



Patientenschutzorganisation
Deutsche Hospiz Stiftung

Patientenschutz-Info-Dienst

21. Dezember 2011

Stellungnahme...Stellungnahme...Stellungnahme...Stellungnahme...Stellungnahme

**Löst die geplante Änderung des Transplantationsgesetzes
tatsächlich die Probleme?**

**Fragen aus der Sicht der
Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung**

erarbeitet von Prof. Dr. Wolfram Höfling

Impressum:

Der Patientenschutz-Info-Dienst wird von der Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung herausgegeben.
Verantwortlich im Sinne des Presserechtes: Eugen Brysch; Redaktion: Christine Eberle, Stephan von der Trenck, Kristjan Diehl, Yvonne Dziabel
Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung, Informationsbüro Berlin, Chausseestraße 10, 10115 Berlin, Tel: 030 / 28 444 84 4
www.patientenschuetzer.de



A. Einleitung

Zu Beginn des nächsten Jahres wird der Deutsche Bundestag über eine Reform des Transplantationsgesetzes entscheiden. Zentrales Anliegen ist dabei die Steigerung des Organaufkommens. Seit langem ist bekannt, dass die Schere zwischen Organtransplantationen und auf ein Organ wartenden Patienten in Deutschland weit geöffnet ist. Jährlich sterben ca. 1000 Menschen, weil sie vergeblich auf ein Spenderorgan warten.

Die geplanten Änderungen betreffen zum einen organisatorische Neuregelungen, mit denen der deutsche Gesetzgeber Vorgaben einer EU-Richtlinie umsetzt; eine wichtige Neuerung betrifft insoweit die Institutionalisierung von Transplantationsbeauftragten in den Entnahmekrankenhäusern. Zum anderen aber sollen die Bürger(innen) in Zukunft regelmäßig und nachdrücklich mit dem Thema Organtransplantation befasst werden, um so die Spendebereitschaft zu erhöhen. Darauf haben sich die Spitzen aller im Bundestag vertretenen Fraktionen geeinigt.

Für die meisten sachverständigen Beobachter ist klar, dass derartige punktuelle Interventionen die erheblichen Schwächen des deutschen Transplantationssystems mit seinen grundlegend verfehlten und rechtsstaatlich defizitären Strukturen nicht werden beheben können. Erforderlich ist vielmehr eine prinzipielle Neuorientierung, die sich u. a. endlich der drängenden Fragen annimmt, die zwar seit langem diskutiert, vom zuständigen Ministerium und vom Gesetzgeber aber systematisch ignoriert werden.



B. Fragen

I. Ist der Gesetzgeber endlich bereit, seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistungsverantwortung für Spender und Empfänger von Organen gerecht zu werden?

Auch wenn die Transplantationsmedizin ihre experimentelle Phase seit etwa zwei Jahrzehnten hinter sich gelassen hat und inzwischen in den entwickelten Ländern als Standard ärztlichen Handelns etabliert ist,¹ ist sie – moralisch, kulturell, psychisch-emotional – alles andere als selbstverständliche Normalität. Sie betrifft einen Bereich medizinischen Handelns, der hochsensibel ist, zu ethischen Grenzgängen herausfordert und Tabuzonen berührt. Das Geschenk gleichsam neuen Lebens aus dem Sterben eines Anderen bei der sog. postmortalen Organspende, der nach klassischem Medizinrecht nicht indizierte Eingriff in die körperliche Integrität des Lebendspenders im fremdnützigem Interesse eines Dritten, die Entscheidungen über die Zuteilung knapper Organe, mit denen nicht nur Leben gerettet bzw. verlängert wird, sondern zugleich implizit auch „Todesurteile“ über nicht berücksichtigte Patienten gesprochen werden: All dies macht schlagartig deutlich, dass es um elementare und im wahrsten Sinne des Wortes existentielle Grundrechtsfragen geht, die in einer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung der parlamentarische Gesetzgeber in den wesentlichen Grundstrukturen selbst zu beantworten hat.²

Vor diesem Hintergrund erweist sich das geltende Transplantationsgesetz als ein überaus defizitäres Regelwerk. Vor ca. 15 Jahren hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, das transplantationsmedizinische System einer weitgehenden Selbststeuerung zu überlassen. In Anknüpfung an die damals schon vorgefundenen Strukturen hat der Gesetzgeber ein sehr kompliziert gespanntes Netz von Entscheidungsprozessen und Kooperationsmustern geschaffen. Der Gesetzgeber hat auf die traditionellen Akteure gesetzt: die Bundesärztekammer, die Deutsche Stiftung Organtrans-

¹ Siehe Nationaler Ethikrat, Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland, Stellungnahme, 2007, S. 9.

