Clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰. Dabei ging es um das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Gleichheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht stellte bereits 1972 fest, der Gesetzgeber müsse im Hinblick auf die Bedeutung, die die Numerus-Clausus-Regelung für den Lebensweg der Betroffenen hat, Auswahlkriterien und Rang selbst festlegen. Er könne zwar seine Rechtsetzungskompetenz übertragen, müsse aber grundsätzliche Entscheidungen selbst treffen.¹¹ Darauf, dass das, was für die Studienplatzvergabe gilt, erst recht für das Transplantationssystem gelten muss, wurde zu Recht schon 1996 im Rahmen einer Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss hingewiesen.¹²

⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 der Satzung der Bundesärztekammer

⁸ Vgl. Höfling, in Höfling, TPG, 2. Auflage, § 16 Rn 13

⁹ BVerfG, 08.08.1978, 2 BvL 8/77, Rn 19

¹⁰ BVerfG, 18.07.1972, 1 BvL 32/70

¹¹ BVerfG, 18.07.1972, 1 BvL 32/70, Rn 85

¹² Höfling, Schriftliche Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages zu den Anhörungen vom 25.09. und 09.10.1996, Ausschuss-DRS 599/13



b.) Verstoß gegen Legitimationsgrundsatz

Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geht die Staatsgewalt vom Volk aus. Weil das Volk nur die Parlamentsmitglieder als seine Vertreter wählen kann, muss jedes staatliche Handeln nach dem Grundsatz der demokratischen Legitimation darauf rückführbar sein. Die Legitimation muss sich deshalb personell sowie sachlich-inhaltlich aus einem Parlamentsgesetz ergeben, damit diese Anforderungen gewahrt bleiben.

Zwar legt § 16 Abs. 2 TPG fest, wer bei der Erarbeitung der Richtlinien beteiligt sein soll: Sachverständige der Kommission Organtransplantation. Es lässt aber das interne Verfahren der Kommission ebenso wie das Berufungsverfahren ihrer Mitglieder offen, so dass eine Rückführung auf den Willen des Volkes nicht mehr möglich erscheint. Daher bestehen grundsätzlich Zweifel, ob die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die personelle demokratische Legitimation erfüllt sind.¹³

Darüber hinaus bestehen Bedenken gegen die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation. Das TPG stellt zu wenig Vorgaben für die Richtlinien auf und lässt der Bundesärztekammer damit einen zu weiten Spielraum, den diese auch nutzt, um die Vorgaben des TPG auszuweiten oder gar davon abzuweichen (Beispiel: Compliance)¹⁴.

4. Einbindung privater Akteure ohne ausreichende gebotene Kontrolle

a.) Übertragung der Organvermittlung und Koordinierung

Nicht nur die Festlegung wichtiger Regeln ist im deutschen Transplantationssystem einem privaten Akteur, der Bundesärztekammer, überlassen. Die Koordinierung obliegt nach § 11 Abs. 1 Satz 2 TPG der Koordinierungsstelle, die Vermittlung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 TPG der Vermittlungsstelle. Die weiteren Einzelheiten regeln der Koordinierungsstellenvertrag und der Vermittlungsstellenvertrag, mit denen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Bundesärztekammer sowie die Deutsche Krankenhausgesellschaft die Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO) als Koordinierungsstelle und Eurotransplant als Vermittlungsstelle beauftragen. Die DSO ist eine deutsche, gemeinnützige, privatrechtliche Stiftung. Eurotransplant ist eine privatrechtliche, niederländische Stiftung.

b.) staatliche Aufsicht

Die DSO mit Sitz in Frankfurt untersteht allein der staatlichen Stiftungsaufsicht des Landes Hessen und beschränkt sich auf die Rechtsaufsicht. Damit kann nur die Rechtmäßigkeit des Handelns der Stiftung geprüft werden, nicht jedoch, wie bei der Fachaufsicht, die Zweckmäßigkeit.

