

in der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

Deutscher Bundestag Ausschuss f. Gesundheit
Ausschussdrucksache 17(14)0450(4)
gel. ESV zur öAnhörung am 24.06. 13. Organspende 21.06.2013

37073 Göttingen, 21. Juni 2013
Nikolausberger Weg 17
Telefon: +49-551-39-4693
Fax: +49-551-39-22239
E-Mail: staatsl@gwdg.de

– Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun –

**Stellungnahme im Rahmen der Anhörung am 24.6.13 zu Fragen der Organspende und dem System der Organtransplantation
(BT-Drs. 17/12225, 17/11308 und 17/13897)**

Die vorliegenden Bundestagsdrucksachen reagieren auf die entdeckten Manipulationen an Patientendaten in deutschen Transplantationskliniken, vor allem in Göttingen und Regensburg, die die Bereitschaft zur Organspende nachhaltig verringert haben. Sie versuchen eine Reihe von Maßnahmen zu initiieren, die das Vertrauen in das deutsche System der Organtransplantation wiederherstellen oder zumindest verbessern sollen. Alle drei Bundestagsdrucksachen enthalten keine konkreten Gesetzgebungsvorschläge, sondern die Aufforderung an die Bundesregierung, Gesetzesentwürfe zu bestimmten Fragen vorzulegen. Insofern können die folgenden Ausführungen nur zu diesen Absichten, aber nicht zu konkreten Gesetzesformulierungen Stellung nehmen.

An erster Stelle des von allen Fraktionen getragenen Vorschlags steht die Aufforderung, die Richtlinien der Bundesärztekammer nach § 16 TPG durch Gesetz unter einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesministeriums für Gesundheit zu stellen, um eine staatliche Rechtsaufsicht über die Richtlinienerstellung zu verankern. Dieser Vorschlag entspricht vielfach geäußerten Bedenken gegen die bisherige Regelung des § 16 TPG, welche die Bundesärztekammer ohne eine staatliche Genehmigung ermächtigt, den Stand der Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen, die gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 TPG eine Vermutungswirkung dahingehend begründen, dass der Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eingehalten worden ist, wenn die Richtlinien beachtet worden sind. Über die Berechtigung dieser geäußerten Kritik lässt sich trefflich streiten. Jedenfalls würde die entsprechende Regelung einer Genehmigung durch das zuständige Ministerium die wichtigsten Einwände fehlender oder unzureichender demokratischer Legitimation gemäß Art. 20 Abs. 2 GG ausräumen. Der Vorschlag folgt insoweit dem Vorbild des Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens in § 12 Abs. 1 und 18 Abs. 1 TFG. Der Richtlinienerrlass wird dadurch demokratischer Legitimation und Kontrolle unterworfen, so dass nunmehr den Forderungen der Kritiker hinsichtlich des wichtigsten Steuerungsinstrumentes der Organverteilung entsprochen wird.

Der Vorschlag räumt freilich nicht alle geäußerten Bedenken und Einwände aus. So wird zum einen für notwendig gehalten, dass die pluralistische Organisation des Sachverständigen, der bislang durch die ständige Kommission Organtransplantation bei der Bundesärztekammer erfolgt, im Gesetz selbst genauer zu regeln sei, als es in § 16 Abs. 2 TPG geschehen ist. Ihre Zusammensetzung und Verfahrensweisen müssten nach Maßgabe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (BVerfGE 83, 130 (150 ff.)) genauer gesetzlich festgelegt werden. Zum anderen wird gerügt, dass die auch weiterhin geltende Vorschrift des Art. 12 Abs. 3 S. 1 TPG, wonach die Organe von der Vermittlungsstelle „nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere Erfolgsaussicht und Dringlichkeit, für geeignete Patienten zu vermitteln“ seien, eine unzureichende sachlich-inhaltliche Legitimation für den Richtlinienenerlass darstellten, da die Richtlinien insoweit substantiell eigene Festlegungen treffen würden. Die Bundestagsdrucksache 17/11308 greift die Kritik unzureichender Rechtsstaatlichkeit nur insofern auf, als sie generell die Koordination von Organtransplantationen und die Aufsicht über die am Transplantationswesen beteiligten Einrichtungen in die Hände einer juristischen Person des öffentlichen Rechts überführen will, die der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit unterliegt. Selbst dieser Vorschlag räumt allerdings wiederum die gerade geäußerten Bedenken nicht vollständig aus.

