

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache

20(14)98(2)

gel. ESV zur öffent. Anh. am
26.04.2023 - Lebendspende
24.04.2023

Stellungnahme

**als Einzelsachverständiger zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses
für Gesundheit des Deutschen Bundestags am 26. April 2023
zum Thema Cross-over-Lebendspende (BT-Drucksache 20/4565 u.a.)**

1. Nicht zu rechtfertigende Restriktion des Spenderkreises

In der Bundesrepublik Deutschland ist die Lebendorganspende – namentlich der Kreis möglicher OrganspenderInnen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 TPG) – weit restriktiver geregelt als in vergleichbaren westlichen Staaten.¹ Der Eingriff in die Grundrechte von potentiellen SpenderInnen und EmpfängerInnen und zugleich in den Umfang und die Qualität der medizinischen Versorgung in diesem Bereich ist in Deutschland entsprechend intensiver. Es gibt keine vernünftigen Gründe hierfür. Keines der Argumente, die für diese Restriktion vorgebracht wird, trifft zu. Sie beruhen auf unzutreffenden Tatsachenannahmen, nicht haltbaren ethischen Prämissen und einem paternalistischen Grundrechtsverständnis, das mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht (mehr) vereinbar ist. Die Beschränkung des Spenderkreises (§ 8 Abs. 1 Satz 2 TPG) sollte ersatzlos gestrichen werden.

¹ L. Lopp, Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe – Possibilities of Harmonisation,

a) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem (in der rechtswissenschaftlichen Literatur kritisierten) Beschluss vom 13.8.1999 § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG² zwar für verfassungsgemäß gehalten. Es hat hierbei jedoch festgestellt, dass der Gesetzgeber hierdurch die Therapiemöglichkeiten von PatientInnen, die auf Ersatzorgane angewiesen sind, „kausal zurechenbar nachhaltig beeinträchtigt“ habe. Das Transplantationsgesetz greife mit § 8 TPG in die abwehrrechtliche Verbürgung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) beim potentiellen Empfänger ein, weil hier „staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“.³

In den vergangenen 15 Jahren hat das Gericht die paternalistische Prämisse (ein Schutz des Spenders vor sich selbst), auf deren Grundlage es § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG für verfassungsgemäß gehalten hat⁴, aufgegeben. Das Bundesverfassungsgericht hat zwischenzeitlich in ständiger Rechtsprechung herausgestellt, dass das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vermittelte Recht des Grundrechtsträgers, bei Entscheidungen über seine leiblich seelische Integrität seine eigenen Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden, paternalismusresistent ist. Bevormundende Übergriffe sind dem Staat untersagt.⁵ Dem Staat ist es verwehrt, seine eigene Einschätzung vom „Besten“ für den Betroffenen an die Stelle von dessen autonomer Entscheidung zu setzen.⁶ Es gibt keine staatliche Schutzpflicht in Bezug auf den Freiheitsgebrauch aufgeklärter, einwilligungsfähiger Personen.⁷ Vor diesem Hintergrund spricht Überwiegendes dafür, dass die in § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG verfügte Beschränkung des Kreises potentieller OrganspenderInnen heute nicht mehr für verfassungsgemäß gehalten würde. Als

Berlin/Heidelberg 2013. Seit dem Erscheinen der Arbeit ist ein genereller europäischer Trend zur Liberalisierung der Lebendorganspende zu beobachten. Die USA, Kanada, Australien und Neuseeland haben von vorneherein weitestgehend auf gesetzestförmige Behinderungen der Lebendorganspende verzichtet.

² “Die Entnahme einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.”

³ BVerfG [K] 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98, juris Rn. 63 und 68, NJW 1999, 3399.

⁴ BVerfG [K] 11.8.1999 – 1 BvR 2181/98, juris Rn. 72 ff., NJW 1999, 3399. Siehe hierzu Gutmann, Thomas, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1999, S. 3387 ff.

⁵ BVerfG 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 Rn. 48, BVerfGE 128, 282; bekräftigt durch BVerfG 26.7.2016 – 1 BvL 8/15, juris Rn. 74, BVerfGE 142, 313 und BVerfG 8.6.2021 – 2 BvR 1866/17, juris Rn. 72. Siehe auch BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, 317, juris Rn. 126 und (schärfer) Rn. 184, 190 ff.