² Siehe dazu auch *Wolfram Höfling*, 10 Jahre Transplantationsgesetz – eine kritische Zwischenbilanz, in: ders. (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2008, S. 3 (4 f.).



plantation (DSO) und die im niederländischen Leiden ansässige Vermittlungsstelle Eurotransplant (ET). Diese privaten Akteure bestimmen weitgehend die Regeln, koordinieren das Geschehen und vermitteln die Organe. In diametralem Widerspruch zur sog. Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach alle grundrechtsbedeutsamen Entscheidungen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffen sind, gilt für die Transplantationsmedizin: Alles Wesentliche steht nicht im Gesetz. Dies ist ein unhaltbarer Zustand.

II. Was legitimiert die Bundesärztekammer, verbindliche Regeln über das Todesverständnis, die Aufnahme auf die Warteliste und die Kriterien für die Vergabe knapper Organe zu formulieren?

Nach § 16 TPG stellt die Bundesärztekammer den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest u. a. für die Regelung zur Feststellung des Todes, für die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste und die Regeln zur Organvermittlung. Diese Vorschrift zählt in ihrer rechtstechnischen Ausgestaltung, in ihrer verfassungsrechtlichen Problemdimension und in ihrer grundsätzlich verfehlten inhaltlichen Ausrichtung zu den fragwürdigsten des ganzen Regelwerks.³ Die Bundesärztekammer ist nämlich – anders als es die Bezeichnung vermuten ließe – keine Kammer, sondern ein nicht rechtsfähiger Verein, der dem Bürgerlichen Recht untersteht und dem deshalb grundsätzlich keine hoheitlichen Befugnisse zustehen.

Entscheidungen in der Transplantationsmedizin sind Entscheidungen über Leben und Tod. Sie betreffen existentielle und elementare grundrechtliche Schutzgüter. Derartige Entscheidungen bedürfen in der Verfassungsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland der rechtlichen Einbindung sowie der Legitimation. Sie sind in besonderem Maße auf Objektivität und Transparenz angewiesen. Wenn nun der Gesetzgeber sich entschließt, zur Regelung derartiger Fragen auf professionellen Sachverstand zurückzugreifen, muss er eine gemeinwohlrealisierende Ausgestaltung solcher teilprivatisierter Normsetzung sicherstellen. Diese Anforderung aber hat der

³ So Höfling, in: ders. (Hrsg.), Transplantationsgesetz. Kommentar, 2003, § 16 Rn. 1; ausdrücklich zustimmend Thomas Gutmann, in: Schroth u. a. (Hrsg.), Transplantationsgesetz. Kommentar, 2005, § 16 Rn. 1.



Transplantationsgesetzgeber missachtet. Wenn und soweit nämlich die Bundesärztekammer die o. g. „Richtlinien“ erlässt, trifft sie Dritten gegenüber Entscheidungen über Leben und Tod. Die Richtlinien bestimmen über die sachliche Reichweite des Lebensgrundrechts gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und führen – in Zusammenarbeit mit einem anderen privaten Akteur, nämlich Eurotransplant – die Maßstabskriterien und Entscheidungsgrundlagen dafür ein, ob und welcher Patient weiterleben darf und welcher sterben muss (Wartelisten- und Allokationsregeln).

Der Gesetzgeber grenzt diese weit reichenden Befugnisse nur höchst unzureichend dadurch ein, dass er in § 12 Abs. 3 TPG für die Verteilung der knappen Organe auf zwei Kriterien verweist, die indes auf potentiell gegenläufige Zielsetzungen verweisen: die Dringlichkeit und die Erfolgsaussicht. Wenn nun die Bundesärztekammer ihre Verteilungsregeln formuliert, so kann sie sich damit keineswegs auf eine besondere medizinische Kompetenz berufen, auch wenn der Gesetzgeber den illusionären Anschein erweckt, als sei die Verteilung knapper Organe ein medizinisches Problem. Es gibt nämlich schlechterdings keine medizinischen Gründe, eine Heilung oder Lebensverlängerung, die möglich und indiziert ist, nicht zu versuchen. Fragen der Organverteilung sind vielmehr Gerechtigkeitsfragen. Der Schweizer Gesetzgeber hat dies – in expliziter Ablehnung der verfehlten deutschen Konzeption – ausdrücklich so genannt.

Woher aber nimmt der bürgerlich-rechtliche Verein Bundesärztekammer z. B. seine Rechtfertigung, die Regeln für die Verteilung von Lebern innerhalb kurzer Zeit grundlegend zu ändern? Die Richtlinien der Bundesärztekammer schrieben insoweit zunächst vor, dass in Abwägung von Erfolgsaussicht zwei Drittel der zu verteilenden Lebern für nicht hochdringliche Patienten zur Verfügung stehen sollten. Insbesondere Patienten mit chronischer Lebererkrankung drohte damit der „Tod auf der Warteliste“. Mit Beginn des Jahres 2007 sehen die neuen Verteilungskriterien eine völlig andere Zuteilungspraxis vor. Die Allokation von Lebern ist viel stärker auf das Kriterium der Abwehr konkreter Lebensgefahr umgestellt (Dringlichkeit) mit der Folge schlechter „Organnutzungseffizienz“, was erneut zur Kritik innerhalb der Transplantationsmedizin geführt hat.



Es geht hier nicht um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Praxis. Doch die Frage drängt sich mehr als auf, was ausgerechnet die Bundesärztekammer dazu legitimieren soll, derartige Gerechtigkeitsfragen zu entscheiden. Der Bundesrat hat im Übrigen in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung die Problematik immerhin erkannt und wegen der elementaren Grundrechtsbezüge der Entscheidung eine ministerielle Genehmigungspflicht für die Richtlinien der Bundesärztekammer gefordert.⁴ Selbst dieser sehr zurückhaltende Versuch einer Einbindung der Bundesärztekammer in das rechtsstaatlich-demokratische Legitimationsgefüge stieß aber auf den heftigen Widerstand des Präsidenten der Bundesärztekammer, der darin einen Eingriff in die ärztliche Selbstverwaltung zu erkennen glaubte. Das aber zeugt von anmaßender Selbstüberschätzung oder – was auch nicht besser wäre – von abgrundtiefer Ahnungslosigkeit für die Problematik.

III. Wie kann erreicht werden, dass die handelnden Akteure in ein rechtsstaatliches System von Aufsicht und Kontrolle eingebunden werden?

Ein weiteres zentrales Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland ist ihre völlig unzureichende Einbindung in die rechtsstaatlich geforderten Strukturen von Aufsicht und (Rechtsschutz-)Kontrolle. Eine genauere Analyse zeigt, dass das Transplantationsgesetz ein „weißer Fleck auf der Karte justizieller Rechtsstaatlichkeit“ ist.⁵ Von Anfang an waren die gesetzlichen Regelungen darauf ausgerichtet, Kontrolle und Rechtsschutz zu erschweren oder zu verunmöglichen. Völlig unklar ist etwa, gegen wen und gegen was und wo eigentlich ein nicht auf die Warteliste aufgenommener, ein fehlerhaft platzierter, ein schlicht übergangener Patient eigentlich klagen soll. Wie wehrt man sich in Deutschland gegen Entscheidungen der niederländischen Stiftung privaten Rechts Eurotransplant?

Und man muss weiter fragen: Wer führt eigentlich eine wirksame Aufsicht über die handelnden Akteure, über die Transplantationszentren, über die Koordinierungsstel-

⁴ Siehe Anfrage 3 zu BT-Drs. 17/7376, S.

⁵ So *Heinrich Lang*, Probleme der rechtsstaatlichen Einbindung der Transplantationsmedizin (Aufsicht, Rechtsschutz), in: Höfling (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2008, S. 61 ff. (61); ferner auch *Thomas Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 129 ff.



le „Deutsche Stiftung Organtransplantation“ – für die der deutsche Bundesrat bereits vor Jahren eine stärkere Kontrolle angemahnt hat⁶ –, die Bundesärztekammer oder Eurotransplant?

An einem Beispiel aus der Praxis seien die Defizite kurz benannt: Im Januar 2006 wurde bei einem Mann in Berlin der Hirntod diagnostiziert, so dass die medizinischen Voraussetzungen für eine postmortale Organspende vorlagen. Die Familie des Verstorbenen teilte daraufhin mit, es sei sowohl im Sinne des Verstorbenen als auch in ihrem Sinne, dass Organe zur Transplantation entnommen werden könnten. Allerdings stellte die Familie die Bedingung, dass die Ehefrau des potentiellen Spenders eine Niere ihres verstorbenen Mannes erhalte. Die Ehefrau war ihrerseits seit Jahren dialysepflichtig und seit fünf Jahren auf der Warteliste für eine Nierentransplantation. Zwar hatte der Ehemann ihr zu Lebzeiten bereits angeboten, eine seiner Nieren zu spenden, was sie aber aus Sorge um die Gesundheit ihres Mannes abgelehnt hatte. Aufgrund einer Telefonkonferenz zwischen der DSO, dem Vorsitzenden der bei der Bundesärztekammer gebildeten Ständigen Kommission Organtransplantation und Eurotransplant erhielt die Ehefrau eine Niere ihres verstorbenen Mannes. Die andere Niere und die Leber wurden über Eurotransplant vermittelt.

Das Ergebnis dieser „Niere auf dem kleinen Dienstweg“ (so die Süddeutsche Zeitung) mag den meisten einleuchten. Doch die hier praktizierte sog. gerichtete Totenspende ist im Transplantationsgesetz nicht vorgesehen und umgeht das normale Vermittlungsverfahren. Deshalb wäre ein Einschreiten der Aufsichtsorgane zwingend erforderlich gewesen. Doch nichts ist geschehen.⁷

Ein weiterer Fall dokumentiert die eigenmächtige Handlungsweise transplantationsmedizinischer Akteure, die sich einer wirksamen Kontrolle entzogen fühlen. Eine israelische Staatsbürgerin hatte sich zum Zwecke einer kombinierten Nieren-Pankreastransplantation an ein deutsches Universitätsklinikum begeben. Dort zahlte sie 20.000 Euro für die Diagnostik und weitere 100.000 Euro für die Aufnahme auf die Warteliste (nach welchen Gebührensätzen eigentlich?), musste dann aber kurze Zeit später erfahren, sie sei auf Anweisung von Eurotransplant wieder von der War-

⁶ Siehe Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gewebegesetzes, BR-Drs. 543/06, S. 41.

⁷ Dazu näher *Lang* (Fn. 5), S. 64 ff.



teliste genommen worden. Hintergrund sind Regeln von Eurotransplant über sog. „Non-ET-Residents“, also Bürger(innen), die nicht im Zuständigkeitsbereich von Eurotransplant (das sind neben der Bundesrepublik Deutschland: die Benelux-Staaten, Österreich, Slowenien und Kroatien) ihren Wohnsitz bzw. ständigen Aufenthalt haben. Das mag eine sinnvolle Regelung sein, weil ein „Club-Modell“ wie der Eurotransplant-Verbund wohl sicherstellen muss, dass das Organaufkommen auch innerhalb der Mitgliedschaft verteilt wird. Doch kann die private niederländische Stiftung Eurotransplant solche Entscheidungen treffen, etwa auch im Blick auf andere EU-Bürger? Das Landgericht Essen jedenfalls hat in einem der seltenen Fälle der Justizbefassung mit der Transplantationsmedizin kurzen Prozess mit der geschilderten Praxis gemacht.

IV. Lässt sich das der sog. postmortalen Organspende zugrunde liegende Todeskonzept begründen?

Die auf der Warteliste platzierten schwerkranken Patienten sind auf funktionstaugliche Spenderorgane angewiesen. Lässt man die sog. Lebendspende einer einzelnen Niere oder eines Leberlappens einmal unberücksichtigt (dazu noch unten VI.), werden die entsprechenden Organe über die sog. postmortale Spende gewonnen. Insofern drängt sich für jeden unbefangenen Beobachter die Frage geradezu auf, wie man „lebendfrische“ Herzen oder Lungen von toten Spendern erhalten kann. Die Antwort auf diese fundamentale Frage der Transplantationsmedizin liefert seit mehr als 40 Jahren das Konzept des sog. Hirntods.

Bereits die Auseinandersetzungen um das 1997 verabschiedete Transplantationsgesetz wurden von der Frage dominiert, ob sich eine hinreichende und verfassungsrechtlich tragfähige Begründung für die Gleichsetzung von „Hirntod“ und Tod des Menschen finden lässt. Der Gesetzgeber hat sich damals auch in diesem Punkt einer wirklich eindeutigen Stellungnahme entzogen. Er benennt vielmehr in § 3 Abs. 1 Nr. 2 als Voraussetzung für die Organentnahme (u. a.), dass „der Tod des Organspenders nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft



entsprechen, festgestellt ist“. Sodann aber erklärt er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 die Entnahme von Organen für unzulässig, wenn „nicht vor der Entnahme bei dem Organspender der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist“.