Zwar ist es nicht zulässig, allein von der Grundrechtsrelevanz einer Materie auf die Geltung der Wesentlichkeitstheorie und die Notwendigkeit hoheitlicher Regelung sowie eingehender gesetzlicher Regelung im Sinne der Wesentlichkeitstheorie zu schließen. Ansonsten müsste jede substantielle Entscheidungsbefugnis Privater mit Grundrechtsrelevanz, die sich fast bei keiner substantiellen Entscheidung auch Privater ausschließen lässt, auf die Notwendigkeit einer detaillierten Regelung durch den Gesetzgeber schließen lassen. Sofern man die Regelung bestimmter Sachverhalte ausschließlich privater Selbstregulierung überlässt, greift die Wesentlichkeitstheorie daher nicht.

Durch die Genehmigung seitens des Bundesministeriums für Gesundheit werden die Richtlinien der Bundesärztekammer nach § 16 TPG jedoch zu staatlicher Normsetzung durch die Exekutive, so dass die Wesentlichkeitstheorie insoweit konsequenter Weise eingreifen muss. Unklar sind nichtsdestoweniger die Konsequenzen der Wesentlichkeitstheorie für die Ausgestaltung der Organverteilung:

Es mag durchaus sinnvoll sein, Zusammensetzung und Verfahren der ständigen Kommission Organtransplantation gesetzlich näher zu regeln, zwingend erscheint dies allerdings nicht. Da die Richtlinien nachträglich durch das Ministerium abschließend verabschiedet werden, dürfte dies die fehlende Regelung der Zusammensetzung des Verfahrens der ständigen Kommission ausgleichen. Im Fall der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften bedurften die Zusammensetzung und das Verfahren gerade deswegen einer näheren gesetzlichen Regelung, weil die Entscheidung der Bundesprüfstelle insofern abschließend ist und nicht nachträglich noch durch eine weitere öffentlich-rechtliche Stelle bzw. ein demokratisch legitimiertes Organ genehmigt oder bestätigt wird.

Hinsichtlich der Frage des inhaltlichen Verhältnisses und der Rollenverteilung zwischen dem parlamentarischen Gesetz und den von medizinischem Sachverstand getragenen Richtlinien gilt, dass hier sinnvolle und vertretbare Erwägungen auch vom Fortschritt der medizinischen Wissenschaft abhängen und deshalb laufender Veränderung unterliegen und folglich durch das TPG selbst kaum abschließend und fest definiert werden können. Dabei ist der Kritik insofern Recht zu geben, als „Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“ für geeignete Patienten Begriffe sind, die den Richtlinien immer noch substantiell eigene Festlegungen überlassen und gewisse Wertungsspielräume eröffnen. Freilich ist dies bei allen Verweisen auf technische Standards – wie hier auch auf den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft – üblich und notwendig. Der Verweis auf technische Standards ist nie ein allein durch wissenschaftliche Gesichtspunkte ohne Wertung ausfüllbarer Begriff. Alle technischen Standards ebenso wie die Erkenntnisse medizinischer Wissenschaft sind nicht ohne normative Wertungen auszufüllen.

Freilich würde die Überführung der Koordinierung der Organtransplantation und die Übertragung der Aufsicht über die am Transplantationswesen beteiligten Einrichtungen in Deutschland in die Hände einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an diesen Problemen auch nichts ändern. Eine stärker öffentlich-rechtliche Organisation der Verteilungsinstitution und der Aufsicht wird möglicher Weise eine einseitige und zwangsweise Durchsetzung von Aufsichtsmaßnahmen erweitern sowie zusätzliche Möglichkeiten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle eröffnen, aber weder Probleme der Zusammensetzung der Kommission beim Erlass der Richtlinien noch die Rollenverteilung zwischen Parlamentsgesetz und Richtlinien berühren. Die Überführung der Vermittlungsstelle und der Aufsicht in ein rein öffentlich-rechtliches Rechtssystem ist zwar ohne Weiteres möglich, aber verfassungsrechtlich nicht geboten. In diesem Zusammenhang wird immer wieder ein angeblicher Grundsatz der Rechtswegklarheit als Verfassungsgrundsatz aufge-

führt. Die dafür herangezogene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 87, 48 (65)) betrifft aber einen ganz speziellen Fall der Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen und die Notwendigkeit, dass das Postulat der Rechtsmittelklarheit das Gebot umfasst, dem Rechtssuchenden in klarer Abgrenzung den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu weisen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit bedeutet daher, dass in einem Gesetz die Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Gerichtsentscheidungen klar geregelt sein muss. Das ist etwas ganz anderes als im Zusammenhang mit dem Transplantationsrecht pauschal als Rechtswegklarheit behauptet wird, wonach gegen jede Entscheidung im Transplantationsprozess angeblich ein klarer Rechtsweg gegeben sein müsse. Das ist eine haltlose Behauptung. Die vielfachen Unklarheiten im Bereich des Staatshaftungsrechts und der betreffenden Rechtswege würden nach diesem Grundsatz das ganze Rechtsmittelsystem im Bereich der Staatshaftung in den Bereich der Verfassungswidrigkeit verweisen. Einen derartigen Grundsatz der Rechtswegklarheit in der behaupteten Form gibt es daher nicht. Im Übrigen würde die Überführung in öffentlich-rechtliche Rechtsformen nicht notwendiger Weise größere Klarheit in dieser Hinsicht herbeiführen, wenn das Transplantationsrecht nicht selbst den Rechtsweg und die Rechtsmittel gegen die Entscheidungen unmittelbar regelt. Das sieht jedoch kein einziger der in den drei Bundestagsdrucksachen geäußerten Vorschläge vor.