⁶ BVerfG 8.6.2021 – 2 BvR 1866/17, juris Rn. 73.

⁷ BVerfG 26.7.2016 – 1 BvL 8/15 Rn. 75 und 79 f., BVerfGE 142, 313; BVerfG 8.6.2021 – 2 BvR 1866/17, juris Rn. 69 f. und 73.

„hart“ paternalistische Norm, die die Gesundheit von OrganspenderInnen vor ihren eigenen, frei verantwortlich getroffenen Entscheidungen schützen soll, ist § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Einwilligung und des Selbstbestimmungsrechts von Organspendern und OrganspenderInnen nicht vereinbar.

b) Die Kosten der deutschen Regelung

Die Behinderung der Lebendorganspende in Deutschland führt dazu, dass hierzulande sehr viel weniger PatientInnen geholfen werden kann als in unseren Nachbarstaaten. Im Vereinigten Königreich beispielsweise übersteigt die Zahl der LebendorganspenderInnen die der postmortalen SpenderInnen nach Hirntoddiagnostik⁸, obgleich dort auch die Zahl postmortaler Organspenden im Vergleich höher ist als in Deutschland.

Die gesetzliche Beschränkung des Spenderkreises wird insbesondere mit Blick auf die Überkreuz-Spende nahezu allgemein für unangemessen gehalten.⁹ Die sogenannte Cross-over-Lebendspende gehört heute international zum Behandlungs-

⁸ NHS Blood and Transplant, Organ Donation and Transplantation Activity Report 2019/2020, 2020, 5: Im Berichtsjahr 2019/2020 946 postmortale SpenderInnen nach Hirntoddiagnostik, 1001 LebendorganspenderInnen.

⁹ Beispielhaft: Gutmann, Th., Für ein neues Transplantationsgesetz, Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin, Berlin/Heidelberg 2005; Schroth, U./Schneewind, K./Gutmann, Th./Fateh-Moghadam, B., Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Heidelberg 2005; Fateh-Moghadam, B., Die Einwilligung in die Lebendorganspende, München 2008; Gutmann, Th., Für eine prinzipielle Neuausrichtung des Transplantationsrechts, in: C.-D. Middel/W. Pühler/H. Lilie/K. Vilmar (Hg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung, München 2010, 17-40; Schroth, Ulrich, Spenderautonomie und Schadensvermeidung, MedR 2012, 570-576; Stoecker, Katharina, Zum Novellierungsbedarf der gesetzlichen Regelungen zur Lebendspende unter besonderer Berücksichtigung europäischer und internationaler Vorschriften, Göttingen 2012; Ludwig, K., Die Notwendigkeit der rechtlichen Harmonisierung der Lebendorganspende auf europäischer und internationaler Ebene, Baden-Baden 2013; Scheinfeld, J., Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus. Eine Analyse der strafbewehrten Spendebegrenzungen im deutschen Transplantationsrecht, Tübingen 2016; Fateh-Moghadam, B., Strafrechtliche Risiken der Organtransplantation, in Saliger, F./Tsambikakis, M. (eds.), Strafrecht der Medizin. Handbuch für Wissenschaft und Praxis, München 2022, 482-519. Einen (unvollständigen) Überblick bietet auch die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags, Die Cross-over-Lebendspende. Zum Stand in Deutschland und in ausgewählten europäischen Ländern, WD 9-3000-022/17 (2017), 11. Siehe auch das Minderheitsvotum der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, Zwischenbericht Organlebendspende, BT-Drs. 15/5050 vom 17. März 2005, S. 73 (20.4.2023). Dies hat in Teilen des medizinrechtlichen Schrifttums und in der Rechtsprechung zu dem nachvollziehbaren Bemühen geführt, die offensichtlich unbilligen Ergebnisse der gesetzlichen Vorschrift durch eine äußerst extensive Auslegung der Norm zu vermeiden. So hat das Bundessozialgericht (BSG 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, BSGE 92, 19) versucht, das gesetzliche Erfordernis des *Bestehens* einer – notwendigerweise biographisch gewachsenen – „engen persönlichen Beziehung“ weitestgehend durch eine Prognoseentscheidung über deren *künftige* Entwicklung zu ersetzen. Das (nur sozialrechtliche) Urteil dehnt die Grenzen möglicher Gesetzesauslegung allzu weit und kann keine belastbaren praktischen Spielräume zu einer rechtlich verantwortlichen Durchführung von Überkreuz-Spenden schaffen. Eine Korrektur des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG muss durch den Gesetzgeber erfolgen.