¹³ Höfling, in Höfling, TPG, 2. Auflage, § 16 Rn 21

¹⁴ Höfling, in Höfling, TPG, 2. Auflage, § 16 Rn 19



Für die Übertragung der Vermittlungsentscheidung auf Eurotransplant fehlt es schon an einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Basis¹⁵. Im Übrigen ist Eurotransplant als niederländische Stiftung jeder deutschen Aufsicht entzogen.

c.) Kontrolle durch Überwachungs- und Prüfkommision

Gemäß § 11 Abs. 3 Satz 3 TPG ist es Aufgabe der Vertragspartner der Koordinierungsstelle, die Einhaltung der Vertragsbestimmungen selbst zu überwachen. Dafür ist eine Kommission zu bilden, die sich aus mindestens je einem Vertreter der Vertragspartner sowie zwei Vertretern der Länder zusammensetzt (Überwachungskommision).

Ebenso haben die Vertragspartner nach § 12 Abs. 5 Satz 3 TPG die Einhaltung der Vertragsbestimmungen des Vermittlungsstellenvertrages zu überwachen. Die Zusammensetzung dieser Überwachungskommision entspricht gemäß § 12 Abs. Satz 4 TPG der der Koordinierungsstelle.

Aus den Berichten der Überwachungskommision¹⁶ für den Berichtszeitraum 01.07.2010 bis 31.12.2011 geht hervor, dass die überwiegend privaten Vertragspartner jeweils drei Vertreter¹⁷ entsandt haben. Damit stehen dort neun Vertretern der Vertragspartner lediglich zwei Vertreter der Länder gegenüber. Eine ausgewogene und unabhängige Kontrolle scheint so unmöglich.

Darüber hinaus muss in dem Vermittlungsstellenvertrag nach § 12 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 TPG die regelmäßige Überprüfung von Vermittlungsentscheidungen geregelt werden. Der Vertrag sieht in § 10 Abs. 1 vor, dass die Vertragspartner dafür eine Prüfungskommission bestimmen. Die Besetzung entspricht der der Überwachungskommision.

Die in die Überwachungs- und Prüfungskommission entsandten Vertreter der Vertragspartner sind noch in weiterer Weise mit dem Transplantationssystem verbunden. So ist etwa Prof. Dr. jur. Thorsten Verrel¹⁸, Vertreter der Bundesärztekammer, als Mitglied der Ständigen Kommission Organtransplantation an der Schaffung der Richtlinien beteiligt, deren Einhaltung er als Mitglied der Prüfungskommission untersucht. Dr. med. Lippert, Chirurg und ein weiterer Vertreter der Bundesärztekammer¹⁹, überwacht als Mitglied der Überwachungs- und Prüfungskommission u.a. das Magdeburger Transplantationszentrum, dessen Leiter er ist²⁰.

¹⁵ Höfling, in Höfling, TPG, 2. Auflage, § 12 Rn 18

¹⁶ Abrufbar auf der Homepage der Bundesärztekammer, <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.71.9972.10676.10744> (Abrufdatum 10.06.2013)

¹⁷ Jeweils Vertreter von der Gesetzlichen Krankenversicherung, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Bundesärztekammer

¹⁸ <http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=5754> (Abrufdatum 10.06.2013)

¹⁹ <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.71.9972.11001.11013>, (Abrufdatum 10.06.2013)

²⁰ http://www.d-t-g-online.de/weitere_informationen/transplantationszentren/transplantationszentren.html (Abrufdatum 10.06.2013)



Die Koordinierungsstelle, die Vermittlungsstelle, die Transplantationszentren und die Entnahmekrankenhäuser werden durch §§ 11 Abs. 3 Satz 5, 12 Abs. 5 Satz 5 TPG verpflichtet, der Überwachungskommission Unterlagen zur Verfügung zu stellen und Auskünfte zu erteilen. Verstöße gegen das TPG oder gegen - auf dem TPG beruhende - Rechtsverordnungen, müssen sie den zuständigen Behörden der Länder nach §§ 11 Abs. 3 Satz 6, 12 Abs. 5 Satz 6 TPG weiterleiten. Der Bund bleibt damit bei der Überwachung außen vor. Nicht geregelt ist auch, welche Maßnahmen die Länder dann ergreifen können, müssen oder sollten. Außerdem ist die Pflicht, Verstöße zu melden, lückenhaft manifestiert: Nur Verstöße gegen das TPG oder gegen - aufgrund des TPG erlassene - Rechtsverordnungen müssen gemeldet werden. So gibt es keine Meldepflicht für Verstöße gegen die Richtlinien der Bundesärztekammer. Das ist insofern problematisch, als dass diese Richtlinien, wie noch gezeigt werden wird, über die Vorgaben des TPG hinausgehen. Sie können auch nicht unter eine „aufgrund des TPG erlassene Rechtsverordnung“ subsumiert werden. Rechtsverordnungen dürfen nur von der Bundesregierung, Bundesministerien oder Landesregierungen erlassen werden (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG).

