

# **Wer bekommt ein Organ? Zuteilungskriterien in der Transplantationsmedizin im Streit**

Kurzreferat auf der Öffentlichen Plenarsitzung des  
Deutschen Ethikrates am 26. 9. 2013 in Berlin

Prof. Dr. Thorsten Kingreen  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und  
Gesundheitsrecht

Fakultät Rechtswissenschaft



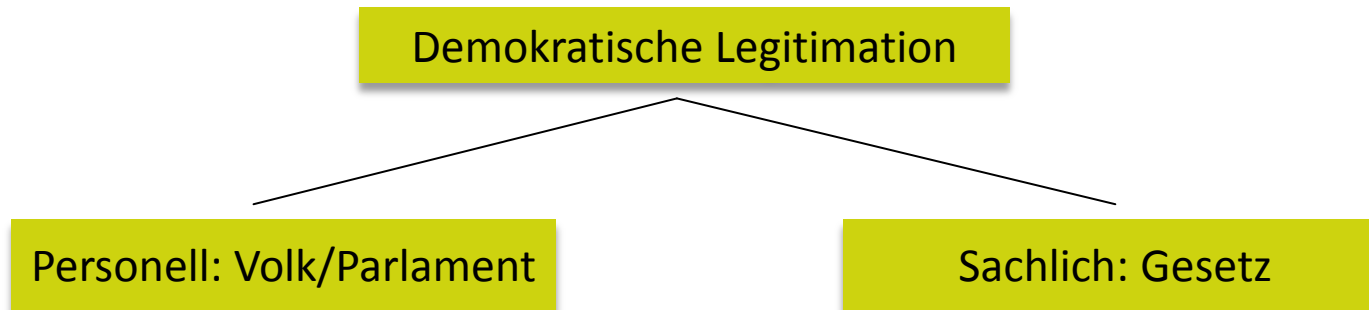
Universität Regensburg

## **I. Was können Verfassungsrecht und Rechtswissenschaft zur Debatte beitragen (und was nicht)?**

- Die Grundrechte, vor allem Art. 3 GG, verbieten die Verwendung bestimmter Differenzierungskriterien bei der Organallokation (etwa: sozialer Status, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, chronologisches Alter).
- Die Grundrechte präformieren das Verteilungssystem aber nicht. Sie enthalten eine Rahmenordnung, die offen ist für die Konkretisierung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber (daher auch keine „Lufthoheit“ der Verfassungsrechtswissenschaft über die Gerechtigkeit von Verteilungskriterien!)
- Aber: Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) und Rechtsstaatsprinzip enthalten fundamentale Vorgaben für die Gestaltung und den Ablauf politischer Entscheidungsprozesse. Sie haben erhebliche Bedeutung gerade unter den Bedingungen von Ungewissheit und Uneinigkeit!

## II. Verfassungsrechtliche Grundlegung

### 1. Der Parlamentsvorbehalt



Der parlamentarische Gesetzgeber muss „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“ (BVerfGE 95, 267/307f.):

- Delegationsverbot an die Verwaltung
- Institutionalisierte Beteiligung sachverständiger Akteure zulässig (und notwendig!)

## **2. Rechtsstaatliche Ausgestaltung von Organisation und Verfahren**

Die Regelung der Zuständigkeiten und des Verwaltungsverfahrens müssen auf die materiell-rechtlichen Herausforderungen des konkreten Sachbereichs abgestimmt sein. Daraus folgen Vorgaben für:

- Kompetenzen und personelle Zusammensetzung von Entscheidungsträgern
- Unabhängigkeit und Neutralität von Entscheidungsträgern
- Staatliche Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte
- Adäquate Verfahrensteilhabe der Betroffenen

## **3. Effektiver Rechtsschutz**

Art. 19 Abs. 4 GG: Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt

Art. 20 Abs. 3 GG: allgemeine Justizgewährleistungspflicht auch in zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen

### **III. Organisation und Verteilung von Organen nach dem TPG**

#### **§ 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG**

„ Die Transplantationszentren sind verpflichtet [...]

über die Aufnahme in die Warteliste nach Regeln zu entscheiden, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung.“

(entsprechende Regelung für die Organverteilung in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG, allerdings „Dringlichkeit“ statt „Notwendigkeit“)

#### **§ 16 Abs. 1 S. 1 TPG**

„Die Bundesärztekammer stellt den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest für [...]

2. die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 [...]

5. die Regeln zur Organvermittlung nach § 12 Abs. 3 Satz 1 [...]"

