



**„10 Jahre Transplantationsgesetz – Verbesserung
der Patientenversorgung oder
Kommerzialisierung?“**

**Vortrag auf dem 110. Deutschen Ärztetag in Münster
am 16. Mai 2007**

Prof. Dr. jur. Hans Lilie

Geschäftsführender Direktor des Interdisziplinären Zentrums

Medizin-Ethik-Recht

der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

- Es gilt das gesprochene Wort -

10 Jahre Transplantationsgesetz – Verbesserung der Patientenversorgung oder Kommerzialisierung?

Prof. Dr. jur. Hans Lilie

Der Befund ist so einfach wie erschreckend: Jeden Tag sterben in Deutschland drei Menschen an akutem „Organspende-Versagen“!¹ Es ist daher zu begrüßen, dass sich der 110. Deutsche Ärztetag in Münster dieses Problems angenommen hat. Es ist für die Ärzteschaft von grundsätzlicher Bedeutung, sich mit dem komplexen Themenfeld der medizinischen, ethischen und rechtlichen Aspekte von Organ- und Gewebetransplantation auseinanderzusetzen, wie es der Präsident der Bundesärztekammer und des Deutschen Ärztetages Prof. Hoppe formuliert hat.

I. Einleitung

Als das heutige Transplantationsgesetz am 1. Dezember 1997 in Kraft trat, war dem eine fünfundzwanzigjährige Diskussion in der alten Bundesrepublik vorausgegangen.² Mit den rasanten Fortschritten der Transplantationsmedizin hatte die Arbeitsgemeinschaft der Transplantationszentren schon 1987 den Bedarf eines normativen Rahmens für das Transplantationsgeschehen erkannt. Die damals bereits lang anhaltende Debatte sollte strukturiert werden. Man wollte unabhängig vom Fortschritt der zögerlichen Gesetzgebung einen einheitlichen Handlungsrahmen vereinbaren. Deshalb hatte man alle wesentlichen Aspekte und Grundsätze der Organtransplantation in einem freiwilligen Kodex des ärztlichen Berufsrechts geregelt und die medizinischen, ethischen und juristischen Prinzipien für die damals bekannten Formen der Organtransplantation festgeschrieben. Es war ein glücklicher Zufall, dass der große Chirurg Rudolph Pichlmayr gemeinsam mit dem ihm freundschaftlich verbundenen Juristen Hans-Ludwig Schreiber einen Meilenstein interdisziplinärer Zusammenarbeit gesetzt und so die Prinzipien dieses Kodex' maßgeblich mitbestimmt hat.

Die Fragen der Einwilligung in die Organentnahme, die Grundsätze für die Organspende bei Lebenden, insbesondere aber auch die nachdrückliche Ablehnung jeglicher Form von Kommerzialisierung bei Organspenden wurde festgeschrieben. Ebenso spielte die Organallokation erstmals eine größere Rolle, weil Kriterien und Empfehlungen für Organvermittlung in dem Kodex enthalten waren. Auch die erweiterte Zustimmungslösung,

¹ Blöß, Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A1208.

² Ausführlich dazu Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, Einführung Rd. 17.

die später durch zwei Gerichtsentscheidungen bestätigt wurde, war Gegenstand dieser Vereinbarung auf berufsrechtlicher Ebene.³

Gleichwohl engagierte sich die Ärzteschaft für das Wohl der Patienten auf Wartelisten und forderte nachhaltig eine gesetzliche Regelung aller Details der Transplantationsmedizin. Nach einem Gesetzesentwurf der Bundesregierung von 1978 und Entwürfen aus Rheinland-Pfalz, Hessen und Bremen sowie dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit vom 17.03.1995, kam es zu einer umfassenden Auseinandersetzung. Allen, die heute eine rasche Änderung des Transplantationsgesetzes fordern, muss man die Lektüre dieses Gesetzgebungsverfahrens empfehlen.⁴

Einigkeit besteht heute, dass, trotz aller Zweifel im Detail, der Gesetzgeber mit dem Transplantationsgesetz einen sicheren Rechtszustand geschaffen hat. Die Transplantationsmedizin hat klare Strukturen und feste Prinzipien für die Arbeit, die letztlich dazu geführt haben, dass die Zahl der transplantierten Organe in den Jahren 2001 bis 2006 durch das Gesetz und den Fortschritt der Transplantationsmedizin von 3.400 auf etwas über 4.000 gestiegen ist. Bei der Lebendspende ist im gleichen Zeitraum eine Steigerung von ca. 480 auf 600 Lebendspenden zu verzeichnen. Nun mag man anführen, dass diese Zahlen nicht ausreichen. In der „ZEIT“ der vergangenen Woche konnte man den schönen Satz lesen: „mehr Rechtssicherheit aber nicht mehr Organe“.⁵ Ich möchte diese Aussage etwas präzisieren: „genug Rechtssicherheit aber noch nicht genug Organe“.

Die Bewertung der Gesamtlage der Transplantationsmedizin erscheint heute unübersichtlich und insbesondere ist die richtige Analyse der Organspende umstritten. In der Großen Anfrage der Abgeordneten Julia Glöckner, Thomas Rachel und weiterer Abgeordneter der Fraktion der CDU/CSU zum Thema „Förderung der Organspende“ begründeten die Abgeordneten ihre Unzufriedenheit insbesondere damit, dass festzustellen sei, „dass das Transplantationsgesetz zu keiner nennenswerten Steigerung der Organspenden geführt hat“. Sie sehen „einen alarmierenden Zustand, dass durchschnittlich bereits 30% der Patienten auf den Wartelisten sterben, weil sie aufgrund des Mangels an Spendeorganen keine Transplantation bekommen können, durch die ihr Leben gerettet werden könnte“.⁶

³ Landgericht Bonn, JZ 1971 S. 56; AG Berlin-Schöneberg, FamRZ 1979, 633.

⁴ Vgl. etwa Darstellung der Debatte bei Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG Einführung Rd. 23 f.

⁵ Die ZEIT vom 3.5.2007 Nr. 19.

⁶ Große Anfrage der Abgeordneten Julia Glöckner und andere und der Fraktion der CDU/CSU zum Thema Förderung der Organspende, BT-Drs. 15/2707, 1 f.