Die Überprüfung der einzelnen Vermittlungsentscheidungen ist im TPG gar nicht geregelt. Dies wird durch § 12 Abs. 4 Satz 2 TPG vollständig den Vertragspartnern des Vermittlungsstellenvertrages überlassen. Dieser Vertrag verpflichtet in § 10 Abs. 4 die Prüfungskommission, die Prüfungsergebnisse den Vertragspartnern mitzuteilen. Unter „Sanktionen“ regelt der Vertrag in § 15 Satz 1, dass die Prüfungskommissionen „ggf. die zuständige Bußgeldbehörde“ unterrichtet. Damit bleibt die Überprüfung von einzelnen Vermittlungsentscheidungen, bei der es schließlich um die Frage von Leben und Tod geht, gänzlich der deutschen staatlichen Aufsicht entzogen.

Die Wirksamkeit der Arbeit der Prüf- und Überwachungskommissionen ist nicht nur deshalb fraglich. Bisher wurden nur ein bis fünf Prozent aller Vermittlungsentscheidungen durch die Prüfungskommission überprüft²¹. Nach dem interfraktionellen Entwurf sollen die Prüfungen künftig auch nichtanlassbezogen, regelmäßig und mindestens einmal in drei Jahren unangekündigt durchgeführt werden. Bis jetzt sind lediglich alle Lebertransplantationszentren geprüft worden. Die Prüfung kann aus den genannten Gründen weder unabhängig erfolgen noch kann sie effizient sein. Jede Vermittlungsentscheidung müsste von der Prüfungskommission überprüft werden. Im Jahr 2012 wurden 3511 postmortal gespendete Organe transplantiert. Davon 919 Lebern. Wie will eine Kommission, die im wesentlichen aus Vertretern besetzt ist, die noch Mitglieder in anderen Kommissionen sind und darüber hinaus einer hauptberuflichen Tätigkeit nachgehen, gewährleisten, 2592 Vermittlungsentscheidungen in der gebotenen Genauigkeit zu überprüfen?

Zudem war in Göttingen nicht die Arbeit der Kommissionen ausschlaggebend für das Aufdecken der Manipulationsvorwürfe, sondern ein anonymes Hinweis²².

²¹ Bericht zur Situation der Transplantationsmedizin in Deutschland zehn Jahre nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes, 2009, BTDRS 16/13740

²² FAZ 04.08.2012, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/organspende-skandal-der-teppichhaendler-11843908.html> (Abrufdatum 12.06.2013)



5. Ergebnis

Als Resultat bleibt festzuhalten, dass das Transplantationsgesetz einen grundlegenden Konstruktionsfehler hat: Der Staat delegiert seine Verantwortung in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise an private Akteure, ohne den Rechtsschutz der Betroffenen zu regeln. Die privaten Akteure schaffen ein schwer durchschaubares System, in welchem sie selbst die Regeln aufstellen, ausführen und überwachen. Auch bei der notwendigen Aufsicht gibt der Staat weitestgehend seine Verantwortung ab. Die Prüfungs- und die Überwachungskommission mit zwei Vertretern der Länder zu besetzen, ändert daran nichts.

II. Umsetzungsdefizite und Fehlanreize

Wie gezeigt, ist schon das Konstrukt des TPG verfehlt. Darüber hinaus wird das fehlerhafte Konstrukt auch noch mangelhaft umgesetzt und bietet Fehlanreize.