## IV. Verfassungsrechtliche Kritik

### 1. Diskrepanz zwischen materiell-rechtlichem Regelungsgegenstand und organisationsrechtlicher Regelungs-/Entscheidungszuständigkeit

a) Materiell-rechtlicher Regelungsgegenstand: „Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft, insbesondere Notwendigkeit/Dringlichkeit und Erfolgsaussicht“

- Normative Struktur der Entscheidungskriterien, in die auch nicht-medizinische Wertungen einfließen (vgl. Richtlinien der BÄK: „verbesserte Lebensqualität“; „körperlicher und seelischer Gesamtzustand des Patienten“; „Alkohol-, Nikotin- und Drogenkonsum“, „Non-Compliance als Kontraindikation“; „Wartezeit“).
- Spannungsverhältnis zwischen „Notwendigkeit/Dringlichkeit“ und „Erfolgsaussicht“, das nur durch politische Wertentscheidungen aufgelöst werden kann.

→ Unzutreffende Prämisse in § 16 Abs. 1 S. 1 TPG: „Die BÄK [...] stellt fest.“

## b) Konsequenzen für Zuständigkeit und Verfahren

- Die Kriterien für die Aufnahme auf die Warteliste und Zuteilung von Organen sind normativer und damit auch politischer Natur. Sie müssen daher von einem Organ mit breiterer politischer Legitimation als der BÄK festgelegt werden. Das gilt unabhängig davon, ob man die in den Richtlinien enthaltenen Kriterien für sachgerecht hält.
- Grundsätzlich muss daher der Bundesgesetzgeber die Verteilungskriterien benennen, Ausschlussgründe regeln (Alkohol? Compliance? etc.) und ihr Verhältnis untereinander bestimmen.
- Wegen der Dynamik der Materie besteht Bedarf nach untergesetzlicher Konkretisierung der Kriterien, allerdings aus legitimatorischen Gründen besser durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit als durch Richtlinien, denn die Organallokation ist keine Angelegenheit ärztlicher Selbstverwaltung (Zuständigkeit nur für fachmedizinische Fragen wie die Blutgruppenkompatibilität). Vorbild Schweiz: Art. 9ff. der Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation v. 16. 3. 2007

## 2. Parlamentsvorbehalt: Unzureichende gesetzliche Regelung

BVerfGE 33, 303/345f. zur Vergabe von Studienplätzen in Numerus-Clausus-Fächern: „ Formellrechtlich ist es wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung Sache des verantwortlichen Gesetzgebers, auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen. Die grundgesetzliche Ordnung erlaubt es zwar dem Gesetzgeber, seine Normgebungsbefugnis durch ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung auf andere zu delegieren. Wenn aber die Regelung [...] sich [...] als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann, dann kann in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, dass in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, dass der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll.“

Vgl. daher Art. 119a Schweizer BV: Verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundegesetzgebers (!), Kriterien für die Zuteilung von Organen zu regeln, s. dementsprechend Art. 17f. des Schweizer Transplantationsgesetzes



### 3. Unklarheiten beim Rechtsschutz

- Art. 19 Abs. 4 GG: Nachprüfbarkeit transplantationsrechtlicher Entscheidungen durch die deutsche Gerichtsbarkeit und Rechtswegklarheit
- Diese Anforderungen erfüllt das TPG nicht, denn es nicht klar, wer gegen welche Entscheidung vor welchen Gericht klagen kann.
- Vorschläge:
  - ✓ Klagegegenstand: Entscheidung über die (Nicht-)Aufnahme auf die Warteliste und/oder die Listenplatzierung nach § 10 Abs. 2 TPG.
  - ✓ Klagebefugnis: Jeder, der nicht auf die Warteliste aufgenommen oder von dieser heruntergenommen wird oder anders auf der Liste platziert werden möchte.
  - ✓ Rechtsweg: Nach Ansicht des LG Essen (v. 21. 11. 2007 – 1 O 312/07) Zivilrechtsweg; zweifelhaft. Vorzugswürdig ist wegen des krankenhausrrechtlichen Kontextes (§§ 10 Abs. 1 TPG, 108 SGB V) eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung in § 10 TPG an die Verwaltungsgerichte.

## V. Thesen

- (1) Ein demokratischen und rechtsstaatlichen Regeln genügendes Verteilungssystem ist eine politisch zwingende Voraussetzung nicht erst für die Organverteilung, sondern schon für die Erhöhung der Zahl der Organspender. Das derzeitige Verteilungssystem ist nicht geeignet, die Motivation für die Organspende zu erhöhen.
- (2) Es ist zu empfehlen, im TPG die relevanten Verteilungskriterien zu benennen, Ausschlussgründe zu regeln und ihr Verhältnis untereinander zu bestimmen.
- (3) Die nähere Konkretisierung der Kriterien kann durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit erfolgen.
- (4) Hinsichtlich medizinischer Fachfragen (Blutgruppenkompatibilität) kann auf die Richtlinien der BÄK zurückgegriffen werden.
- (5) Der Rechtsschutz muss bei der Aufnahme auf die Warteliste ansetzen. Zuständig sollten die Verwaltungsgerichte sein.