Die auf den Wartelisten stehenden 12.000 Patienten hoffen auf neue Organe, die ihr Leben retten oder ihre Lebensqualität verbessern. Grund für die heutige Diskussion dieses Themas auf dem Deutschen Ärztetag ist die Tatsache, dass trotz aller bisherigen Bemühungen und gesetzgeberischen Maßnahmen diese Hoffnungen und Wünsche bei einer nicht unerheblichen Anzahl von Patienten unerfüllt bleiben müssen. Ziel unserer heutigen Diskussion muss es sein, einen Konsens darüber zu erzielen, ob der Gesetzgeber einschreiten muss, um den Patienten auf der Warteliste effektiv und schnell zu helfen oder ob andere Lösungen Erfolg versprechender sind. Dabei ist eines sogleich anzumerken, und lassen Sie mich am Anfang meines Vortrages sogleich betonen: § 11 Abs. 1 TPG lautet:

„Die Entnahme von vermittlungspflichtigen Organen einschließlich der Vorbereitung von Entnahme, Vermittlung und Übertragung ist gemeinschaftliche Aufgabe der Transplantationszentren und der anderen Krankenhäuser in regionaler Zusammenarbeit.“

Dieser Satz wird bislang in der politischen Debatte um die Organtransplantation viel zu wenig berücksichtigt. Mir geht es auch darum, deutlich zu machen, dass die Zusammenarbeit bei der Organspende eine gemeinschaftliche Aufgabe aller ist. Alle Ansätze, die aus dem jetzt bestehenden Engpass führen sollen, müssen im Sinne der Gemeinschaftsaufgabe die Vielfalt der in der Transplantationsmedizin wirkenden Kräfte stärker als bisher bündeln und zum Segen der Patienten aktivieren. Es kann nicht um einzelne Ansätze, einzelne Kreise, und singuläre Interessen gehen.

II. Eckpunkte des deutschen Transplantationsrechts

Für die Debatte muss man zunächst einen Konsens über die bestehenden und meines Erachtens unverbrüchlichen Eckpunkte des deutschen Transplantationsrechts herstellen.

a) Chancengleichheit aller Patienten

Vor dem Inkrafttreten des TPG war die Zuteilung von Organen von den Aktivitäten der einzelnen Transplantationszentren bei der Organspende abhängig. Das führte zu erheblichen Ungleichbehandlungen bei Patienten. Diese mussten dann länger warten, wenn sie auf der Warteliste eines Transplantationszentrums standen, in dem weniger Organe gespendet

wurden. Heute regelt § 12 Abs. 3 Satz 2 TPG, dass die Wartelisten der Transplantationszentren als einheitliche Warteliste zu behandeln sind, um allen Patienten, die auf eine Organtransplantation warten, die gleichen Chancen einzuräumen. Diese Warteliste wird auf der Grundlage des Vertrages über die Vermittlungsstelle nach § 12 TPG von Eurotransplant als einheitliche Warteliste je Organ geführt.

b) Hirntod

Die sichere Feststellung des endgültigen Ausfalls der gesamten Hirnfunktion ist die Grundvoraussetzung der Organspende und der Transplantationsmedizin. Bisweilen äußern kritische Stimmen Bedenken, ob diese Kriterien ein sicheres Todeszeichen seien.

Der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer hat in seiner Stellungnahme vom 5. November 1993 darauf hingewiesen, dass Missverständnisse vorrangig darauf beruhen, dass Nichtmediziner und Kritiker dieses Todesbegriffs deshalb so skeptisch sind, weil dieser eindeutige medizinische Sachverhalt bislang nicht in ausreichendem Maße verständlich vermittelt wurde.⁷ Der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer weist zutreffend darauf hin, dass nach der Feststellung des vollständigen und endgültigen Ausfalls der gesamten Hirnfunktionen weitere Überlegungen zum Lebensschutz nicht mehr relevant werden können. Besonders wichtig ist, dass im Umgang mit dem endgültigen, nicht mehr behebbaren Ausfall sämtlicher Gehirnfunktionen auch sprachliche Klarheit herrschen muss. Deshalb kann durch die Verwendung der Begriffe Hirntod oder klinischer Tod bei medizinischen Laien ein falscher Eindruck entstehen. Richtig ist es daher, von einem Tod nach Herzstillstand oder dem Tod durch endgültigen Ausfall der gesamten Hirnfunktion zu sprechen. Dadurch werden Missverständnisse von vornherein ausgeschlossen.

Auch wenn für die Angehörigen der endgültige Ausfall der gesamten Hirnfunktion immer noch schwer vermittelbar ist, so kann doch nicht nachdrücklich genug darauf hingewiesen werden, dass die diagnostischen Kriterien des Hirntodes auf Untersuchungsmethoden beruhen, an deren Zuverlässigkeit und Sicherheit nach wie vor kein Zweifel besteht. Stets sollte man auch darauf hinweisen, dass die herkömmliche Todesfeststellung auf der Basis der klassischen sicheren Todeszeichen nicht in Frage gestellt wird. Die Todesfeststellung, die auf dem Nachweis des endgültigen Ausfalls aller Gehirnfunktionen beruht, entfaltet ihre

⁷ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zum endgültigen Ausfall der gesamten Hirnfunktion, Deutsches Ärzteblatt 1993 S. 303 ff.