1. Umsetzungsdefizite

Zu den Konstruktionsfehlern des TPG kommen Umsetzungsdefizite in der Praxis.

a.) Bundesärztekammer

Die Bundesärztekammer weicht in ihren Richtlinien gemäß § 16 TPG immer wieder von den Vorgaben des TPG ab.

aa.) Regeln zur Aufnahme in die Warteliste

Etwa bei den Regeln zur Aufnahme in die Warteliste. Nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG sind die Transplantationszentren verpflichtet, „über die Aufnahme in die Warteliste nach Regeln zu entscheiden, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgssaussicht der Organübertragung.“ Laut der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 23.06.1997²³ stellt diese Vorschrift im Hinblick auf die Bedeutung der Aufnahme in die Warteliste klar, dass die Aufnahmeentscheidung nach medizinisch begründeten Regeln vorzunehmen ist. Die Regelung schließe aus, die Aufnahmeentscheidung von nichtmedizinischen Kriterien, wie finanziellen oder sozialen Aspekten, abhängig zu machen.

Im Widerspruch dazu steht beispielsweise das Compliance-Kriterium der Bundesärztekammer. Nach I. 4. der Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation²⁴ kann der Grund für eine Kontraindikation einer

²³ BTDRS 13/8017

²⁴ <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/RiliOrgaLeber20130308.pdf> (Abrufdatum 11.06.2013)



Organtransplantation auch „die unzureichende oder sogar fehlende Mitarbeit des Patienten“ sein. Das gilt auch bei den Richtlinien bezüglich der übrigen Organe. Genauer definiert wird Compliance als „die Bereitschaft und Fähigkeit, an den erforderlichen Vor- und Nachuntersuchungen und -behandlungen mitzuwirken.“ Anhaltend fehlende Compliance schließt die Transplantation aus.

Nach I. 4 kann das Fehlen der Compliance auch auf sprachlichen Schwierigkeiten beruhen. Dies stellt einen Widerspruch zur o.g. Auffassung des Gesundheitsausschusses, die Aufnahme dürfe nicht von sozialen Aspekten abhängig gemacht werden, dar. Unter die sozialen Aspekte dürften auch Punkte wie Herkunft, Sprache und Kultur fallen. In der Praxis verwenden die Transplantationszentren dieses Merkmal auch, um die Aufnahme auf die Warteliste abzulehnen. Ein solcher Fall ist zurzeit Gegenstand eines zivilgerichtlichen Verfahrens, in welchem der Kläger Schmerzensgeld wegen der Nichtaufnahme begehrt. Dem Kläger war zunächst die Prozesskostenhilfe vom LG Bielefeld²⁵ verweigert worden. Das OLG Hamm wies die Beschwerde dagegen zurück²⁶. Diese Entscheidung hob das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 28.01.2013, 1 BvR 274/12, auf und verwies die Sache an das OLG Hamm zurück. In der Begründung dazu stellte es fest, dass die Ausgangsgerichte im Prozesskostenverfahren „schwierige und bislang ungeklärte“ Fragen im Zusammenhang mit dem Compliance-Kriterium und der Aufnahmeentscheidung beantwortet haben.

Das unbestimmte Kriterium der Compliance gibt den Transplantationszentren Entscheidungs- und Ermessensspielräume, die ihnen aufgrund der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter nicht zukommen darf. Der Gesetzgeber darf die Entscheidung, ob ein Patient an der Verteilung von Lebenschancen teilhaben kann, nicht der Bundesärztekammer übertragen und diese darf sie nicht an die Transplantationszentren weitergeben. Selbst wenn man dies als rechtmäßig ansehen würde, eröffnet das Merkmal der Compliance einen zu weiten Spielraum für Interpretationen. Entsprechend dem Bestimmtheitsgebot muss eine Norm nach laufender Rechtsprechung²⁷ des Bundesverfassungsgerichts so klar und eindeutig formuliert sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen kann.

bb.) Abweichen aufgrund medizinischer Forschung

Darüber hinaus wird in I. 10. der Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation²⁴ (und auch in den Richtlinien für die übrigen Organe) bestimmt, dass „zur Überprüfung bisheriger und Gewinnung neuer Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft... nach vorheriger Unterrichtung der Vermittlungsstelle und der Bundesärztekammer im Rahmen medizinischer Forschungsvorhaben für eine begrenzte Zeit und eine begrenzte Zahl von Patienten von dieser Richtlinie abgewichen werden kann, sofern durch die Vermittlungsstelle keine Einwände erhoben werden.“ Für diese Möglichkeit der Transplantationszentren, von

²⁵ Beschluss vom 30.06.2011, 4 O 106/11

²⁶ Beschluss vom 22.12.2011, 26 W 21/11

²⁷ Vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07



den Richtlinien der Bundesärztekammer abzuweichen, fehlt eine ausreichende Grundlage im TPG.²⁸

cc.) Beschränkung auf Dringlichkeit bei der Leberallokation

Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG sind die Organe von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit zu vermitteln. Diese Kriterien sind kumulativ, nicht alternativ aufgezählt. Nach o.g. Richtlinie für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation kommt es davon abweichend bei der Verteilung einer Leber nur auf die Dringlichkeit an. In der Praxis scheint dies zu erhöhter Manipulationsanfälligkeit zu führen. Der sogenannte Organspendeskandal des Jahres 2012 spielte sich im Wesentlichen in Lebertransplantationszentren ab: Es war offenbar besonders einfach, den an Eurotransplant zu meldenden Dringlichkeitswert, etwa unter Vorspiegelung einer tatsächlich nicht stattgefundenen Dialyse, zu verbessern.

Die Beschränkung auf die Dringlichkeit hat noch weitere Folgen. Je dringender die Transplantation angezeigt ist, umso schlechter geht es dem Patienten und um so schlechter sind auch seine Überlebenschancen. Das belegen auch die Zahlen: Ein Jahr nach der Lebertransplantation leben noch etwa 70 Prozent der Transplantierten, während der europäische Schnitt zwischen 80 und 90 Prozent liegt²⁹.

dd.) Beschleunigtes Verfahren

Auch beim beschleunigten Verfahren geht die Bundesärztekammer über die Vorgaben des TPG hinaus. Nach II. 3. der Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lungentransplantation³⁰ gibt es ein besonderes Verteilungsverfahren für sogenannte eingeschränkt vermittelbare Organe. Die Einschränkung der Vermittlungsfähigkeit kann sich nach 3.1. der Richtlinie dabei etwa aus einer Vorerkrankung des Organspenders ergeben. Im beschleunigten Verfahren bietet Eurotransplant einem oder mehreren Transplantationszentren das Organ an. Innerhalb von 30 Minuten muss nach 3.3.2. der Richtlinie ein Transplantationszentrum die Annahme erklären, sonst gilt das Angebot als abgelehnt. Dann stellt Eurotransplant einem oder mehreren Zentren eine Liste von potentiellen Empfängern zur Verfügung, aus denen das Transplantationszentrum selbst „den gegenwärtig am besten geeigneten Empfänger“ auswählt. Kommt mehr als ein Patient in Betracht, wird das Organ an das Zentrum verteilt, das als erstes die Annahme erklärt hat. An dieser Regelung sind gleich zwei Punkte kritikwürdig:

²⁸ Vgl. Lang, in Höfling, TPG, 2. Auflage, § 11 Rn 26

²⁹ Die Zahlen beruhen auf der Äußerung des Transplantationsmediziners Ferdinand Mühlbacher im Rahmen einer Sitzung des Ausschusses für Umwelt und Gesundheit des Bayerischen Landtags am 13.06.2013 (dpa-Meldung vom 13.06.2013).

³⁰ <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/RiliOrgaLunge20130308.pdf> (Abrufdatum 13.06.2013). Diese Regelung zum beschleunigten Verfahren findet sich auch in den Richtlinien bezüglich der übrigen Organe.



Zum einen ist die Möglichkeit - selbst bei weniger geeigneten Organen - vom Standardverfahren abzusehen, nicht vom TPG gedeckt. Zum anderen sieht das TPG die Übertragung der Vermittlungsentscheidung von der Vermittlungsstelle auf das Transplantationszentrum gar nicht vor.

Darüber hinaus zeigen die Zahlen, dass das beschleunigte Verfahren weit über die ursprünglich vorgesehenen Ausnahmesituationen Dynamik entfaltet: In 2002 lag der Anteil der im beschleunigten Verfahren vermittelten Organe im Verhältnis zu den im Standardverfahren vermittelten Organen bei 8,4 Prozent, in 2012 bei 25,8 Prozent.³¹ Damit hat sich die Zahl in den letzten zehn Jahren mehr als verdreifacht.

Der interfraktionelle Antrag behandelt diesen Punkt auf Seite 3 unter „Erhöhung der Transparenz bei der Wartelistenführung und der staatlichen Kontrolle der Organspende“. Dort steht: „Mit Blick auf den Anstieg und um das Verfahren transparenter zu gestalten, wurden die Richtlinien nach § 16 TPG geändert. Zukünftig entscheidet Eurotransplant über die Vergabe des Organs im beschleunigten Verfahren.“ Die beschriebenen Änderungen sind noch nicht publiziert, aktuell scheint daher noch das oben beschriebene Verfahren zu gelten.

b.) Eurotransplant

Auch die Vermittlungsentscheidung treffende Organisation Eurotransplant gibt sich in ihrem Handbuch³² Regeln, die von den Vorgaben des TPG abweichen. Etwa die 5 Prozent-Klausel für Leber, Herz und Lunge. Danach dürfen maximal 5 Prozent der Wartelistenpatienten ohne regelmäßigen Wohnsitz in Inland sein³³. Auch diese Vorgabe ist aber mit dem TPG gar nicht vereinbar.

c.) Transplantationszentren

Den Transplantationszentren kommt bei den Entscheidungen über die Warteliste - etwa durch das Merkmal Compliance³⁴ - ein unangemessen weiter Spielraum zu. Nicht überraschen kann daher, dass die Auslegung der Merkmale in der Praxis unterschiedlich gehandhabt wird.³⁵ Diese Einschätzung bestätigt indirekt auch der Vorstand der DSO, Rainer Hess, nach dessen Aussage künftig ein Fachbeirat für die Konkretisierung und bundeseinheitliche Anwendung der Organentnahmerichtlinien der Bundesärztekammer sorgen soll.³⁶

³¹ Antwort auf die schriftliche Frage des Bundestagsabgeordneten Terpe vom 05.06.2012, Arbeitsnummer 5/286, http://www.harald-terpe.de/fileadmin/user_upload/terpe/pdf/schriftliche_frage_terpe_organspende.pdf (Abrufdatum 12.06.2012)

³² Eurotransplant Manual, abrufbar in englischer Sprache unter http://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_manual (Abrufdatum 10.06.2013)

³³ Eurotransplant Manual, „2.1.5.4. 5% rule - Liver and thoracic organs: The number of non-resident registrations for patients (either first or repeat) for a thoracic or liver (re)transplant should not exceed 5% of the total number of post-mortem transplantations (either first or repeat) by this center in the preceding year.“

³⁴ Vgl. II. 1. a.)

³⁵ Mathis Bader, Organmangel und Organverteilung, Seite 140

³⁶ Vgl. Frankfurter Rundschau, 25.04.2013, <http://www.fr-online.de/politik/dso-immer-weniger-organspender,1472596,22576154.html> (Abrufdatum 11.06.2013)



Wie etwa das Merkmal der Compliance ausgelegt werden kann, verdeutlicht der oben erwähnte Fall der Deutschen Stiftung Patientenschutz. In dem Verfahren geht es insbesondere um die Auslegung des Merkmals Compliance. Die Entscheidung des Zentrums, die Patientin wegen eines angeblichen Fehlverhaltens ihres Ehemannes von der Warteliste eines Münchener Transplantationszentrums wegen fehlender Compliance zu streichen, stellt eine besonders abwegige Auslegung des Merkmals dar. Selbst wenn es sich um ein zulässiges Merkmal handelt, kann es dabei im Höchstfall um das Handeln des Patienten selbst gehen.

2. Fehlanreize

a.) Anzahl Transplantationszentren

Zurzeit gibt es 47 Transplantationszentren, neun davon in Nordrhein-Westfalen und sieben in Bayern. Die hohe Anzahl der Transplantationszentren führt zu großem ökonomischen Druck auf jedes einzelne Transplantationszentrum. Jedes Zentrum strebt danach, möglichst viele Transplantationen durchzuführen, um kostendeckend zu arbeiten und auf die notwendigen Mindestfallzahlen zu kommen.