standard. Deutsche PatientInnen bleiben hiervon – unter Strafdrohung – ausgeschlossen. In Europa sind vor allem Programme in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich, die – auf der Grundlage intensiver medizinischer, psychologischer, ethischer und juristischer Begleitforschung – im Interesse der Betroffenen erfolgreich die Cross-over-Lebendspende ausgeweitet haben. Schon die Zulassung der „einfachen“ Überkreuz-Spende zwischen zwei Paaren könnte einer erheblichen Anzahl von Personen Behandlungsoptionen schaffen. In Großbritannien wurden allein im Berichtsjahr 2019/20 durch das Programm für gepaarte Lebendnierenspenden (Cross-over-Lebendspenden) 96 Nierentransplantationen ermöglicht (93 erwachsene, 3 pädiatrische EmpfängerInnen);¹⁰ in der Bundesrepublik besteht ein ähnliches Potential. Standard hierfür sind zentrale Vermittlungsprogramme wie das erfolgreiche „Kidney Paired Donation Pilot Project“ des US-amerikanischen United Network for Organ Sharing¹¹ oder „The UK Living Kidney Sharing Scheme“ des britischen NHS¹², die unter medizinischer Selbstverwaltung, aber staatlicher Aufsicht stehen. In solchen Systemen kann, wie dies in Großbritannien der Fall ist, bei der Vermittlung von Überkreuzspenden auch die wechselseitige Anonymität von ÜberkreuzspenderInnen und -empfängerInnen bis zum Zeitpunkt der Transplantation sichergestellt werden¹³; unverzichtbar ist dies nicht.¹⁴

Darüber hinaus werden international, insbesondere in Großbritannien, den Niederlanden und den USA, Cross-over-Lebendspenden erfolgreich zu – aus medizinischer Sicht überlegenen – Lebendspendeketten verbunden, die nicht selten durch eine altruistische, „nichtgerichtete“ Organlebendspende initiiert werden.¹⁵ Im Vereinigten Königreich spendeten im Berichtsjahr 2019/20 95 „nichtgerichtete“ SpenderInnen eine Niere. Von diesen 95 nicht zielgerichteten altruistischen Spenden gingen 47 in eine altruistische Spenderkette aus mehreren Lebend-Transplantationen ein, durch die insgesamt 118 erwachsene und 4 pädiatrische PatientInnen

¹⁰ NHS Blood and Transplant, Organ Donation and Transplantation Activity Report 2019/2020, 2020, 43.

¹¹ <https://unos.org/transplant/kidney-paired-donation/> (20.4.2023). Siehe nunmehr US National Kidney Foundation, Programs for Donor/Recipient Pairs with Incompatible Blood Types, <https://www.kidney.org/transplantation/livingdonors/incompatiblebloodtype> (20.4.2023).

¹² UK Living Kidney Sharing Scheme (Paired/Pooled Donation, Non-directed Altruistic Donor Chains), <https://nhsbtdbe.blob.core.windows.net/umbraco-assets-corp/26186/31204-0766mp-living-kidney-sharing-olc2173-web.pdf> (20.4.2023), 8.

¹³ UK Living Kidney Sharing Scheme (Paired/Pooled Donation, Non-directed Altruistic Donor Chains), <https://nhsbtdbe.blob.core.windows.net/umbraco-assets-corp/26186/31204-0766mp-living-kidney-sharing-olc2173-web.pdf> (20.4.2023).

¹⁴ Vgl. Mamode, K. et al, Anonymity and Live-Donor Transplantation. An ELPAT View, *Transplantation Journal* 95 (2013), 536-541; Slaats et al., Donor and Recipient Perspectives on Anonymity in Kidney Donation From Live Donors: A Multicenter Survey Study, *Am J Kidney Dis.* 71 (2018), 52-64; Pronk et al., Relinquishing Anonymity in Living Donor Kidney Transplantation: Lessons Learned From the UK Policy for Anonymous Donors, *Transpl Int.* 35 (2022), Feb 4, doi: 10.3389/ti.2022.10091.

¹⁵ UK Living Kidney Sharing Scheme, Fn. 13.

in den Genuss einer Transplantation kamen.¹⁶ In den Niederlanden betrug die Gesamtzahl der ungerichteten, d.h. für das Gesamtsystem spendenden NierenspendeInnen (bei ausgewogenem Geschlechterverhältnis) schon Ende 2018 160 Personen; dies entspricht einem Sechstel des gesamten Lebendspende-Aufkommens des Landes. Darüber, dass es angemessen ist, diese Möglichkeiten auszuweiten, besteht ein weitgehender fachlicher Konsens in Europa.¹⁷ In den USA wurden, organisiert durch das National Kidney Registry, schon vor einem Jahrzehnt Ketten-Cross-over-Lebendspenden mit 60 bzw. 70 TeilnehmerInnen durchgeführt.¹⁸ Prof. Alvin E. Roth (Stanford), der im Jahr 2012 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften nicht zuletzt für seine Arbeiten zur medizinisch idealen Passung von LebendorganspendeInnen und -empfängerInnen erhielt¹⁹, repräsentierte deshalb einen internationalen Konsens, als er am 7.11.2019 in Berlin den Bundestag aufforderte, Deutschland nicht länger einen der wenigen industrialisierten Staaten bleiben zu lassen, in denen die Überkreuzspende verboten ist, „§ 8 Abs. 1 Satz 2 TPG zu streichen und endlich cross-over-Lebendspenden und nicht gerichtete Lebendspenden in Deutschland zu ermöglichen“.²⁰ Die Zustimmung in der Bevölkerung hierfür ist hoch.²¹

Vorbildhaft für eine angemessene gesetzliche Regelung ist, neben anderen auf unbegründete Restriktionen verzichtenden Gesetzen u.a. in Spanien, den Niederlanden, Österreich, Dänemark, Finnland, sowie in den USA und Kanada, das Schweizer Transplantationsgesetz vom 8.10.2004, das sich – in ausdrücklicher Abgrenzung von dem deutschen Sonderweg – durch einen bewussten, im Gesetzgebungsverfahren von allen Beteiligten begrüßten Verzicht auf jegliche Begrenzung des Kreises potentieller (erwachsener und einsichtsfähiger) LebendorganspendeInnen auszeichnet und sowohl die Überkreuz-Spende als auch die nichtgerichtete, „altruistische“ Spende eines Organs zulässt.

¹⁶ NHS Blood and Transplant, Organ Donation and Transplantation Activity Report 2019/2020, 2020, 42.

¹⁷ L. Burnapp, K. Van Assche et al., Raising awareness of unspecified living kidney donation: an ELPAT view, *Clin Kidney J.* 13 (2019), 159-165.

¹⁸ Vgl. K. Sack, 60 Lives, 30 Kidneys, all linked, *The New York Times* 18.2.2012; Molly Shen, Seattle kidney chain changes 8 lives: 'It's the gift of life', <https://komonews.com/news/healthworks/seattle-kidney-chain-changes-8-lives-its-the-gift-of-life> (20.4.2023).

¹⁹ A.E. Roth/T. Sönmez/M.U. Ünver, Pairwise kidney exchange, *Journal of Economic Theory* 125 (2005), 151-188.

²⁰ Bericht u.a. bei I. Rose, BBC News, 17.12.2019, <https://www.bbc.com/news/business-50632630> (20.4.2023).