Bedeutung in der Regel immer nur unter intensivmedizinischen Behandlungsbedingungen.⁸ Der Versuch, die Organspendezahlen dadurch zu erhöhen, dass man auf sog. non-heart-beating-donors zurückgreift, verbietet sich deshalb nach den Hirntodrichtlinien der Bundesärztekammer. Schon jede erfolgreiche Reanimation belegt, dass der einfache Herzstillstand kein zuverlässiges sicheres Todeszeichen sein kann. Die Feststellung des Hirntodes muss deshalb Voraussetzung für jede Organspende bleiben.

c) Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit

Die Organspende in Deutschland hat nur dann eine Zukunft, wenn sie freiwillig und unentgeltlich bleibt. Alle Modelle, die anderes propagieren, widersprechen dem grundsätzlichen Prinzip der Chancengleichheit beim Zugang zu ärztlichen Behandlungen. Deshalb kann man von den Prinzipien der Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit der Entscheidung zur Organspende nicht abweichen. Die Erklärung zur Organspende nach § 2 Abs. 2 TPG, also eine Einwilligung, ein Widerspruch oder die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf eine andere Person, muss immer frei von Druck oder gar Zwang bleiben. Jeder andere Weg kann der Organspende und der Organtransplantation als Ganzem niemals dienlich sein. Anders als bei herkömmlichen Heileingriffen erfordert die freiwillige Erklärung zur Organspende keinerlei ärztliche Aufklärung.⁹ Eine Ausnahme von dem Verzicht auf ärztliche Aufklärung besteht nur bei der Einwilligung in eine Lebendspende gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1b TPG. In allen anderen Fällen bleibt es den Einzelnen überlassen, sich selber die notwendigen Informationen zu besorgen, sodass eine Organspende auch dann zulässig ist, wenn der Betreffende sich für die Spende ausgesprochen hat, ohne über die Einzelheiten zuvor aufgeklärt worden zu sein. Dogmatisch erklärt sich das aus der Tatsache, dass es - anders als beim ärztlichen Heileingriff - bei der Organspende nicht um die Verletzung der körperlichen Integrität eines Lebenden und den damit verbundenen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht geht. Bei der postmortalen Organspende wird nur das über den Tod hinaus wirkende Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen verletzt, wenn die Organentnahme ohne Einwilligung erfolgt.¹⁰

⁸ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zum endgültigen Ausfall der gesamten Hirnfunktion, Deutsches Ärzteblatt 1993 S. 303 ff.

⁹ Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, § 2 Rd. 10.

¹⁰ Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG § 2 Rd. 7.

d) Striktes Organhandelsverbot

Es besteht nach wie vor ein ganz weitreichender Konsens, dass an einem strikten Organhandelsverbot festzuhalten ist. Zu Recht wird die Auffassung vertreten, dass das Handelsverbot nach § 17 Abs. 1 S. 1 TPG zum Kernbereich der Vorschriften des Transplantationsgesetzes gehört. Das Streben nach Gewinn darf nicht mit einer Organspende verbunden werden. Wenn teilweise andere Ansichten vertreten werden,¹¹ ist dem nicht zuzustimmen. Es ist nicht mit der Menschenwürde vereinbar, wenn jemand seine Körperteile verkauft, und sich damit zum Objekt erniedrigt.¹² Zu Recht hat deshalb schon die Begründung des Entwurfs des Transplantationsgesetzes darauf hingewiesen, dass jegliche Form von Gegenleistung für eine postmortale Organspende die Menschenwürde verletzt und „dass diese über den Tod hinaus Schutzwirkung entfaltet“.¹³ Es wäre nicht hinnehmbar, wenn man versuchen wollte, den Organmangel dadurch zu beheben, dass man auf eine Strafvorschrift gegen den Organhandel verzichtete, da grundsätzlich die Verteilung lebenswichtiger Organe nicht an die finanzielle Leistungsfähigkeit des einzelnen Empfängers geknüpft werden kann.¹⁴

Deswegen kann man es auch nur mit Nachdruck begrüßen, dass im gegenwärtigen Verfahren zur Änderung des Transplantationsgesetzes für das Gewebegesetz das Handelsverbot für menschliche Zellen und Gewebe durch einen Änderungsantrag präzisiert werden soll. Die Kommerzialisierbarkeit von Geweben erführe dadurch gegenüber dem Regierungsentwurf eine deutliche Einschränkung. Damit wären wesentliche Bedenken der Bundesärztekammer im gegenwärtig laufenden Gesetzgebungsverfahren aufgenommen. Diese Bemühungen sind zu begrüßen.

Unabhängig von allen Fragen der Kommerzialisierung der Organspende ist die Frage der versicherungsrechtlichen Absicherung der Lebendspender zu diskutieren. Auch die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages hat sich wie die Bundesärztekammer für eine bessere finanzielle Absicherung des Spenders ausgesprochen.¹⁵

¹¹ Schroeder, Gegen die Spendenlösung bei der Organgabe, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, S. 265.

¹² LSG Niedersachsen, Urteil vom 30.08.1985 – L4Kr256/95, Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht, 1996, S. 23.

¹³ BT-Drs. 13/4355, S. 29.

¹⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 15.

¹⁵ BÄK, Empfehlungen zur Lebendorganspende, Deutsches Ärzteblatt 2000, A 3287, Enquete-Kommission, BT-Drs. 15/5050, S.59 ff.

Dabei wurde insbesondere betont, dass die Ausdehnung einer solchen Absicherung auf Spätschäden unabweislich notwendig ist.¹⁶ Die Deutsche Transplantationsgesellschaft hat sich bereits im Jahre 2003 mit diesen Fragen ausführlich auseinandergesetzt und ein Positionspapier verabschiedet. Jedenfalls darf die Aufklärung des Lebendspenders nicht dazu genutzt werden, das finanzielle Risiko bei Spätfolgen auf den Spender allein abzuwälzen, nur weil dieser in Kenntnis dieser Risiken in die Organentnahme für eine nahestehende Person eingewilligt hat.¹⁷

Andere Modelle zur Förderung der Organspende durch indirekte Vorteile bleiben problematisch. Soweit der Ethikrat vorschlägt, Menschen, die sich zu Lebzeiten als Spender erklären, einen Bonus auf der Warteliste zuzusprechen, ist das gegenwärtig nicht mit dem TPG zu vereinbaren. Gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG entscheiden insbesondere Notwendigkeit und Erfolgsaussicht, also medizinische Kriterien einer Organübertragung, über die Aufnahme auf die Warteliste.¹⁸

e) Verhältnis postmortale Organspende zur Lebendspende

Es ist ein Grundgedanke des Transplantationsgesetzes, dass die postmortale Organspende immer den Vorrang vor einer möglichen Lebendspende haben soll. Dieses Prinzip der Subsidiarität (§ 8 TPG) sollte in seiner Grundstruktur nicht angetastet werden. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages für Ethik und Recht in der Medizin hat dieses Prinzip betont, da die Organentnahme vom lebenden Spender, trotz aller medizinischen Möglichkeiten, nach wie vor ethisch auf Bedenken stößt.¹⁹ Das Prinzip des Nichtschadens beim Spender wird trotz aller Einwilligung und noch so umfangreicher Aufklärung vielleicht nicht in jedem Fall verletzt, aber in vielen Fällen doch gefährdet. Die noch so große ärztliche Sorgfalt und auch die weitere Perfektionierung der Nierenentnahme vom Lebendspender durch minimalinvasive Techniken, können nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausschließen, dass es zu Spätfolgen beim Spender kommt. Allein schon die spätere Ursachenfeststellung für die gesetzliche Unfallversicherung bedeutet eine nicht zu vernachlässigende Belastung und ein großes Risiko für die Spender. Zu Recht hat Schreiber

¹⁶ Ausführlich dazu Gutmann in Schroth/König u. a. TPG § 8 Rd. 44 ff.

¹⁷ Kraushaar, Versicherungsrechtliche Aspekte und Absicherung der Lebendorganspende in: Nieren-Lebendspende, Rechtsfragen und Versicherungsregelungen für Mediziner in: Kirste (Hrsg.) Berlin 2000. Vgl. ferner BSG, NJW 1973 S. 1432.

¹⁸ Stellungnahme des Nationalen Ethikrates S. 21.

¹⁹ BT-Drs. 15/5050, S. 34 ff.

deswegen darauf hingewiesen, dass die ärztliche Verantwortung dafür, einen gesunden Menschen durch einen operativen Eingriff zu einem potentiellen Kranken zu machen, nur schwerlich zu rechtfertigen sei.²⁰ Überspitzt formuliert erklärt Schreiber, es sei ethisch nicht zu rechtfertigen, einen Mensch zu einem Mittel und zu einem Ersatzteillager zu machen. Ebenso wenig, und hier wird letztendlich das Autonomieprinzip angesprochen, darf ein Mensch sich selbst auf diese Weise instrumentalisieren. Schreiber betont, dass gerade in diesem Zusammenhang der bloße Rekurs auf die Autonomie des Organspenders gefährlich werden könne. Im Zusammenhang mit der Lebendspende sei Autonomie kritischer als sonst zu betrachten. Freilich gibt es auch Stimmen, die gerade in dieser vom Gesetzgeber gewollten Beschränkung der Autonomie eine Form nicht zu rechtfertigenden staatlichen Paternalismus' sehen.²¹

f) Trennung von Koordinierung der Organspende und Vermittlung der Organe

Schließlich hat es sich in der deutschen Transplantationslandschaft außerordentlich bewährt, dass das Transplantationsgesetz die Koordinierung der Organspende von der Vermittlung von Organen trennt. Die Trennung der wesentlichen Funktionen zur Umsetzung der organisatorischen Abläufe der Organtransplantation bewirkt ein Höchstmaß an Neutralität im Verfahren um die Organspende und Organverteilung. Der Gesetzgeber hat zutreffend erkannt, dass Organspende und Organvermittlung zwei Verfahren sind mit durchaus gegenläufigen Interessen, die grundsätzlich nicht miteinander verquickt werden dürfen. Durch die Selbstständigkeit beider Organisationen lassen sich auch die entsprechenden Arbeitsschwerpunkte besser entwickeln. Die als Koordinierungsstelle vertraglich eingebundene Deutsche Stiftung Organtransplantation hat es durch ihren Einsatz in den letzten Jahren ermöglicht, die Organspende kontinuierlich zu steigern. Diese Ergebnisse werden weiter verbessert werden. Die bei der Bundesärztekammer eingerichtete Überwachungskommission, die auf der Grundlage der vertraglichen Regelungen der Selbstverwaltungspartner eingerichtet wurde, überwacht dabei die Arbeit der Koordinierungsstelle. So ist es möglich, dass durch die engagierte Zusammenarbeit der Träger der Selbstverwaltung der Organspendeprozess in Deutschland auch in kritischen Situationen aufmerksam beobachtet und sorgfältig begleitet wird.

²⁰ Schreiber, Rechtliche Aspekte der Organlebendspende, Akademie der Wissenschaften NRW 2004, 23, Schreiber, Deutsche Arbeitsgemeinschaft für klinische Nephrologie Band XXXV/2006 S. 69.

²¹ Schroth, Schreiber-Festschrift, S. 843 ff.

Für die Organvermittlung wurde die in Leiden, Holland, ansässige Stiftung Eurotransplant beauftragt. Soweit von juristischer Seite Einwände gegen die Zuteilung von Lebenschancen durch Organvermittlung aus dem Ausland erhoben werden, sollte man eher Zurückhaltung walten lassen. Angesichts der immer noch zu geringen Zahlen bei der Organspende in Deutschland ist es nach wie vor so, dass deutsche Patienten nachhaltig von diesem europäischen Zusammenschluss bei ET profitieren. Deutschland ist nach wie vor ein Organimportland. Würden die beteiligten Staaten auf einem vollständigen Ausgleich der nach Deutschland importierten Organe bestehen, würden noch weniger Patienten in Deutschland mit Organen versorgt werden können. Einem weiter gehenden über ET hinausgehenden europäischen Allokationsverbund stehen gegenwärtig noch erheblich voneinander abweichende Standards in der Transplantationsmedizin entgegen.

g) Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer

§ 16 TPG regelt, dass der Bundesärztekammer die so genannte Richtlinienkompetenz für die Transplantationsmedizin zukommt. Die Bundesärztekammer hat für alle wichtigen Kriterien der Organspende und Organtransplantation die entsprechenden Richtlinien aufzustellen. Diese Arbeit nimmt im Wesentlichen die Ständige Kommission Organtransplantation wahr. Die von der Kommission entwickelten Richtlinien werden durch den Vorstand der Bundesärztekammer beraten und verabschiedet und im Bundesärzteblatt veröffentlicht. Damit erfolgt die Standardbildung in der Transplantationsmedizin als ärztliches Berufsrecht durch ein beeindruckendes Engagement des ärztlichen Ehrenamtes. Soweit gegen diese Regelung Bedenken laut werden, muss man freilich sehen, dass die außerordentlich hohe Sachkunde, die ausgeprägte Nähe zu den Einzelproblemen und die notwendige Flexibilität es möglich machen, dass jederzeit der Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in der Praxis zum Wohl der Patienten unverzüglich umgesetzt werden kann. Zu Recht hat deshalb meines Erachtens der Vorstand der Bundesärztekammer im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zum Gewebegesetz darauf hingewiesen, dass es nicht Aufgabe des ärztlichen Berufsrechts sein kann, Richtlinien für die industrielle Verarbeitung von Geweben zu erstellen. Die hierbei anfallenden Kosten können nicht von der Ärzteschaft getragen werden. Die weitere Richtlinienfähigkeit der Bundesärztekammer bei Geweben ist deshalb zu Recht davon abhängig zu machen, dass diese Gewebe arzneimittelrechtlich so behandelt werden, dass keine Gewinnerzielung möglich ist.

III. Diskussionsfelder für die Zukunft

1. Widerspruchslösung

Sind die Mängel des deutschen Transplantationswesens zu heilen, indem man den Ausweg über einen Strukturwechsel wählt und das bisherige Modell der erweiterten Zustimmungslösung verlässt? Immerhin hat der Nationale Ethikrat eine bislang eher subkutane Debatte spektakulär an die Öffentlichkeit gebracht. Neu ist der Widerstreit zwischen Widerspruchs- und Zustimmungslösung nicht. Die Versuche einer gesetzlichen Regelung zur Organtransplantation in der alten Bundesrepublik basierten auf einem Arbeitsentwurf, den eine Bund-Länderarbeitsgruppe 1975 für das Transplantationsgesetz vorlegte.²² Dieser erste Entwurf, der auf einen Beschluss der Justizministerkonferenz zurückging, favorisierte eine Widerspruchslösung. Im damals noch papiernen grauen Personalausweis sollte ein Widerspruch handschriftlich dokumentiert werden. Auch der Entwurf der sozialliberalen Bundesregierung von 1978 ging zunächst von einer Widerspruchslösung aus. Der Bundesrat trat dagegen für die erweiterte Zustimmungslösung ein. Alle weiteren Gesetzgebungsentwürfe bis in die 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts hinein wechselten zwischen beiden Modellen hin und her.

Deshalb wird man eines sicher berücksichtigen müssen: Eine erneute Auseinandersetzung über erweiterte Zustimmungs- oder Widerspruchslösung würde dazu führen, dass das gesamte System der Transplantationsmedizin in Frage gestellt wird. Das aber hat der Nationale Ethikrat mit seiner Stellungnahme zwar nicht beabsichtigt, vielmehr wollte er den bestehenden Engpass bei der Organspende beseitigen helfen.

Dem vom Nationalen Ethikrat aufgestellten Befund ist ohne jede Einschränkung zuzustimmen. Auf der Basis der Forsa Umfrage aus dem Jahre 2003 sind immerhin fast 70% der Bevölkerung positiv zur Organspende eingestellt. Sie wären auch damit einverstanden, dass man ihnen selbst nach dem Tod Organe entnimmt. Deswegen beklagt der Nationale Ethikrat völlig zu Recht, dass die Spendebereitschaft, die bei 68% liegt, heute nicht ausgeschöpft wird. Der Nationale Ethikrat macht für dieses Problem in erster Linie

²² Nickel, Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation S. 61 m.w.N.

organisatorische Defizite verantwortlich. Es ist wohl heute kein Geheimnis mehr, dass, wie es der Ethikrat zu Recht anführt, Engpässe vor allen Dingen bei der Erkennung und Meldung von potentiellen Spendern in den Krankenhäusern bestehen. Die zugegebenermaßen sehr versteckte Regelung im Transplantationsgesetz in § 11 Abs. 4 Satz 2 hat praktisch keinerlei Wirkung entfaltet. Dort heißt es:

„Die Krankenhäuser sind verpflichtet, den endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstammes von Patienten, die nach ärztlicher Beurteilung als Spender vermittlungspflichtiger Organe in Betracht kommen, dem zuständigen Transplantationszentrum mitzuteilen, das die Koordinierungsstelle unterrichtet. Das zuständige Transplantationszentrum klärt in Zusammenarbeit mit der Koordinierungsstelle, ob die Voraussetzungen für eine Organentnahme vorliegen.“

Schon bei der Formulierung des Transplantationsgesetzes hat man also das Problem gesehen und gesetzlich geregelt. 55% aller Krankenhäuser mit Intensivstation missachten diese Regelung oder kennen sie gar nicht. Erkenntnisse darüber liegen aber nicht vor. Die unterlassene Meldung von Organspendern ist im Transplantationsgesetz nicht sanktioniert. Wen wollten sie auch wie bestrafen, wenn Organspender nicht gemeldet werden? Es ist auch erwogen wurden, den Krankenhäusern, die sich nicht an der Hirntodmeldung beteiligen, die Weiterbildungsermächtigung zu entziehen.

Oft wird vorgetragen, die mangelnde Kostenerstattung sei Ursache für die Zurückhaltung. Das kann dabei nicht den Ausschlag geben. Zwar geht der Nationale Ethikrat davon aus, dass die festgestellten Erstattungen nicht in allen Fällen dazu geeignet seien, die tatsächlich entstehenden Kosten zu decken. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Selbstverwaltungspartner gemeinsam mit der DSO in einem regelmäßigen Rhythmus die den Krankenhäusern zu erstattenden Pauschalen für die Organspende aushandeln. Derzeit werden für eine Multiorganentnahme 3370 Euro erstattet. Kommt es vor der Organspende zu einem Abbruch des Vorganges, sind auch erhebliche Summen vereinbart. Von daher kann die Argumentation des Nationalen Ethikrates nicht überzeugen, dass die finanziellen Probleme für kleine und mittlere Häuser der Grund für die mangelnde Zusammenarbeit bei der Organspende seien. Eher trifft wohl zu, dass es schwierig sein könnte, Ärzte und Pflegekräfte

auf Intensivstationen für eine Organspende zu motivieren, da die mögliche Organentnahme die Behandlung anderer schwerkranker Patienten auf den Intensivstationen beeinträchtigt.²³ Ganz vorsichtig schlägt der Nationale Ethikrat ergänzend negative Sanktionen für kooperationsunwillige Krankenhäuser vor. Schließlich ist dem Nationalen Ethikrat auch darin zuzustimmen, dass es den peripheren Krankenhäusern vielleicht doch schwerer fällt, als man allgemein annimmt, für Patienten, die man nicht kennt, nämlich jene auf den Wartelisten, große Aktivitäten zu entfalten, ohne wirkliche Rückwirkungen für die eigenen Patienten zu spüren.

Aus alledem zieht der Nationale Ethikrat den Schluss, dass die Widerspruchslösung zu höheren Spenderaten führen könne. Um in der ärztlichen Terminologie zu bleiben: Der Nationale Ethikrat hat die zutreffende Diagnose gestellt. Die gewählte Therapie verspricht jedoch keine wirkliche Heilung für unseren Patienten, weil das eigentliche Symptom nicht behandelt wird. Schon in der Debatte im Gesetzgebungsverfahren vor dem Transplantationsgesetz war der schwerwiegendste Einwand gegen die Widerspruchslösung, dass zu viele Patienten rein vorsorglich einen Widerspruch dokumentieren könnten. In der damaligen Diskussion wurde befürchtet, viele Menschen hätten Angst und scheuten die Auseinandersetzung mit dem eigenen Tod. So könnte es vermeintlich sicherer sein, einen Widerspruch zu dokumentieren. Der Nationale Ethikrat stützt seine Widerspruchslösung mit der ethischen nicht ganz unproblematischen Erwartung, dass von Vielen auf das Einlegen eines ausdrücklichen Widerspruchs nach der allgemeinen Lebenserfahrung eher verzichtet werde.²⁴ Auf der gleichen Ebene liegt das Argument, dass man wohl den Aufwand scheue, einen Widerspruch zu dokumentieren. Freilich plädiert der Nationale Ethikrat nicht für die enge Widerspruchslösung, sondern möchte die Zahl der Organspenden gerade dadurch erhöhen, dass mit einer erweiterten Widerspruchslösung die Angehörigen an der Entscheidung über die Organspende beteiligt werden sollen. Das soll mit der Aufforderung an alle Bürgerinnen und Bürger verbunden werden, sich für oder gegen eine Organspende zu erklären.

Das Modell des Nationalen Ethikrates muss sich mit weiteren systematischen Einwendungen auseinandersetzen. Der Nationale Ethikrat hat das Defizit der fehlenden Organspenden nicht in der Zustimmungslösung gesehen. Immerhin ist in empirischen Untersuchungen eine sehr

²³ Stellungnahme des Nationalen Ethikrates, S. 16.

²⁴ Stellungnahme des Nationalen Ethikrates S. 23.

hohe grundsätzliche Zustimmung zur Organspende in der Bevölkerung festgestellt worden. Das eigentliche Defizit liegt, und dies bestreitet der Nationale Ethikrat nicht einmal ansatzweise, in der Kooperation der Krankenhäuser mit der Koordinierungsstelle bei der Meldung potentieller Organspender. Deshalb setzt der Lösungsansatz des Nationalen Ethikrates nicht am eigentlichen Problem an, wenn man durch eine Aufklärung der Bevölkerung eine persönliche Erklärung zur Organspende erwartet und für den Fall des Schweigens dies als Zustimmung werten will. Letztendlich läuft diese Argumentation darauf hinaus, das Schweigen eines Menschen als Zustimmung zu interpretieren. Ein solches Prinzip kennt die deutsche Rechtsordnung anders als Österreich (§ 862 Abs. 1 ABGB) nicht. Aus der Tradition des römischen Rechts heraus gilt der Satz „qui tacet consentire videtur“. Schweigen ist eben nur ein Schein, aber kein Beleg für eine Zustimmung bei Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht, das über den Tod hinaus Wirkung entfaltet. Sicherlich wird man von jedem Mitmenschen eine verantwortliche und wohl überlegte Gewissensentscheidung verlangen können. Wer diese aber gerade nicht abgeben möchte, kann nicht durch Aufklärung zum Zustimmenden „uminterpretiert“ werden. Der mit dem Lösungsmodell des Nationalen Ethikrates gesuchte Weg beeinträchtigt die Menschenwürde allein deshalb, weil es eben nicht ausreicht, dass jeder die Möglichkeit zur Information auch nach einer umfassenden Kampagne der Bundesregierung haben würde. Wir wissen, dass viele Menschen in unserer Gesellschaft solche Dinge nicht zur Kenntnis nehmen, dass auch die umfassendste Aufklärungskampagne große Teile der Bevölkerung nicht erreichen wird. Die Argumentation des Nationalen Ethikrates arbeitet eben mit der Unterstellung, dass alle die gleiche Möglichkeit haben, mit den öffentlichen Informationen auf gleiche Art und Weise umzugehen. Aber auch im Praktisch-Technischen entstehen Schwierigkeiten, die denen im ersten Gesetzgebungsverfahren ähneln. Der Vorschlag des Nationalen Ethikrates, den Widerspruch auf der Gesundheitskarte zu dokumentieren, stößt auf Schwierigkeiten. Der Deutsche Ärztetag hat bereits im Mai 2005 beschlossen, das Bundesministerium für Gesundheit aufzufordern, für die Ausgabe der elektronischen Gesundheitskarte die Möglichkeit einer Willenserklärung zur Organspende auf freiwilliger Basis intensiv zu prüfen.

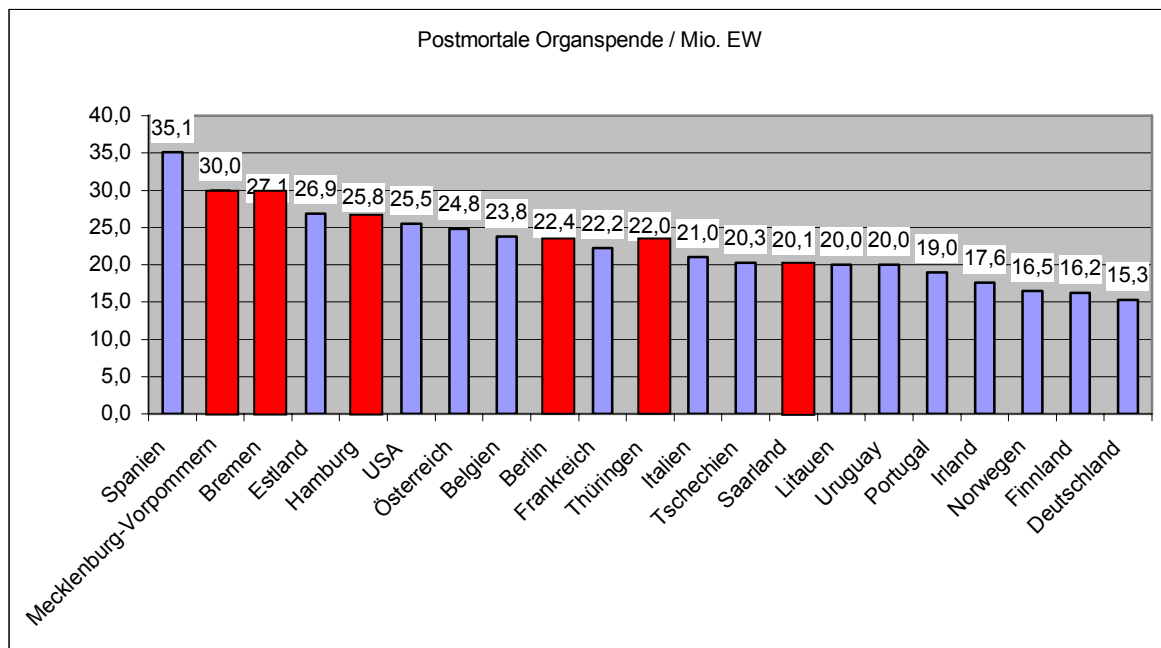
Nach Ansicht der Bundesärztekammer sollen die entsprechenden Daten jedoch nicht in den Notfalldatensatz, sondern in den Bereich, der gemäß § 291 a Abs. 3 Nr. 5 SGB V „durch von Versicherten selbst oder für sie zur Verfügung gestellte Daten der elektronischen Gesundheitskarte aufgenommen werden“. Zu Recht vertritt die Bundesärztekammer die

Auffassung, dass die akute präklinische Notfallmedizin nicht mit Hinweisen auf die Willenserklärung zur Organspende im Zusammenhang mit dem Notfalldatensatz verknüpft werden dürfe.

Eine weitere Schwäche sehe ich darin, dass der gesamte Vorschlag des Nationalen Ethikrates auf dem Gedanken beruht, dass der Staat verpflichtet sei, dafür zu sorgen, dass die Bürger zu der erforderlichen persönlichen Erklärung aufgefordert werden und dass alle darüber informiert sind, dass im Falle eines fehlenden Widerspruchs die Organentnahme möglich ist. Bis heute reichen die Aufklärungsmaßnahmen der Bundesregierung bei weitem nicht aus, um die Organspende angemessen in der Öffentlichkeit zu erklären. Immerhin müssten die Mittel alljährlich für alle 14-Jährigen mit einer angemessenen Aufklärungskampagne aufgebracht werden. In der Debatte müsste man auch die Kosten für eine solche „Dauerinformation“ mit berücksichtigen.

Als Beleg für den zu erwartenden Erfolg der Widerspruchslösung verweist der Nationale Ethikrat auf das Ausland. Hier sind es insbesondere die Länder Österreich und Schweden, die der Bundesrepublik Deutschland als positives Beispiel vorgehalten werden.

Aus der praktischen Arbeit der Organspende, insbesondere in Spanien, gibt es dazu wichtige Informationen. Wie kein anderes Land in Europa sind die Aktivitäten in Spanien besonders vorbildlich. Diese positiven Spenderzahlen werden aber in der Praxis nicht mit der dort gesetzlich geregelten Widerspruchslösung in Verbindung gebracht. Der wirkliche Grund für die großen Erfolge in Spanien sind dem großen Einsatz von Transplantationskoordinatoren durch die ONT zu verdanken. Diese in hohen Verantwortungsebenen angesiedelten Ärztinnen und Ärzte kümmern sich in allen Krankenhäusern intensiv um die Organspende und tun dies auf der Basis einer wohl angemessenen Bezahlung. Es scheint dieser hohe personelle Einsatz zu sein, der zu Erfolgen für die Patienten auf der Warteliste führt. Dies belegt auf besonders überzeugende Weise die Situation in Mecklenburg-Vorpommern. Vergleicht man die Zahlen von Mecklenburg-Vorpommern und Spanien, so kommt Mecklenburg-Vorpommern beeindruckend nah an die spanische Situation heran. Dies, obwohl in Mecklenburg-Vorpommern nun unbestritten die Zustimmungslösung des deutschen Transplantationsgesetzes gilt.



Schaut man sich einmal die Situation in Europa und in den deutschen Bundesländern an, so ist die schlechte Positionierung von Deutschland mit 15,3 Spenden pro Million Einwohner anders als durch eine gesetzliche Regelung der Widerspruchslösung zu verändern. Bevor man eine Änderung des Transplantationsgesetzes fordert, sollte man deshalb diskutieren, welche Möglichkeiten heute auf der Basis der geltenden erweiterten Zustimmungsregelung für eine Ausweitung der Organspende zu aktivieren sind. Die Ständige Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer hat in ihrer neuen Legislaturperiode diese Aufgabe ins Zentrum ihrer Arbeit gerückt. Bevor man die deutsche Transplantationsmedizin den nicht beherrschbaren Risiken einer erneuten breiten Debatte um das Gesetz aussetzt, ist ein größerer Erfolg für unsere Patientinnen und Patienten auf der Warteliste zu erzielen, wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um die 55% der bislang an der Organspende nicht beteiligten Krankenhäuser zu einem Engagement auf diesem Gebiet zu bringen.

2. Cross-over-Spende

Spätestens seit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur sog. Cross-over-Spende muss man sich darüber verständigen, wie man die restriktive Regelung in § 8 TPG zur Lebendspende auflockern kann.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes soll die besondere persönliche Verbundenheit auch anlässlich des Organbedarfs überhaupt erst entstehen können und in der Konsequenz dann die Lebendspende erlauben.²⁵ Vieles spricht für eine solche Lockerung, jedoch wird die Situation dann möglicherweise problematisch, wenn der Transplanteur überhaupt erst diese besondere persönliche Verbundenheit herstellt.²⁶ Andererseits soll man zwei Paaren, die auf diesem Weg die ersehnte Transplantation erhalten könnten, nicht zu viel bürokratische Hemmnisse in den Weg stellen.

3. Subsidiarität der Lebendspende

Auch hat sich die gegenwärtige Konstruktion der Subsidiarität eigentlich nicht wirklich bewährt. Es scheint nur sehr schwer nachvollziehbar, dass man für die Feststellung der Subsidiarität auf den Zeitpunkt der Organentnahme abstellt und die Organspende dann nur zulässig ist, wenn genau in diesem Zeitpunkt kein Organ von einem Verstorbenen zur Verfügung steht. Dies, obwohl jedermann weiß, dass lange Wartezeiten auf der Warteliste überhaupt erst eine Organspende von Verstorbenen möglich machen. Die Absicherung der Subsidiarität besteht im Kern aus einer Scheinregelung. Schreiber hat zutreffend darauf hingewiesen, dass ein solches Verständnis von Subsidiarität das Prinzip aushöhle, wenn man versuchsweise alles für eine Lebendspende vorbereiten müsse, die dann in letzter Minute vor dem geplanten Zeitpunkt der Entnahme doch wieder abgesagt werden muss, wenn die Spende eines Verstorbenen zur Verfügung steht.²⁷

4. Spenderkreis bei der Lebendspende

Ein weiterer Streitpunkt ist die enge Begrenzung des Spender- und Empfängerkreises nach dem TPG. Die Lebendspendekommission, die nach dem Transplantationsgesetz bisher nur die Aufgabe hat, zu überprüfen, ob der Spender wirklich freiwillig handelt und dass kein Organhandel vorliegt, hat kaum Möglichkeiten, wirklich zu überprüfen, ob Spender und Empfänger sich offenkundig nahe stehen. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages hat sich ausführlich mit der Frage befasst, ob nicht gerade in Familienbeziehungen der soziale

²⁵ BSG JZ 2004, S. 464 sowie dazu, Schreiber, Rechtliche Aspekte der Organlebendspende, Akademie der Wissenschaften NRW 2004, 23, Schreiber, Deutsche Arbeitsgemeinschaft für klinische Nephrologie Band XXXV/2006 S. 69, Vgl. ferner noch Bachmann/Bachmann, MedR 2007, S. 94 ff.

²⁶ Schreiber aaO.

²⁷ Schreiber aaO.

Druck so groß wird, dass von Freiwilligkeit dann keine Rede mehr sein könne. Letztlich wird man wohl nur darauf abstellen dürfen, dass die Einwilligung zur Organspende selbst wirklich frei von Zwang ist.²⁸

Wenig Optimismus besteht hier, eine Änderung zu erzielen, da immerhin das Bundesverfassungsgericht die jetzige Regelung für verfassungsgemäß erklärt hat.

5. Gerichtete Organspende nach dem Tod

Auf praktischen Erfahrungen basiert die Überlegung, ob man auch als Organspender in seiner Erklärung für die Spende nach dem Tod von vornherein bestimmte Organe wartenden Angehörigen zusprechen kann. Eine solche gerichtete Organspende ist bislang nach dem TPG nicht möglich. Hier böte sich eine Parallele zu der Liste der Angehörigen in § 4 Abs. 2 TPG für die Diskussion an. Eine Erweiterung auf andere Personenkreise scheint nicht angeraten. In solch einem Fall müsste man zugleich ein Verbot für ethisch nicht vertretbare Bedingungen einer Einwilligung zur Organspende regeln.

6. Transplantationsgesetz und Notstand

Ungeklärt ist das Verhältnis des gesamten Transplantationsgesetzes zu den Vorschriften des strafrechtlichen Notstandes. In der Vergangenheit hat sich in einigen Fällen die Frage gestellt, wie zu verfahren sei, wenn Situationen auftreten, die vom Transplantationsgesetz nicht erfasst sind. Es ging um Verstorbene bei denen nach Feststellung des Hirntodes nichts über deren Willen zur Organspende bekannt war und Angehörige nicht bekannt oder erreichbar waren. Es mehren sich Stimmen, dass hier die Vorschriften des allgemeinen Notstandes trotz der Spezialregeln im TPG gelten sollen. Unter Abwägung der widerstreitenden Interessen könnte man dann auf der Basis des Einzelfalles entscheiden, ob eine Organspende in Betracht kommt. Dem wird freilich entgegengehalten, dass die Regelung des Transplantationsgesetzes abschließend sei und den generellen Regeln des Notstandes kein Raum mehr zugestanden werden könne.²⁹

²⁸ Schreiber aaO.

²⁹ Vgl. zum Ganzen Krüger, in: Miserok/Sasse/Krüger, TPG, § 4 Rd. 189 ff.

IV. Fazit

In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass die Partner der Selbstverwaltung trotz anspruchsvollen und komplexen Fragestellungen stets in der Lage waren, eine angemessene Antwort auf neu entstandene Probleme in der Transplantationsmedizin zu entwickeln. Die außerordentliche hohe Sachnähe, die breitgestreute ärztliche Kompetenz und das hohe Engagement für die Interessen der Patientinnen und Patienten haben es bislang immer ermöglicht, neue Entwicklungen für die Menschen, die auf den Wartelisten auf ein Organ hoffen, umgesetzt wurden. Dabei sind die Selbstverwaltungspartner stets schneller und sachkundiger gewesen, als jeder Verordnungsgeber, der angesichts der Dynamik in der Entwicklung der Transplantationsmedizin oft gar nicht angemessen reagieren könnte. Es liegt in der Hand der Ärzteschaft, alles für ihre Patientinnen und Patienten zu tun.