b.) Finanzierung nach Anzahl der vermittelten Organe

Nach § 8 Abs. 1 des Koordinierungsstellenvertrags erhält die DSO für jedes transplantierte Organ eine Organisationspauschale. Das verstärkt den Druck, auf möglichst viele Organspenden hinzuwirken. Welche Konsequenzen das haben kann, wird durch Folgendes deutlich: 90 Prozent der Organspenden werden aufgrund der Entscheidung von Angehörigen realisiert.³⁷ Das heißt, dass den Gesprächen mit den Angehörigen eine entscheidende Bedeutung zukommt. Das TPG selbst enthält keine Vorgaben für solche Gespräche. Dies bleibt damit in der Praxis der DSO überlassen. Der frühere medizinische Vorstand der DSO, Günter Kirste, hat zugegeben, dass Angehörigengespräche ergebnisorientiert geführt werden.³⁸ Dies ist aus Sicht der Deutschen Stiftung Patientenschutz hoch problematisch. Auch die Bundesregierung „hält es für mit der Intention des TPG nicht vereinbar, wenn Angehörigengespräche zielgerichtet daraufhin geführt werden, eine Zustimmung zur Organspende zu erhalten.“³⁸ Abgesehen davon, dass im TPG Vorgaben zu den Angehörigengesprächen geschaffen werden müssen, schafft eine Organisationspauschale nach Anzahl der vermittelten Organe offensichtlich falsche Anreize.

3. Ergebnis

Umsetzungsschwächen und Fehlanreize führen zu erheblichen Defiziten in der praktischen Umsetzung des Regelwerks. Da der Bedarf an Spenderorganen die zur Verfügung stehenden Organe bei weitem übersteigt, sind zwangsläufig Wertentschei-

³⁷ Jahresbericht DSO 2012, Seite 13

³⁸ BTDRS 17/9240 (kleine Anfrage)



dungen zu treffen. Es gibt medizinische Parameter, die dafür von Bedeutung sein können. Doch die entscheidenden Kriterien zu definieren, ihre Bedeutung für die Verteilungsfrage festzulegen sowie über ihr Rangverhältnis zu entscheiden, betrifft ethische Fragen, die nach den dargestellten Grundsätzen nur der Gesetzgeber beantworten kann.

Die Anzahl der Transplantationszentren muss reduziert werden. Das fordern selbst der Präsident der Bundesärztekammer, Frank Montgomery,³⁹ und der Vorstand der DSO, Rainer Hess⁴⁰. Bayern hat einen Anfang gemacht und will zumindest die Lebertransplantationszentren von fünf auf drei (Großhadern, Regensburg, Würzburg) reduzieren⁴¹. An der Anzahl der Transplantationszentren ändert das aber nichts. In den betroffenen Kliniken werden noch andere Organe transplantiert (Erlangen: Herz, Niere, Pankreas, München/Klinikum rechts der Isar: Niere, Pankreas).

Weil nicht nur die Interessen der 12.000 Menschen auf der Warteliste, sondern auch die der potentiellen Spender und ihrer Angehörigen betroffen sind, müssen die Fehlanreize im Transplantationssystem minimiert werden.

III. Keine Behebung der Fehler und Fehlanreize durch den Entwurf

Damit ein Mensch die Entscheidung treffen kann, Organspender zu werden, muss er dem System vertrauen können. Wie gering das Vertrauen der Menschen tatsächlich ist, machen folgende Zahlen deutlich: 2012 gab es in Deutschland 1584 potentielle Organspender, also Verstorbene, bei denen nach den Richtlinien der Bundesärztekammer der Hirntod festgestellt wurde⁴². In 1046 Fällen⁴² wurde die Organspende realisiert, dabei nur in 10 Prozent der Fälle⁴² aufgrund der schriftlichen Einwilligung des Spenders (Organspendeausweis, Patientenverfügung). Im Übrigen mussten die Angehörigen die Entscheidung treffen, weil eine schriftliche Erklärung nicht vorlag. Das Vertrauen der Menschen zu erhöhen und die Spenderzahlen zu steigern, ist der Wunsch des interfraktionellen Antrags. Dieser wird mit dem vorliegenden Entwurf aber nicht in Erfüllung gehen, weil er die aufgezeigten Defizite nicht beheben kann.

Selbst der am 14.06.2013 im Rahmen des Beitragsschuldengesetzes verabschiedete Genehmigungsvorbehalt ändert nichts daran, dass der Gesetzgeber sich in der nächsten Legislaturperiode seiner Verantwortung stellen und die entscheidenden Fragen selbst beantworten muss. Der neue Genehmigungsvorbehalt erhöht den staatlichen Einfluss nur marginal. Er scheint dem Versuch geschuldet, einige der verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen und den Anschein der sachlich-inhaltlichen Le-

³⁹ <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/52893/Verringerung-von-Transplantationszentren-gefordert> (Abrufdatum 11.06.2013)

⁴⁰ Interview mit der Frankfurter Rundschau 01.06.2013, <http://www.fr-online.de/politik/interview-zur-organspende--aeltere-werden-bevorzugt-,1472596,23084874.html> (Abrufdatum 11.06.2013)

⁴¹ Pressemitteilung des Bayerischen Wissenschaftsministeriums vom 15.05.2013, [http://www.stmwfk.bayern.de/presse/pressemeldungen/?tx_t3news_pi1\[showUid\]=688&cHash=8d7fe80f8788467a47dd60f28132e6da](http://www.stmwfk.bayern.de/presse/pressemeldungen/?tx_t3news_pi1[showUid]=688&cHash=8d7fe80f8788467a47dd60f28132e6da) (Abrufdatum 13.06.2013)

⁴² Jahresbericht DSO 2012, Seite 13



gitimation herzustellen. Der Gesetzgeber entzieht sich weiter seiner Verantwortung, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

In II. 4. beantragen die Fraktionen, der Bundestag möge die Länder auffordern, die Anzahl der Transplantationszentren zu überprüfen. Der Ansatz ist zu begrüßen. Im Interesse der Verbesserung der Qualität sollten den Prüfungen aber auch Taten in Gestalt von Schließungen oder Zusammenlegungen folgen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der aktuelle interfraktionelle Entwurf nicht viel an den im TPG kaum ausgeprägten Rechten der Betroffenen und dem misslichen Konstrukt des Transplantationsrechts einschließlich der bedenklichen Umsetzungs- und Abweichungspraxis ändern wird.

IV. Forderung: Der Staat muss seiner gesetzgeberischen Verantwortung gerecht werden

Um das Vertrauen der Menschen in die Organspende zu schaffen und so auch den 12.000 Menschen auf der Warteliste zu helfen, muss mehr passieren als ein Genehmigungsvorbehalt und Maßnahmenkataloge.

Der Staat muss die entscheidenden Kriterien zur Wartelistenführung, Todesfeststellung und Allokation selbst festlegen. Die Aufgaben Koordination, Verteilung und Aufsicht sind jeweils in staatliche Hände zu legen. Dabei könnte sich der Gesetzgeber beispielsweise des Schweizer Modells bedienen.

Wartelistenentscheidungen müssen transparent werden. Der Gesetzgeber hat außerdem klarzustellen, welcher Rechtsweg für derartige Streitigkeiten eröffnet ist. Schließlich gibt es eine Vielzahl berechtigter Anliegen der Menschen auf der Warteliste: Auskunft bezüglich Rang oder Begründung einer Wartelistenentscheidung, Aufnahme auf die Warteliste, Anfechten der Herausnahme aus der Warteliste, Verbesserung des Rangs, Neufeststellung des Rangs aufgrund veränderter Sachlage, Überprüfung der Nichtberücksichtigung bei einer Vermittlungsentscheidung. Diese vielen möglichen Konstellationen machen deutlich, dass das Verfahren der Transplantationskonferenzen im TPG geregelt werden muss. Die Transplantationszentren müssen verpflichtet werden, den Patienten stets umfassend über die Entscheidungen ihrer Konferenzen, die zugrundeliegenden Gründe und die in Betracht kommenden Rechtsschutzmöglichkeiten zu informieren. Nur wenn der Patient vollständig informiert ist, wird er in die Lage versetzt, die Entscheidung nachzuvollziehen und gegebenenfalls gerichtlich überprüfen lassen zu können. Eine derartige Transparenz würde auch das dringend benötigte Vertrauen in das Organspendesystem erhöhen.

Keine dieser unentbehrlichen Änderungen wird in dem Entwurf aufgegriffen. Diese sind aber im Sinne der betroffenen schwerstkranken Menschen unentbehrlich.