²¹ In Deutschland rund 80%, vgl. A.E. Roth/ S.W. Wang, Popular repugnance contrasts with legal bans on controversial markets, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 117(33):19792-19798, 20.

c) Keine vernünftigen Gründe für die Restriktion

Für die gegenwärtige Begrenzung des Spenderkreises bei der Lebendorganspende gibt es keine vernünftigen Gründe. Dass die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung im engsten Familienkreis keineswegs besser gewährleistet ist als außerhalb, ist evident; diese ursprüngliche Annahme des Gesetzgebers²² ist erkennbar unzutreffend. Die im TPG vorgesehenen prozeduralen Sicherungsmechanismen – die gesetzlich normierten, stark erhöhten Anforderungen an die medizinische Aufklärung der Beteiligten²³ und die Erörterung der Spendermotivation und der Freiwilligkeit der Spende in den interdisziplinären Lebendspendekommissionen (§ 8 Abs. 3 TPG) – reichen im Verbund mit den erheblichen Haftungsrisiken der Transplantationszentren (§§ 630d und 630e BGB i.V.m. § 630h Abs. 2 BGB) zur Absicherung einer freiwilligen Entscheidung der SpenderInnen *in allen Konstellationen* aus. Die Spendemotivation und die Freiwilligkeit von Personen, die ihrer Partnerin oder ihrem Partner helfen möchten, verändern sich nicht dadurch, dass sie dies über den Weg einer Überkreuzspende tun.²⁴ Dass Cross-over-Spenden keinen Organhandel darstellen, versteht sich von selbst.²⁵

Die Studienlage widerlegt auch nachhaltig die These, dass Menschen, die in Cross-over-Konstellationen oder aus altruistischen Gründen ein Organ zugunsten Fremder spenden wollen, ein Autonomiedefizit (oder gar eine Persönlichkeitsstörung) aufweisen.²⁶ Die langfristige Zufriedenheit von LebendorganspenderInnen, die mit dem Empfänger oder der Empfängerin in keiner engen persönlichen Beziehung standen, mit ihrer Spendeentscheidung ist sehr hoch.²⁷

Mit Blick auf die Erfahrungen europäischer Staaten mit liberaleren, d.h. den Spenderkreis nicht beschränkenden Regelungen zur Organlebendspende gibt es *keinerlei* Hinweise darauf, dass eine Streichung von § 8 Absatz 1 Satz 2 TPG das Risiko

²² BT-Drs. 13/4355, 20: „dass grundsätzlich eine verwandtschaftliche oder vergleichbare enge persönliche Beziehung die beste Gewähr für die Freiwilligkeit der Organspende bietet“. Zu Recht sehr kritisch hierzu, für viele, die Botschaft zum Schweizerischen TPG des Schweizer Bundesrats, 2001, 70.

²³ Hierzu Bundesgerichtshof vom 29.1.2019 – VI ZR 495/16, BGHZ 221, 55.

²⁴ So zutreffend das Bundessozialgericht (BSG 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, BSGE 92, 19, juris Rn. 36): „Bei einer Überkreuzkonstellation unter Ehepaaren garantiert die Motivation zur Spende, nämlich letztlich dem eigenen Partner zu helfen, regelmäßig die innerliche Akzeptanz.“

²⁵ BSG 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, BSGE 92, 19, juris Rn. 36

²⁶ Maple, H. et al. Motivations, outcomes and characteristics of unspecified (non-directed altruistic) kidney donors in the United Kingdom, *Transplantation* 98 (2014), 1182-1189; Burnapp, L./Van Assche, K. et al., et al., Raising awareness of unspecified living kidney donation: an ELPAT view, *Clin Kidney J.* 13 (2019), 159-165; Massey, E. et al., Altruistic donation to strangers: Donor motivation and interpersonal values, in: Weimar, W./Bos, M.A./ van Busschbach, J.J. (Eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects Expanding the European Platform*, Lengerich 2013, 370-377.