Die weiteren Vorschläge der Bundestagsdrucksache 17/13897 werfen kaum grundlegende verfassungsrechtliche Fragen auf. Die Schaffung eines nationalen Transplantationsregisters aufgrund einheitlicher und umfassender Datenerhebung im gesamten Ablauf der Transplantationsmedizin ist eine sinnvolle Maßnahme zur Verbesserung der Allokationsentscheidungen und generell der Kontrolle in der Transplantationsmedizin. Eventuelle datenschutzrechtliche Probleme können durch eine weitgehende Anonymisierung in diesem Zusammenhang ausgeräumt werden. Auch die Schaffung neuer Straftatbestände für Manipulationen und bewusste Richtlinienverstöße zur Organallokation stößt jedenfalls auf keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Hier kommt es entscheidend auf die Ausgestaltung im Einzelnen an. Dabei wird allerdings insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ebenso wie der Grundsatz der Bestimmtheit zu beachten sein. Ohne konkrete Gesetzesvorschläge lassen sich dazu jedoch keine sinnvollen verfassungsrechtlichen Aussagen machen.

Die übrigen Aufforderungen bleiben weitgehend im Bereich vager Andeutungen und allgemeiner Absichtserklärungen. Sie werfen schon deswegen keine verfassungsrechtlichen Fragen auf. Gemeinsam ist allen Anträgen, dass die Anzahl der Transplantationszentren zu prüfen und sie gege-

benenfalls zu reduzieren ist. Hier stellt sich allenfalls die Frage, ob dies nicht in erster Linie eine Aufgabe der Länder im Rahmen ihrer Krankenhausplanung ist, wovon ganz offensichtlich Bundestagsdrucksache 17/13897 unter Ziffer 4 auf S. 8 ausgeht, oder ob dies durch die Bundesregierung veranlasst werden kann, wovon offenbar Bundestagsdrucksache 17/11308 unter Ziffer 5 auf S. 2 ausgeht. Dabei soll allerdings die Entscheidung im Einvernehmen mit den Ländern getroffen werden (ebenda S. 8). Hier ist außerordentlich zweifelhaft, ob eine entsprechende Regelungsbefugnis von der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG gedeckt ist. Die Festlegung der Zahl der Transplantationszentren dürfte durch diese Gesetzgebungskompetenz wohl nicht gedeckt sein. Auch über die Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG lässt sich eine entsprechende Befugnis wohl nicht mehr herleiten, da diese Vorschrift nur eine eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet, die sich allein auf die Finanzierung der Krankenhäuser bezieht (vgl. BVerfGE 82, 363 (379 f.)). Der Bund kann hier wohl aufgrund der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. Nr. 26 GG Qualitätsstandards begründen, aber wohl nicht die Zahl der Transplantationszentren festlegen oder konkrete Transplantationszentren schließen. Eine entsprechende Befugnis steht wohl allein den Ländern zu.

Die Vorschläge laufen insgesamt auf eine Reihe von durchaus tiefgreifenden Änderungen hinaus. Sie erscheinen sinnvoll und auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, werden sich allerdings wohl in der Sache kaum unmittelbar auf die Organspendebereitschaft der Bevölkerung auswirken. Freilich haben in diesem Bereich die Erweiterung der Kontrollbefugnisse und Kontrollen durch die unabhängige Prüfungskommission und ihre gesetzliche Verankerung bereits einen erheblichen Schritt getan, der durch die vorliegenden Vorschläge allenfalls marginal erweitert wird. Ohnehin werden sich ein entsprechender Missbrauch und Manipulationen selbst bei einer strafrechtlichen Sanktionierung nie ganz vermeiden lassen, zumal auch die entdeckten Manipulationen bereits strafrechtliche Sanktionen auslösen können, soweit sie sich nachweisen lassen. Eine schnellere Entdeckung von Manipulationen wird im Übrigen die Bevölkerung auch kaum beruhigen, ohne dass daraus ein Einwand gegen die vorgeschlagenen Reformen folgt.

Göttingen, den 21.6.13



(Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun)