

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 51

**Ethik, Recht und Politik
der postmortalen Organtransplantation**

**Ein Beitrag zur Novellierung
des Transplantationsrechts**

Von

Yvonne Neuefeind



Duncker & Humblot · Berlin

YVONNE NEUEFEIND

Ethik, Recht und Politik
der postmortalen Organtransplantation

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 51

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Ethik, Recht und Politik der postmortalen Organtransplantation

Ein Beitrag zur Novellierung
des Transplantationsrechts

Von

Yvonne Neufeind



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahr 2017
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-15466-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55466-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85466-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*In tiefer Liebe und Dankbarkeit
meinem Großvater*

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden Normgebung, Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Januar 2016 berücksichtigt. Anschließende Entwicklungen und spätere gerichtliche Entscheidungen oder Publikationen konnten nur noch vereinzelt Beachtung finden.

Es ist das Anliegen dieser Arbeit, einen Beitrag zur Lösung medizinethischer und rechtlicher Fragestellungen im Bereich des postmortalen Transplantationswesens aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu leisten. Die Transplantationsmedizin demonstriert eindrucksvoll die intrikaten Probleme der neuen lebenswissenschaftlichen Herausforderungen der Moderne. Sie belegt, dass der medizinische Fortschritt ohne Regulierung durch das Recht nur begrenzt wertvoll ist. Das Recht wiederum stünde im Bereich bioethischer Entwicklung ohne den Rückgriff auf moralphilosophische Grundlagen auf verlorenem Posten, will es nicht nur Rechtssicherheit, sondern zugleich ein möglichst hohes Maß an Gerechtigkeit garantieren. Aus diesem Grund legt diese Untersuchung den rechtlichen Würdigungen eine Auseinandersetzung mit ethischen Vorfragen zugrunde. Zur umfassenden Begutachtung ist schließlich auch ein Blick auf die tatsächliche Umsetzung ethischer und rechtlicher „Ideale“ erforderlich. Hierbei findet insbesondere das politische Engagement im Bereich des Transplantationssektors Beachtung. Die Evaluation der bisherigen politischen Auseinandersetzungen versteht sich als Anstoß zu grundlegenden Veränderungen in der Handlungsmaxime der verantwortlichen parlamentarischen Akteure, die ihre Möglichkeiten zur Lösung elementarer medizinethischer Problemstellungen zu oft nicht voll ausschöpfen.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Klaus Ferdinand Gärditz*, der mich über das gesamte Promotionsprojekt überaus wohlwollend gefördert hat. Seiner vorbehaltlosen und nachdrücklichen Unterstützung verdanke ich zu weiten Teilen die Aufnahme in die Promotionsförderung des *Cusanuswerks*, bei dem ich mich für die großzügige ideelle und finanzielle Förderung bedanken möchte.

Ein herzlicher Dank ist zudem an Herrn Professor Dr. *Christian Hillgruber* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Begutachtung des Dissertationsprojekts für die Aufnahme in das *Cusanuswerk* gerichtet.

Für die gewissenhafte sowie unverzichtbare Korrektur und Kritik des Manuskripts danke ich meinem guten Freund *Peter Zickenheiner* ganz herzlich.

Zutiefst dankbar bin ich nicht zuletzt über den fortwährenden Rückhalt der lieben Menschen in meinem Umfeld, die mir täglich aufs Neue Ansporn waren, mein Projekt zielstrebig zu verfolgen. Besonders bedanken möchte ich mich an dieser Stelle bei *Martin* für ein jederzeit offenes Ohr sowie zahlreiche praktische Anmerkungen, die für mich und die Arbeit sehr wertvoll waren. Mein Dank gilt ebenso meinen beiden langjährigen Freundinnen, *Maria* und *Stefanie*, die durch ihre aufrichtige Begleitung eine unersetzliche Bereicherung für mich sind.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner lieben Familie, die mich auf meinem gesamten Werdegang liebe- und verständnisvoll begleitet hat. Sie war in den entscheidenden Momenten meines Lebens durch ihre bedingungslose Liebe meine wichtigste Stütze. Ihr seien daher ein paar persönliche Worte gewidmet. Ein herausragendes Dankeschön möchte ich meiner Mutter, *Ria*, aussprechen. Durch ihr Talent, im Leben dasjenige zu würdigen, was wirklich Bedeutung hat, war sie mir nicht nur Mutter, sondern Freundin und Vorbild zugleich. Es ist mir zudem ein Anliegen, meine Großeltern, *Ernst* und *Berni*, hervorzuheben, deren beherzter Einsatz meine Biografie stark geprägt hat. Insbesondere der unermüdlichen Unterstützung meines Großvaters auf meinem Bildungsweg verdanke ich am Ende die Entstehung dieser Arbeit, weshalb sie ihm in Liebe und Dankbarkeit gewidmet sein soll. Ebenso möchte ich meiner „Tante“ *Marina* einen tiefen Dank aussprechen, die in ihrer liebevollen Art stets ein offenes Ohr und unersetzliche Ratschläge für mich bereithält, die mich ein Leben lang begleiten werden. Schließlich danke ich nicht zuletzt *Heinz*, der mit seiner herzenswarmen und gleichsam schalkhaften Art aus unserer Familie nicht mehr wegzudenken ist.

Bonn, den 01. März 2018

Yvonne Neufeind

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	27
B. Der organisatorische Rahmen der Transplantation postmortal gespendeter Organe	34
C. Die Reformen des Transplantationsgesetzes	132
D. Würdigung des deutschen Transplantationssystems	179
E. Fazit der Untersuchung	589
Literaturverzeichnis	594
Sachwortverzeichnis	643

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	27
I. Ausgangslage und Problemstellung	27
II. Zielsetzung	28
III. Gang der Untersuchung	30
B. Der organisatorische Rahmen der Transplantation postmortal gespendeter Organe	34
I. Medizinische Aspekte der Organtransplantation	34
1. Die Bedeutung der Organtransplantation in der Medizin	34
a) Die Zahl der Organspenden und Transplantationen in Deutschland	35
b) Die Entwicklung der Transplantationsmedizin	36
c) Die Transplantationsmedizin als Hoffnungsträger	37
2. Die Verfahren und Möglichkeiten der Transplantationsmedizin	38
a) Die verschiedenen Formen der Transplantation	38
b) Die Transplantation solider Organe	39
aa) Niere	41
bb) Leber	43
cc) Herz	45
dd) Lunge	48
ee) Pankreas	49
ff) Dünndarm	52
3. Die Risiken der Transplantationsmedizin	53
a) Allgemeine Risiken der Organtransplantation	54
b) Abstoßungsreaktionen	55
4. Die Zukunftsperspektiven der Transplantationsmedizin	56
a) Die Transplantationsmedizin als vorübergehende Lösung	57
b) Die Xenotransplantation	58
aa) Medizinische Möglichkeiten	58
bb) Ethische Bedenken	60
c) Die Stammzelltherapie	62
aa) Medizinische Möglichkeiten	63
bb) Ethische Bedenken	65
d) Die Komplementierung von „Organischen“ und Organentwicklung zur Erzeugung funktionaler Organe im lebenden Organismus	68
5. Ergebnis	70

II.	Der Todeseintritt als rechtliche Zäsur der postmortalen Organspende	70
1.	Feststellung des Todeszeitpunkts nach dem Transplantationsgesetz	71
2.	Das Hirntodkonzept in der deutschen Transplantationspraxis	74
a)	Das Ereignis des irreversiblen Hirnfunktionsausfalls	74
b)	Die Entwicklung des Hirntodkonzepts	76
c)	Die Diagnose des Hirntodes	77
3.	Kein Spender ohne Herzschlag	79
4.	Zwischenergebnis	81
III.	Die Regelungsmodelle für die Zulassung einer Organspende	82
1.	Die Zustimmungslösung	82
2.	Die Widerspruchslösung	85
3.	Die Informationslösung	86
4.	Die Erklärungslösung	87
5.	Die Notstandslösung	88
6.	Das neue Konzept der Entscheidungslösung	89
a)	Die Entscheidungslösung als Ergänzung der Zustimmungslösung	90
b)	Die Entscheidungsberechtigung	92
c)	Art und Umfang der Erklärung	95
7.	Zwischenergebnis	96
IV.	Organisatorische Grundlagen des Transplantationssystems	97
1.	Rechtliche Grundlagen des Transplantationssystems	97
a)	Das Transplantationsgesetz und die Landesausführungsgesetze	97
b)	Die Richtlinien der Bundesärztekammer	99
c)	Sonstige Rechtsquellen	101
2.	Überblick über den Ablauf des Organspende- und Transplantationsverfahrens	102
3.	Die beteiligten Institutionen	104
a)	Das Entnahmekrankenhaus	105
b)	Das Transplantationszentrum	109
c)	Die Deutsche Stiftung Organtransplantation	114
aa)	Organisatorische Grundlagen	114
bb)	Funktion im Transplantationssystem	116
cc)	Überwachung der Koordinierungstätigkeit	119
d)	Eurotransplant International Foundation	121
aa)	Organisatorische Grundlagen	121
bb)	Funktion im Transplantationssystem	123
cc)	Überwachung der Vermittlungsentscheidungen	128
e)	Zwischenergebnis	130
4.	Ergebnis	130
C.	Die Reformen des Transplantationsgesetzes	132
I.	Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Reform	133
1.	Die Europäisierung des Transplantationswesens	134

2. Die primärrechtlichen Grundlagen	135
a) Kompetenzen der Europäischen Union	135
b) Primärrechtliche Garantien der Europäischen Grundrechtecharta	138
3. Das Sekundärrecht – Überschreitung der Harmonisierungsgrenzen?	139
a) Unionsrechtliche Aktivität im Bereich der Organtransplantation	139
b) Kompetenzüberschreitungen durch die RL 2010/53/EU	141
4. Folgerungen: Europäischer Einfluss <i>en vogue</i>	146
II. Reformbedarf des Transplantationsgesetzes in Bezug auf die postmortale Organtransplantation	147
III. Die Gesetzesnovellierung	151
1. Verlauf der Reform in Deutschland	151
2. Inhalt und Zielsetzung der Reform des postmortalen Transplantationsrechts	153
IV. Nachjustierungen im Jahre 2013 – politische Folgen des Manipulations-skandals	155
1. Manipulationsvorwürfe an diversen Transplantationszentren	155
2. Die Konsequenzen der Skandale	159
a) Absichtserklärungen aus Politik und Praxis	159
b) Erste selbstverwaltete und staatliche Reaktionen	161
c) Einfluss des Skandals auf die am Transplantationswesen beteiligten Institutionen	163
d) Erneute Reform des Transplantationsgesetzes	167
e) Grundlegende Neustrukturierungen bleiben aus	170
3. Ergebnis der Anstrengungen nach dem Manipulationsskandal	172
V. Erste Auswirkungen der Gesetzesnovellierungen	172
1. Erste Erkenntnisse zu den strukturellen Veränderungen	172
2. Erhöhung der Anzahl ausgefüllter Organspendeausweise?	174
3. Folgen des Manipulationsskandals	175
VI. Fazit	177
D. Würdigung des deutschen Transplantationssystems	179
I. Das Zusammenspiel von Ethik, Recht und Rechtspolitik	180
1. Die Einwirkung der Ethik auf das Recht	180
a) Kurzabgrenzung	181
b) Grundsätzliche Einwirkungsfragen	182
c) Die Ethik als „Wegbereiter“ der Rechtsetzung und Rechtsanwendung	185
aa) Die Funktion der Ethik in gesetzlichen Regelungen	185
bb) Ein wichtiges Einwirkungsmoment: Ethikgremien als Quelle kompetenter Politikberatung	187
2. Herausforderungen der Rechtspolitik	190
a) Rechtspolitische Entscheidungen: Zementierung ethischer Standardsetzung?	191

b) Überforderung der Politik durch die Herausforderungen der Ethik?	196
3. Fazit	202
II. Ethische Vorfragen	204
1. Der Auftrag des Arztes	206
2. Die Legitimität der Organtransplantation	208
3. Der Tod des Menschen nach dem Transplantationsgesetz	209
a) Das Hirntodkonzept – Zukunftsperspektive trotz vermehrter Kontroverse?	210
aa) Relevanz der Diskussion	211
bb) Stand der Diskussion	212
(1) Die klassische Argumentation für das Hirntodkonzept ..	213
(a) Die Geistigkeitstheorie	213
(b) Die Integrationstheorie	214
(c) Die Stellungnahme des President's Council on Bioethics	215
(2) Kritik am Hirntodkonzept	216
(a) Teilhirntodkonzepte	217
(b) Hirntote als Sterbende	218
cc) Das Hirntodkonzept als sinnvolle Zäsur im Sterbeprozess ..	221
(1) Das Gravitationszentrum der Todesdefinition: das Menschsein	221
(2) Der Hirntod als Ende der menschlichen Existenz in seiner leiblich-geistigen Einheit	224
(3) Das alternative Begründungskonzept des President's Council on Bioethics als Beleg der Ungültigkeit des Hirntodkonzepts?	230
b) Bedenken gegen das Feststellungsverfahren	232
aa) Grundsätzliche Eignung des deutschen Feststellungsverfahrens zur Hirntoddiagnose	233
bb) Konformität der Hirntoddiagnose in Deutschland mit den heutigen medizinischen Standards	237
c) Praktische Probleme des Hirntodkonzepts im Alltag	244
d) Ergebnis	246
4. Die Spenderkonditionierung – ein ethisches Dilemma zwischen Leben und Tod	246
5. Die Entscheidungslösung – Suggestion einer moralischen Pflicht zur Organspende?	250
6. Die gerechte Verteilung knapper Ressourcen in der Transplantationsmedizin	255
a) Grundlagen einer gerechten Organverteilung	256
b) Relevante Priorisierungskriterien	258
c) Exkurs: Kommerzialisierung des Transplantationssystems	262
aa) Ein Markt für Organe?	263

bb) Kommerzialisierung der Totenspende	265
cc) „Verkauf“ der Nächstenliebe?	267
dd) Fazit	269
III. Verfassungsrechtliche Fragestellungen	270
1. Das Todeskonzept der Transplantationsmedizin unter dem Grundgesetz	271
a) Die Grundrechtskonformität des Hirntodkonzepts	272
b) Die Todesdiagnose in fremden Händen	276
c) Keine Non-Heart-Beating-Donation unter dem Regime des Grundgesetzes	278
aa) Keine Tötung von Organspendern	278
bb) Erweiterung der Möglichkeiten bei neuem medizinischen Erkenntnisstand	281
d) Ergebnis	282
2. Die spendenorientierte Behandlung eines Lebenden – rechtliche Herausforderungen am Lebensende eines Intensivpatienten	282
a) Die derzeitige Konfliktlage	284
b) Die Zustimmung zur spendenorientierten Behandlung	288
aa) Eine Organspendeerklärung als gleichzeitige Einwilligung in spendenorientierte Maßnahmen?	288
bb) Die Einwilligung durch eine Patientenverfügung	289
cc) Die Angehörigenentscheidung als zulässiges Surrogat des Patientenwillens?	290
dd) Die Entscheidungsbefugnis eines Stellvertreters	291
(1) Die Entscheidung eines Bevollmächtigten	292
(2) Die Entscheidung eines Betreuers	293
(a) Die Ermittlung des mutmaßlichen Willens	294
(b) Die Betreuerentscheidung nach dem objektiven Wohl des Patienten	297
ee) Konflikte zwischen den Bevollmächtigten/Betreuern und den Angehörigen	299
ff) Zwischenergebnis	302
c) Zulassung spendenorientierter Maßnahmen aufgrund einer Solidarpflicht des Patienten	303
aa) Solidarität als Begrenzung individueller Freiheit	303
bb) Solidarpflichten im deutschen Recht	305
(1) Interpersonale Solidarpflichten	306
(2) Solidarpflichten gegenüber der staatlichen Gemeinschaft .	309
(3) Institutionelle Solidarpflichten	310
cc) Durchbruch legitimierter Zwangszugriffe auf den Körper nach neuem Recht?	312
dd) Die „Sonderpflicht“ des potentiellen Spenders	315
(1) Implementierung einer Sonderpflicht als Verstoß gegen die Menschenwürde?	316

(2) Begründung und Reichweite der Sonderpflicht	317
(a) Grundrechtskonflikte in der Sondersituation	317
(b) Auflösung der Spannungen – Legitimation der Behandlungsschritte	319
ee) Zwischenergebnis	322
d) Schutzmaßnahmen zugunsten des potentiellen Spenders	323
e) Ergebnis	324
3. Die Verfassungsmäßigkeit der in Deutschland diskutierten Regelungsmodelle	325
a) Die Verfassungsmäßigkeit der Entscheidungslösung	325
aa) Die Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Zustimmungslösung	326
(1) Die betroffenen Grundrechte auf der Spenderseite	326
(2) Der Grundrechtsschutz der Erkrankten als Rechtfertigung für die Eingriffe in die Rechte auf der Spenderseite	330
bb) Die Verfassungsmäßigkeit der Entscheidungsaufforderung	336
b) Die Widerspruchslösung als verfassungsrechtlich zulässige Option für Deutschland?	338
aa) Eingriffe in die Rechte auf der Spenderseite	339
bb) Rechtfertigung der Eingriffe	342
c) Ergebnis	345
4. Der Rückzug des Staates aus der Entscheidungsverantwortung	346
a) Das Transplantationswesen als öffentliche Aufgabe	347
b) Überantwortung des Transplantationswesens in die regulierte Selbstregulierung	350
c) Wesentliche Richtungentscheidungen im Transplantationsrecht durch die Richtlinien der Bundesärztekammer	351
aa) Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch die Bundesärztekammer	354
bb) Die Beileitung der Bundesärztekammer als Verfassungsverstoß	358
cc) Die Kollision der Entscheidungsbefugnis mit dem Demokratieprinzip	359
(1) Bestehen eines Demokratiedefizits nach dem herkömmlichen Legitimationsmodell	359
(a) Lückenhafte sachlich-inhaltliche Steuerung durch den Gesetzgeber	362
(b) Kein Ausgleich über den personell-organisatorischen Legitimationsstrang	365
(2) Legitimation der Bundesärztekammer über alternative Legitimationskonzepte	368
(3) Bewertung der Legitimationsbemühungen	372
dd) Die Verletzung des Parlamentsvorbehalts	375

ee) Ergebnis	380
d) Die Schlüsselrolle der Entnahmekrankenhäuser	381
e) Die hoheitliche Aufgabe der Transplantationszentren	382
aa) Ausübung öffentlicher Gewalt durch die Transplantationszentren	383
bb) Nachbesserungsbedarf bei der Steuerung der Wartelistenentscheidungen	385
cc) Verfahrensrechtliche Absicherung der Auswahlentscheidungen	386
dd) Kontrollintensivierungen in den Transplantationszentren ..	388
ee) Ergebnis	390
f) Die Koordination der Organspende durch die Deutsche Stiftung Organtransplantation	390
aa) Bereitstellung eines ordnungsgemäßen Rahmens für die Tätigkeit der Koordinierungsstelle durch den Gesetzgeber ..	391
bb) Die neue Rechtsetzungsbefugnis der Koordinierungsstelle ..	392
cc) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Überwachung der Koordinierungstätigkeit	394
dd) Ergebnis	399
g) Die Organvermittlung durch Eurotransplant	400
aa) Die Vermittlungentscheidung aus dem Ausland als Ausübung von Hoheitsgewalt	400
bb) Unzureichende Allokationsvorgaben des Gesetzgebers als besonderes Demokratiedefizit	403
cc) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Überwachung der Vermittlungstätigkeit	406
dd) Exkurs: Die Einhaltung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts bei der Organvermittlung	408
(1) Die Non-Heart-Beating-Donation als Verstoß gegen den <i>ordre public</i> ?	408
(2) Die Widerspruchslösung als Verstoß gegen den <i>ordre public</i> ?	409
ee) Ergebnis	410
h) Defizitärer Rechtsschutz in den wesentlichen Belangen der Transplantationsmedizin	411
aa) Das Rechtsschutzsystem in der Transplantationsmedizin ..	412
(1) Rechtsschutz gegen die Transplantationsrichtlinien der Bundesärztekammer	414
(2) Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Transplantationszentren	415
(3) Rechtsschutz gegen die Vermittlungentscheidung Eurotransplants	416
(4) Rechtsschutz gegen die Deutsche Stiftung Organtransplantation	418

bb) Exkurs: ausgewählte Gerichtsentscheidungen	419
cc) Ergebnis	423
i) Entscheidungsmaßstäbe der verteilungsrelevanten Entscheidungen	423
aa) Verfassungsmäßigkeit der verteilungsrelevanten Vorgaben des Transplantationsgesetzes	426
(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen	426
(2) Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Grundlagen bei der Organzuteilung gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 TPG ..	429
(a) Ressourcenverteilung nach Dringlichkeit	431
(b) Die verfassungsrechtliche Problematik der Berücksichtigung von Erfolgssaussichten	433
(c) Hinzutreten des Verteilungskriteriums der Chancengleichheit	445
(3) Unzulässige Zugangssperre zur Warteliste durch das Merkmal der Erfolgssaussicht in § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TPG	446
bb) Inhaltliche Bedenken gegen die Richtliniengestaltung	450
(1) Die Prinzipien der Organverteilung nach den Transplantationsrichtlinien	451
(2) Feststellung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft?	452
(3) Zweifelhafte Kontraindikationen	454
(a) Die <i>Compliance</i> als absolute Kontraindikation ..	454
(b) Die Abstinenzklause bei der Leberallokation	458
(c) Die Abstinenzklause vor Gericht – der „Göttinger Manipulationsskandal“	462
cc) Exkurs: Weitere problematische Verteilungskriterien und -modelle	463
(1) Soziale Kriterien	464
(2) Retransplantation	466
(3) Reziprozitätsmodelle	467
(a) Praktische Hürden	469
(b) Sozialpolitische Überlegungen	470
(c) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Modelle ..	472
(4) Reine Verfahrensgerechtigkeit	474
dd) Ergebnis	475
j) Ergebnis	477
IV. Rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten	480
1. <i>Hora certa</i> – Der Hirntod als sicherer Todeszeitpunkt	482
a) Die Beibehaltung des Hirntodkonzepts	482
aa) Das Ringen um den Todesbegriff	483
bb) Die Definition des Todes als staatliche Aufgabe	484

cc) Die Mindestvoraussetzung „Hirntod“ als rechtspolitischer Kompromiss	486
b) Die Überwachung der Hirntoddiagnostik	487
c) Das Spenderherz muss schlagen	488
d) Ergebnis	490
2. Regelungsempfehlungen in Bezug auf die spendezentrierte Behandlung von Patienten im Präfinalstadium	491
a) Voraussetzungen der Durchführung spendezentrierter Maßnahmen	491
b) Anpassung der Strafvorschriften	495
c) Anpassung der Aufklärungsmaßnahmen	496
d) Ergebnis	497
3. Die Einführung der Entscheidungslösung	498
a) Die Entscheidungslösung im Kampf gegen den Organmangel ..	499
aa) Die Erhöhung der Spendebereitschaft als rechtspolitisch legitimes Ziel?	499
bb) Sublime Nötigung durch moralischen Paternalismus?	500
(1) Die gesetzliche Zielsetzung im Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht	500
(2) Die Realität der Informationspolitik	502
cc) Das Fortbestehen und die Veränderung der Angehörigeneinbeziehung	506
dd) Das Verhältnis der Organspendererklärung zur Patientenverfügung	507
ee) Die Entscheidungslösung als Erfolgskonzept für die Organspende?	510
b) Die Widerspruchslösung als adäquater Ausweg aus dem Organmangel?	514
aa) Die Widerspruchslösung als Vorbildmodell für Deutschland? ..	516
bb) Die rechtspolitische Durchsetzbarkeit der Widerspruchsvariante	517
cc) Die Erhöhung der Organspenderzahlen durch das Widerspruchsmodell	519
c) Die Entscheidungslösung als rechtspolitischer Kompromiss ..	523
d) Ergebnis	526
4. Der Rückzug des Staates aus seiner Entscheidungsverantwortung ..	527
a) Die Einbindung der Bundesärztekammer	528
aa) Die freiwillige Selbstentmachtung des Gesetzgebers	528
bb) Zementierung des Demokratiedefizits	532
cc) Lösungsmöglichkeiten des Gesetzgebers	533
(1) Verordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit	533
(2) Subdelegation an die Ständige Kommission Organtransplantation	534

(3) Gesetzliche Kautelen zur Gewährleistung demokratischer Legitimation	537
dd) Die Verordnungsermächtigung de lege ferenda	542
b) Der Schlüsselrolle der Entnahmekrankenhäuser gerecht werden	544
aa) Neuer Motivationsrahmen für die Entnahmekrankenhäuser	544
bb) Die Rahmenbedingungen in Deutschland als organisatorische Hindernisse	547
cc) Der Transplantationsbeauftragte als neuer Hoffnungsträger	549
(1) Die Reform des Transplantationsgesetzes und der Landesausführungsgesetze	549
(2) Das Angehörigengespräch	552
(3) Die fachliche Qualifikation der Transplantationsbeauftragten	553
c) Verstärkung der Steuerung und Überwachung der Transplantationszentren	555
aa) Die Entscheidungsprozesse der Transplantationszentren	555
bb) Die rechtliche Ausgestaltung der Entscheidungskontrolle im Transplantationsgesetz	557
(1) Die bisherigen Versäumnisse des Gesetzgebers	557
(2) Perspektiven einer Gesetzesnovellierung	559
cc) Die Durchführung der Kontrollmaßnahmen	560
d) Die Deutsche Stiftung Organtransplantation – ein Modell mit Zukunft	565
aa) Die Beibehaltung der privatrechtlichen Ausgestaltung der Koordinierung	566
bb) Die verfassungsgemäße Ausgestaltung des Erlasses der Verfahrensanweisungen	567
cc) Die Behebung der defizitären Überwachung der Koordinierungstätigkeit	568
e) Die Beteiligung Eurotransplants auf neuem Fundament	569
aa) Die Etablierung Eurotransplants als zwischenstaatliche Einrichtung	570
bb) Die Etablierung einer ausreichenden Steuerung der Allokation durch den Gesetzgeber	570
cc) Die Behebung der defizitären Überwachung der Vermittlungstätigkeit	572
f) Defizitärer Rechtsschutz als politisches Programm	573
g) Handlungsbedarf bei der Ausgestaltung der verteilungsrelevanten Entscheidungen	575
aa) Notwendige Neuregelungen auf Gesetzesebene	576
bb) Die Anpassung der Richtlinien	578
(1) Die Richtlinien als Abbild der gesetzlichen Vorgaben ..	579
(2) Die Abwägung zwischen Erfolgsaussicht und Dringlichkeit – dringende Aufwertung des Erfolgsmoments	580

(3) Die Reformierung der Zugangsregelungen zur Warteliste	584
cc) Zwischenergebnis	585
h) Ergebnis – Verstaatlichung des Transplantationssystems?	585
E. Fazit der Untersuchung	589
Literaturverzeichnis	594
Sachwortverzeichnis	643

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
A.-Drs.	Ausschussdrucksache
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Form, alte(r) Fassung
AbgH	Abgeordnetenhaus
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG-TPG	Gesetz zur Ausführung des Tranplantationsgesetzes
AMG	Arzneimittelgesetz
AMWHV	Arzneimittel- und Wirkstoffherstellungsverordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuPZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
AVR	Allgemein- und Viszeralchirurgie
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BnotO	Bundesnotarordnung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Breg.	Bundesregierung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-PlPr.	Bundestag Plenarprotokoll

BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
BverwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzw.	beziehungsweise
CAS	Cardiac Allocation Score
CTA	Computertomographie-Angiographie
d. h.	das heißt
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DSO	Deutsche Stiftung Organtransplantation
DSO-Satzung	Satzung der Deutschen Stiftung Organtransplantation
DSO-Vertrag	Koordinierungsstellenvertrag mit der Deutschen Stiftung Organtransplantation
DTG	Deutsche Transplantationsgesellschaft
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
e. V.	eingetragener Verein
ebda.	ebenda
EEG	Elektroenzephalografie
EGBGB	Einführung zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
ESchG	Embryonenschutzgesetz
ESP	Eurotransplant Senior Programm
ET	Eurotransplant
Ethik Med	Ethik in der Medizin
ET-Vertrag	Vermittlungsstellenvertrag mit Eurotransplant
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung

FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
gem.	gemäß
GeschOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GesR	Gesundheitsrecht
GewebeV	Gewebeverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GPK	Gesellschaftspolitische Kommentare
grds.	grundätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HCC	hepatozuläres Karzinom
HeilBerG	Heilberufsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i. V. m.	in Verbindung mit
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IGES	Institut für Gesundheits- und Sozialforschung
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KAO	Kritische Aufklärung über Organspende e. V.
KHG	Krankenhausgesetz
KJ	Kritische Justiz
KOM	Europäische Kommission
KritV	Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAS	Lung Allocation Score
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MBO-Ä	Musterberufsordnung der Bundesärztekammer

MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MELD	Model for Endstage Liver Disease
mio.	Million(en)
MMG	Medizin, Mensch, Gesellschaft
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift
MPG	Medizinproduktegesetz
n. F.	neue(r) Form, neue(r) Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OrganV	Verordnung über Qualität und Sicherheit von Organen
PID	Präimplantationsdiagnostik
RL	Richtlinie
RöV	Röntgenverordnung
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGE	Sozialgerichtsentscheidung
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzzeitung
SKIP	Speziesargument, Kontinuumsargument, Identitätsargument, Potentialitätsargument
sog.	sogenannt(e/er/en)
St. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StÄKo	Ständige Kommission
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
StV	Der Strafverteidiger
StWissStPr	Staatswissenschaften und Staatspraxis
StZG	Stammzellgesetz

SZ	Süddeutsche Zeitung
taz	Die Tageszeitung
TFG	Transfusionsgesetz
TPG	Transplantationsgesetz
TPGÄnG	Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes
TPG-E	Transplantationsgesetz-Entwurf
u.	und
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
USA	United States of Amercia
USZ	UniversitätsSpital Zürich
v.	vom/von
v. a.	vor allem
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol	Volume
Vor.	Vorbemerkung(en)
Vorlnr.	Vorlagenummer
VRegV	Verordnung über das Zentrale Versorgeregister
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WPO	Wirtschaftsprüfverordnung
WzS	Wege zur Sozialversicherung
z. B.	zum Beispiel
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZME	Zeitschrift für Medizinische Ethik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

*Salus aegroti suprema lex –
Das Heil des Kranken sei höchstes Gesetz!*¹

A. Einleitung

I. Ausgangslage und Problemstellung

Unter einer Organtransplantation wird die Übertragung von Organen von einem Menschen auf einen anderen verstanden. Sie dient dem Zweck, ein beim Empfänger funktionsbeeinträchtigtes Organ durch ein gesundes Transplantat zu ersetzen. Diese Art der Heilbehandlung unterscheidet sich erheblich von konventionellen Methoden, da das duale Arzt-Patienten-Verhältnis zwingend durch eine dritte Person, den Spender, aufgebrochen wird. Die in der Geschichte der Medizin bisher unübliche Konstellation führt dazu, dass sich die Ärzteschaft nicht, wie gewohnt, nur auf ihren Heilauftrag besinnen, sondern zusätzlich das Wohl eines weiteren Betroffenen berücksichtigen muss. Das Heil des Kranken kann daher lediglich noch eingeschränkt als „höchstes Gesetz“ bezeichnet werden. Es liegt auf der Hand, dass diese Sachlage nicht nur medizinische Herausforderungen formuliert, sondern zudem schwerwiegende Fragestellungen an das geltende Menschenbild aufwirft. Die medizinische Revolution des 20. Jahrhunderts stellt folglich neue Anfragen an die vermeintlich eingespielte Arzt-Patienten-Beziehung. Durch einen permanenten medizinischen Fortschritt wird die Gesellschaft immer wieder in völlig neuartige Grenzsituationen manövriert und mit Problemstellungen konfrontiert, die Reflexionen im Schnittfeld verschiedener Wissenschaftsdisziplinen erfordern. Die Medizin selbst besitzt nicht die Kompetenz, Antworten auf die mit ihren Handlungen verbundenen ethischen und rechtlichen Fragen zu geben. Sie bedingt jedoch den Fortschritt und diktiert sein Tempo maßgeblich mit. Fortschritt allein ist allerdings kein Selbstzweck, sondern kann, wie die Transplantationsmedizin schlaglichtartig illuminiert, ambivalenter Natur sein.

Die Ausgangslage des Transplantationswesens ist von Natur aus maßgeblich von dem Verhältnis der Beteiligten zueinander geprägt. Es stellt sich vor allem die Frage nach deren Rechten und Pflichten. In der öffentlichen Debatte sind jedoch andere Faktoren wesentlich präsenter. Die Probleme der Ressourcenknappheit und einer gerechten Verteilung der übersichtlichen Zahl vorhandener Organe sind in aller Munde. Durch das Unterangebot werden Entscheidungen virulent, die zwangsläufig das Leben des einen und den Tod des anderen bedeuten. Der Bekämpfung der Knappheitssituation und der

¹ Lateinische Redewendung.

Entwicklung eines gerechten Verteilungsmodus werden daher in der öffentlichen Diskussion höchste Prioritäten beigemessen.

Das 1997 in Kraft getretene Transplantationsgesetz hatte, neben der Zielsetzung Rechtssicherheit zu schaffen, den Anspruch, diese Dilemmaentscheidungen zu reduzieren.² Im Vordergrund des Gesetzesvorhabens standen daher eine effiziente Organgewinnung sowie eine Steigerung der Bereitschaft zur Organspende in der Bevölkerung, die unter anderem durch ein vertrauenserweckendes System gefördert werden sollten. 15 Jahre nach Verabschiedung des Gesetzes stellte sich die Sachlage jedoch ernüchternd dar. Überwiegend war von einer Zielverfehlung die Rede.³ Es kann nicht geleugnet werden, dass das Transplantationsgesetz einige grundlegende Rechtsfragen geklärt und so zur Herstellung von Rechtssicherheit beigetragen hat; allerdings wurde im Laufe der Jahre die Lückenhaftigkeit des Gesetzes offenbart. Ebenso hat sich die Schere zwischen vorhandenen und benötigten Organen vergrößert; unter anderem, weil der medizinische Fortschritt eine Indikationserweiterung für die Behandlung mit einem Transplantat bedingt hat. Eine Reform des Transplantationsgesetzes war daher nur eine Frage der Zeit. Im Jahre 2012 hat der Gesetzgeber die Umsetzung der europäischen Richtlinie RL 2010/53/EU zum Anlass genommen, das Transplantationsgesetz über die europarechtlichen Vorgaben hinaus zu novellieren. Insgesamt erfolgten drei Reformansätze. Bei den Gesetzesänderungen gab die Erhöhung der Organspenderrate wieder einen entscheidenden Ton an.