Die in diesen Bestimmungen genannten Regeln stellt nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 TPG die Bundesärztekammer fest (s. oben).

Mit dieser für Laien völlig undurchschaubaren Regelung (die noch zusätzlich verkompliziert wird durch die Todesfeststellung nach nicht behebbarem Stillstand von Herz und Kreislauf gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 TPG) wollte der Gesetzgeber auf massiven Druck der Transplantationsmedizin damals das sog. Hirntodkonzept verankern, ohne sich dazu explizit zu bekennen.

Die Verständigung auf ein bestimmtes Todeskonzept ist nun keineswegs eine Aufgabe, die in die Monopolkompetenz der Medizin fällt. Im Kern geht es nämlich um die normative Frage, wie wir uns das Subjekt denken, von dem wir sagen, es sei (schon) tot oder es lebe (noch). Zur Diskussion steht damit unser Menschenbild und mit ihm zugleich das grundrechtliche Schutzgut „Leben“.

Bei den Versuchen zur Begründung der Gleichsetzung von „Hirntod“ und Tod des Menschen lassen sich zwei deutlich voneinander abweichende Argumentationsmuster unterscheiden: eine sog. Geistigkeitstheorie und ein biologisch-phisches Ganzheitskonzept. Der erste Ansatz sieht das Spezifische des menschlichen Lebens in seinen kognitiven, psychischen und emotionalen Fähigkeiten und datiert dementsprechend das Ende menschlichen Lebens mit der Feststellung des irreversiblen und endgültigen Ausfalls aller Hirnfunktionen. Hier stellt sich allerdings in aller Schärfe die Frage, ob das grundgesetzliche Menschenbild sich tatsächlich so reduktionistisch verstehen lässt. Auch andere Daseinsformen des Menschen, etwa Zustände des sog. Wachkomas oder einer späten Demenz, betreffen Personen, denen die Möglichkeit zur Kommunikation mit ihrer Umwelt auch auf einem niedrigen Niveau weitestge-



hend oder gänzlich fehlt. Gleichwohl werden diese Menschen nicht als tot qualifiziert.

Gerade wegen dieser verfassungsrechtlichen Zweifel stellt der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer bei seinem Versuch einer Begründung der Gleichsetzungsthese auch darauf ab, dass mit der Diagnose des sog. Hirntodes zugleich festgestellt werde, dass der menschliche Organismus in seiner funktionellen Ganzheit zusammengebrochen sei. Doch seit langem ist bekannt, dass das Herz eines „Hirntoten“ selbständig schlägt und dass seine Vitalfunktionen, also die klassischen Anzeichen biologischen Lebens, nämlich Blutkreislauf, im physiologischen Sinne auch die Atmung (lediglich das Atemholen, die Zwerchfelltätigkeit, wird maschinell unterstützt) und der Stoffwechsel erhalten sind. Entsprechendes gilt für die reproduktiven Vitalfunktionen. Weltweit sind bereits mehrere Schwangerschaften von „hirntoten“ Frauen beschrieben, die zur Geburt eines Kindes geführt haben. Darüber hinaus sind das Blutgerinnungs- und das Immunsystem ebenfalls intakt, die beide wichtige regulative und integrative Funktionen für den Gesamtorganismus wahrnehmen.

Vor diesem Hintergrund ist bereits vor mehr als anderthalb Jahrzehnten in der Diskussion um das deutsche Transplantationsgesetz aus verfassungsrechtlicher Perspektive erhebliche Kritik an der Hirntodkonzeption geltend gemacht worden.⁸ Heute vertreten zahlreiche Verfassungsrechtler diese kritische Position.⁹

Vor allem aber: Nunmehr hat der President's Council on Bioethics in seinem White Paper „Controversies in the Determination of Death“ im Dezember 2008 eingeräumt, dass die bisherigen Annahmen über den unmittelbaren engen zeitlichen und kausalen Zusammenhang zwischen diagnostiziertem Hirntod und der Desintegration der körperlichen Funktionen insgesamt empirisch widerlegt sei. Das Gehirn sei nicht der Integrator der verschiedenen Körperfunktionen, vielmehr sei die Integration eine emergente Eigenschaft des ganzen Organismus. Allein bis zum Jahre 1998 dokumentiert der Bericht 175 Fälle „chronischen Hirntodes“, in denen zwischen Hirntod und

⁸ Siehe näher *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996.

⁹ Z. B. *Gallwas* (München), *Herdegen* (Bonn), *Hillgruber* (Bonn), *Lang* (Greifswald), *Murswiek* (Freiburg), *Sachs* (Köln), *Steiger* (Gießen) u. a. m.



irreversiblen Herzstillstand eine Woche bis 14 Jahre lagen.¹⁰ In der amerikanischen Literatur wird deshalb auch schon lange gefordert, die Fiktion einer Gleichsetzung von „Hirntod“ und Tod des Menschen aufzugeben – jüngst erneut von dem Harvard-Mediziner *Robert D. Truog*.¹¹ Diesen Entwicklungen und Erkenntnissen kann und darf sich ein verantwortlicher Gesetzgeber nicht entziehen. Dies gilt umso mehr, als die neuen neurowissenschaftlichen Verfahren der funktionellen Bildgebung Zweifel an der Hirntoddiagnostik genährt haben.¹²

Stellt sich die Politik der Herausforderung, dann muss sie ihre Aufmerksamkeit auch auf die Entwicklungen im Eurotransplant-Bereich richten, mit denen neue Spendergruppen diesseits des Hirntodes erschlossen werden sollen. Es geht um die in jüngster Zeit intensiviertere Diskussion um die sog. Non-Heart-Beating-Donors, bei denen Organe nach Herzstillstand entnommen werden. Hier ist von besonderer Brisanz die Organentnahme bei jenen Patienten, deren Zustand von den Ärzten als infaust eingeschätzt wird und bei denen man sich zur Beendigung der lebenserhaltenden Maßnahme und anschließender Entnahme von Organen entschließt. Und endgültig berührt die Transplantationsmedizin in ihrem Bemühen um die Gewinnung zusätzlicher Organe Tabugrenzen, wenn – wie nunmehr in Belgien – Organe bei Patienten entnommen werden, die zuvor euthanasiert worden sind.¹³ Zwar erlaubt § 12 Abs. 1 Satz 4 TPG nur die Vermittlung von Organen, die im Einklang mit den am Ort der Entnahme geltenden Rechtsvorschriften entnommen worden sind, soweit deren Anwendung nicht zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten, offensichtlich unvereinbar ist. Und nach den geltenden Regeln sind die zuletzt genannten Spendergruppen noch nicht tot. Dennoch bestehen erhebliche Zweifel, ob eine gleichwohl erfolgte

¹⁰ Siehe President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death*. White Paper, Dezember 2008, S. 39 ff.

¹¹ Siehe *Seema K. Saah/Robert D. Truog/Franklin G. Miller*, *Death and Legal Fictions*, *J Med Ethics* 2011, published online August 2, 2011.

¹² Zur Diskussion in Deutschland siehe etwa *Sabine Müller*, *Revival der Hirntod-Debatte: Funktionelle Bildgebung für die Hirntoddiagnostik*, *EthikMed* 2010, 500 ff.; auch *Stephan Sahn*, *Ist die Organspende noch zu retten?*, *FAZ* vom 14.9.2010, S. 33.

¹³ *Dick van Raemdonck u. a.*, *Initial experience with transplantation of lungs recovered from donors after euthanasia*, *Applied Cardiopulmonary Pathophysiology* 15 (2011), 38 ff.



Vermittlung derart gewonnener Organe angesichts der völlig unzureichenden Aufsicht und Kontrolle (s. oben) wirklich unterbunden wird.

V. Wie kann eine ehrliche und umfassende Aufklärung als Voraussetzung einer informierten Spendeentscheidung sichergestellt werden?

Vor dem skizzierten Hintergrund stellt sich nun in aller Deutlichkeit die Frage, wie die geplante Informations- und Entscheidungslösung, bei der die Bürger(innen) ja nachdrücklich mit der Organspendeproblematik konfrontiert werden sollen, eine wirklich ehrliche und umfassende Aufklärung sichergestellt werden kann. Die bisherige „Aufklärung“ etwa der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung ähnelt eher Desinformationskampagnen.

Und eine weitere drängende Problematik ist dabei zu berücksichtigen, die bislang von den Beteiligten weitgehend verschwiegen worden ist. Wie ist mit Patienten umzugehen, die mit schweren primären oder sekundären Hirnschäden auf der Intensivstation beatmet und medikamentös behandelt werden und von denen man annimmt, bei ihnen könne demnächst der Hirntod diagnostiziert werden? Ausgangspunkt der Überlegungen hat dabei zu sein, dass alle Behandlungsoptionen strikt patientenzentriert sein müssen. Das bedeutet, dass alle medizinisch indizierten Maßnahmen zu ergreifen sind. Das bedeutet andererseits aber, dass, wenn es an einer entsprechenden Indikation fehlt, der Patient, ggf. palliativmedizinisch begleitet, seinem Sterben überlassen werden muss. Genau dies wird zunehmend auch in Patientenverfügungen eingefordert (s. dazu noch sogleich). In diesem Fall ist dann auf eine Hirntoddiagnostik zu verzichten, womit aber zugleich die Chance auf eine Organentnahme entfällt. Und umgekehrt: Will man bei solchen Patienten eine potentielle Organspende realisieren, müsste mit dem Abbruch der intensivmedizinischen Behandlung gewartet werden, sei es, um den Hirntod erst eintreten zu lassen, sei es, um die durchaus aufwendige Hirntoddiagnostik durchführen zu können. Dabei werden in aller Regel auch zusätzliche medikamentöse Interventionen erforderlich sein, um z. B. die Durchblutung der Organe und so die Chancen einer eventuellen Transplantation zu



verbessern. In bestimmten Konstellationen könnte es sogar zu einem Herzstillstand kommen, der eine medikamentöse oder mechanische Reanimation erforderlich macht, die ihrerseits in seltenen Fällen einen Wachkomazustand herbeiführen kann. Auf diese Problematik haben jüngst Autoren des Universitätsklinikums Münster, darunter auch der ärztliche Direktor des Universitätsklinikums Münster und der Leiter der Klinik und Poliklinik für Transplantationsmedizin in einem Aufsatz für das Deutsche Ärzteblatt hingewiesen.¹⁴

Ob und inwieweit unter solchen Umständen allein oder im wesentlichen durch den Wunsch nach einer Organexplantation motivierte Maßnahmen zulässig sind, wird auch international zunehmend diskutiert.¹⁵ Die Münsteraner Autoren halten es vor dem geschilderten Problemhintergrund für nicht mehr vertretbar, erst nach Beginn oder gar Abschluss der Hirntoddiagnostik mit den Angehörigen die Frage einer möglichen Organspende anzusprechen, wenn ein Organspendeausweis nicht vorliegt. Vielmehr seien die Angehörigen im Voraus über die Gründe für eine mögliche Hirntoddiagnostik und die beabsichtigten Maßnahmen einschließlich der Risiken zu informieren. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine mutmaßliche Zustimmung zur Organentnahme zugleich pauschal alle organprotektiven Maßnahmen decke.¹⁶

Die angesprochene Problematik sollte für den Gesetzgeber auch Anlass sein, sich mit den Auswirkungen der immer zahlreicher werdenden Patientenverfügungen auf die Organexplantation auseinanderzusetzen. Sehr viele Patientenverfügungen begrenzen die medizinischen Interventionsmöglichkeiten in einer infausten Situation und schließen damit eigentlich auch organprotektive Maßnahmen bereits im Vorfeld der Hirntoddiagnostik aus. Darin liegt möglicherweise auch ein Grund für das schwache Organaufkommen im Jahre 2011.¹⁷

¹⁴ Siehe *Bettina Schöne-Seifert u. a.*, Medizinethik: Behandlung potentieller Organspender im Präfinalstadium, DÄBl. 2011, A-2080 ff.

¹⁵ Siehe *M. Y. Rady/J. L. Verheijde/J. L. McGregor*, Scientific, legal, and ethical challenges of end-of-life organ procurement in emergency medicine, *Resuscitation* 81 (2010), 1069 ff.

¹⁶ Siehe *Schöne-Seifert u. a.*, Deutsches Ärzteblatt 2011, A-2080 ff.

¹⁷ Siehe dazu auch *Oliver Tolmein*, Die Ablehnung hat Gründe, FAZ v. 13.12.2011, S. 31.



VI. Soll die restriktive Regelung über die sog. Lebendspende beibehalten werden?

Ein abschließender Blick ist auf die Regelung der sog. Lebendspende in § 8 TPG zu richten. Sie ist durch die Spende einer Niere durch den ehemaligen Außenminister und jetzigen SPD-Fraktionsvorsitzenden im Deutschen Bundestag, Frank-Walter Steinmeier, in den Fokus einer breiteren Öffentlichkeit gerückt. Die geltende Rechtslage ist sehr restriktiv ausgestaltet. Sie beinhaltet eine strafbewehrte Begrenzung des Spenderkreises auf Angehörige oder sonst in einem besonderen Näheverhältnis zum Empfänger stehende Personen und wird durch § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG nur dann für zulässig erklärt, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht. Diese sog. Subsidiaritätsklausel kann dazu führen, dass eine medizinisch vorzugswürdige Behandlung – nämlich die planbare Durchführung einer Lebendspende mit unmittelbar anschließender Übertragung des Organs – zugunsten der „zweitbesten“ Lösung unterbleibt.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in einer Kammerentscheidung aus dem Jahre 1999 eine Verfassungsbeschwerde gegen die Regelungen in § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG nicht zur Entscheidung angenommen hat,¹⁸ stößt das geltende Recht insoweit auf erhebliche Kritik.¹⁹ Dieser kann auch nicht durch problematische und kaum vertretbare Umdeutungen des Gesetzestextes, wie sie die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom Dezember 2003 zur sog. Cross-Over-Spende praktiziert hat,²⁰ Rechnung getragen werden.

Unbezweifelbarer Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht jedenfalls insoweit, als es zu einer deutlichen Verbesserung des Versicherungsschutzes für Lebendor-

¹⁸ Siehe BVerfG (K), NJW 1999, 3399 ff.; die Entscheidung ist überwiegend auf zum Teil scharfe Kritik gestoßen, siehe hier nur die Nachweise in *Thomas Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 5 mit Fn. 16 und zahlr. Nachw.

¹⁹ Besonders eingehend und nachdrücklich *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, aaO, S. 3 ff., S. 69 ff.

²⁰ BSGE 92, 19 ff.



ganspender kommen muss.²¹ Schließlich ist auch eine Stärkung der sog. Lebendspende-Kommissionen (s. § 8 Abs. 3 TPG) und die Errichtung eines zentralen Lebendspender-Registers auf gesetzlicher Grundlage (etwa nach Schweizer Vorbild) sinnvoll. Ein derartiges Register könnte die regelmäßigen Nachuntersuchungen des Spenders überwachen sowie auftretende Komplikationen unter Einschluss möglicher psycho-sozialer Folgen und von Spätfolgen im Langzeitverlauf dokumentieren. Es könnte zugleich ein wirkungsvolles Instrument dafür sein, eine regelmäßige Nachbetreuung des Organspenders sicherzustellen und als Grundlage für die Qualitätssicherung der Transplantationsmedizin dienen.²²

²¹ Zu einem Gesetzgebungsvorschlag, formuliert bei einer öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin vom 1.3.2004 siehe *Höfling*, Stellungnahme, Kom.-Drs. 15/143, S. 8; zur Problematik *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, aaO, S. 89 ff.

²² Näher *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 85 ff.



C. Schlussbemerkungen

Fasst man die wesentlichen Ergebnisse der vorstehenden Überlegungen zusammen, so lässt sich als Fazit der Bewertung des geltenden Transplantationsrechts feststellen:

Unzureichend legitimierte Akteure (Bundesärztekammer, Deutsche Stiftung Organtransplantation, Eurotransplant) treffen auf der Grundlage eines inkonsistenten und verfassungsrechtlich mehr als zweifelhaften Todeskonzepts Entscheidungen über Leben und Tod, die nahezu vollständig der rechtsstaatlichen Aufsicht und Kontrolle entzogen sind.

Der Gesetzgeber sollte vor diesem Hintergrund zunächst die Änderungen des TPG auf eine Umsetzung der EU-Richtlinie begrenzen. Wenn und soweit er für eine offene und umfassende Information und Aufklärung Sorge trägt, kann er auch eine sog. Entscheidungslösung einführen.

Er muss sich aber darüber im Klaren sein, dass derartige punktuelle Interventionen unzureichend sind. Solange der parlamentarische Gesetzgeber den drängenden verfassungsrechtlichen und medizinethischen Herausforderungen ausweicht, wird die Grundvoraussetzung für eine Erhöhung der Spendenbereitschaft der Bürger weiterhin fehlen – nämlich: das Vertrauen in die Integrität, Legitimität und rechtsstaatliche Rationalität der Transplantationsmedizin.²³

²³ Siehe dazu auch *Wolfram Höfling*, Auf Leben und Tod, FAZ vom 15. Dezember 2011, S. 8.