II. Zielsetzung

Nach der Verabschiedung des Transplantationsgesetzes im Jahre 1997 haben sich zahlreiche unbewältigte Konflikte und nicht gemeisterte Herausforderungen dargestellt, deren Lösung durch eine Reformierung gefordert wurde. In einer Gesetzesnovellierung lag für viele die Hoffnung, dass basale Probleme von der Politik endlich angegangen würden. Die vorliegende Arbeit nimmt diese Erwartungen zum Anlass zu untersuchen, ob der Gesetzgeber mit seiner Reform den grundlegenden Forderungen der Anspruchsteller gerecht wurde. Der Gegenstand der Analyse beschränkt sich dabei auf die Be trachtung der postmortalen Organtransplantation; die Lebend- sowie die Gewebespende sollen bewusst ausgeklammert werden. Es kann aufgrund der Vielschichtigkeit der Thematik ferner nicht das Anliegen dieser Arbeit sein,

² Vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 2 und S. 11.

³ Vgl. nur Breyer, ZME 48 (2002), S. 111 ff.; Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, *passim*; *ders.*, in: Middel/Pühler/Lilie u. a. (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, S. 17 ff.; Höfling, JZ 2007, S. 481 ff.; Krüger, in: Charbonnier/Laube (Hrsg.), Organ- und Gewebetransplantation, S. 13 ff.

jedes Einzelproblem im Bereich der Leichenspende aufzuzeigen und abzuhandeln. Vielmehr sollen die wesentlichen Systementscheidungen des Gesetzgebers im Vordergrund stehen. Einigen Grundsatzproblemen abseits dieses Rahmens kann daher aus Platzgründen keine oder keine tiefgreifende Beachtung geschenkt werden, wozu etwa datenschutzrechtliche Belange, Qualitäts- und Sicherheitsregelungen oder eine Auseinandersetzung mit den Einzelproblemen des im Transplantationsgesetz formulierten Organhandelverbots oder anderen Straftatbeständen zählen. Ebenso nicht im Fokus der Arbeit steht die Zusammenführung von medizinisch relevanten Datensätzen durch die Errichtung eines Transplantationsregisters.

Die organisatorisch-strukturellen Novellierungen und die Einführung der Entscheidungslösung mit der Reformwelle des Jahres 2012 haben den rechtlichen Rahmen des Transplantationswesens nicht grundlegend in Frage gestellt, sodass eine Vielzahl von Problemen weiterbesteht oder diese sogar noch verschärft wurden. Außerdem treten mit den punktuellen Modifizierungen neue Konfliktherde hinzu, die vor allem einer rechtlichen Würdigung bedürfen. Als besonders dramatisch stellte sich die durch das Bekanntwerden der Manipulationsskandale evozierte erneute Gesetzesnovelle des Jahres 2013 dar. Auch wenn der Gesetzgeber lediglich punktuelle Änderungen beschlossen hat, war das mediale Interesse aufgrund der Unregelmäßigkeiten an einigen Transplantationszentren enorm und in Bezug auf die Organspende insgesamt höchst kritisch. Das Ergebnis der eilig initiierten Reform war wieder keine grundlegende Neuordnung des bisherigen Transplantationssystems. Diejenigen für den Organisationsrahmen relevanten modifizierten Stellschrauben müssen jedoch Beachtung finden. Hauptanliegen dieser Arbeit ist es, die strukturelle Weiterentwicklung des deutschen Transplantationswesens kritisch zu begleiten und systemrelevante Modifikationsmöglichkeiten aufzuzeigen. Die nachfolgenden Untersuchungen verstehen sich als Anstoß für weitere Diskussionen über eine erneute Reformierung des Transplantationsgesetzes in Bezug auf seine grundlegende Ausrichtung.

Aufgrund der Komplexität der Materie versteht es sich von selbst, dass ein Gesetz zur Regelung der Organtransplantation nicht lediglich medizinische Handlungsmöglichkeiten in eine rechtliche Form gießt, sondern zudem ethische Aspekte bei der Normgebung eine enorme Rolle spielen. Um das System des Transplantationswesens sinnbringend erfassen und bewerten zu können, darf das Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht nicht außer Acht gelassen werden. Zu einer umfassenden wissenschaftlichen Begleitung des Transplantationswesens gehört folglich auch eine Auseinandersetzung mit den medizinischen sowie ethischen Grundlagen. Aufgrund der Zielsetzung, einen Beitrag zur Debatte um eine erneute Gesetzesnovelle zu leisten, darf zusätzlich das Wesen der Rechtspolitik nicht ignoriert werden. Schließlich ist es der Wille der Politik, der über den Beginn einer neuen Reform-