²⁷ Pronk, M./Zuidema, W./Weimar, W. et al., Twenty Years of Unspecified Kidney Donation: Unspecified Donors Looking Back on Their Donation Experiences, *Transpl Int.* 36 (2023), doi: 10.3389/ti.2023.10959; vgl. auch Maple H. et al. (Fn. 26).

des Organhandels erhöhen würde. Befürchtungen, dass durch Cross-over-Lebendspenden, Poolspenden und nicht gerichtete Lebendspenden verdeckte kommerzielle Vermittlungstätigkeiten entstehen, haben sich in keinem westlichen Staat bestätigt; diese Befürchtungen haben keine Tatsachengrundlage. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass staatlich beaufsichtigte transparente Vermittlungsprogramme nach amerikanischem, britischen oder niederländischen Vorbild den Ausschluss kommerzieller Motive effizient sicherstellen und dass es allein die unbegründeten Restriktionen der Lebendorganspende und die chronische Unterversorgung der in Deutschland lebenden PatientInnen sind, die für diese Anreize dafür setzen, kommerzielle Wege im Ausland zu beschreiten.²⁸ Dass sich die Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin im Jahr 2005 schließlich auf den angeblichen Wunsch potenzieller Lebendspenderinnen und -spender berief, durch gesetzliche Verbote von der Notwendigkeit entlastet zu werden, eine eigene Entscheidung treffen zu müssen, und durch ein Verbot der Überkreuzspende die Möglichkeit des „Sich-Entziehen[s] unter Hinweis auf immunologische Unverträglichkeiten“²⁹ zu behalten, belegt nur die irritierende Distanz zwischen Teilen der rechtspolitischen Diskussion der Lebendorganspende in Deutschland und der internationalen ethischen Debatte. Das Argument ist faktisch unzutreffend, verfassungsrechtlich unzulässig und in ethischer Hinsicht nicht einmal als paternalistische Intervention zu rechtfertigen, weil es nicht auf die besten Interessen der Betroffenen zielt.

d) Gesamtzusammenhang

Die Behinderung der Lebendorganspende in Deutschland ist noch weniger zu rechtfertigen, wenn man auf den Gesamtzusammenhang der Organtransplantation in Deutschland blickt. Die Zahl der postmortalen OrganspenderInnen hat sich in Deutschland seit langem bei etwa 10 pro eine Million EinwohnerInnen und Jahr (ppm) eingependelt, im Vergleich zu 41,6 in den USA, 40,8 (in manchen Regionen 60) in Spanien, 29,6 in Portugal, 26,9 in Belgien, 25 in der Tschechischen Republik, 24,7 in Frankreich, 24,1 in Italien, 20,2 in Österreich, 19,3 in Schweden usw.³⁰ In Deutschland sterben und leiden deshalb PatientInnen, denen in anderen westlichen Staaten geholfen werden könnte. Die Gründe hierfür liegen – angesichts der außerordentlichen Qualität der deutschen Transplantationsmedizin – in erster Li-

²⁸ Siehe hierzu insbesondere F. Ambagtsheer, *Organ Trade*, Rotterdam 2017; dies./Bugter, R., *The organization of the human organ trade: a comparative script analysis*, *Crime, Law and Social Change* (2022), <https://doi.org/10.1007/s10611-022-10068-5>.

²⁹ Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, *Zwischenbericht Organlebendspende*, BT-Drs. 15/5050 v. 17.3.2005, 48, 73; vgl. 38 ff.

³⁰ European Directorate for the Quality of Medicines & HealthCare of the Council of Europe (EDQM), *Newsletter Transplant 7* (2022). *International figures on donation and transplantation 2021*, 8, 20 (<https://freepub.edqm.eu/publications/PUBSD-87/detail>; 20.4.2023).

nie in den durch das Transplantationsgesetz vorgegebenen Regelungs- und Organisationsstrukturen. Dass der deutsche Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der PatientInnen auf den Wartelisten in angemessener Weise nachkommt, ist zu bezweifeln. Vor diesem Hintergrund erscheinen die nicht gerechtfertigten Restriktionen im Bereich der Lebendorganspende, durch die der Staat die BürgerInnen unter Strafdrohung (gegen ÄrztInnen) daran hindert, einander selbst zu helfen, noch problematischer.

2. Weiterer Reformbedarf

Auch der sogenannte Subsidiaritätsgrundsatz (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG) sollte gestrichen werden. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG schreibt vor, dass die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht.

Dieser Subsidiaritätsgrundsatz erscheint nur insoweit begründbar, als er, orientiert am Prinzip der Schadensvermeidung, besagen soll, dass die Möglichkeit der Lebendspende nicht dazu führen soll, dass das Bemühen um die Gewinnung postmortal gespendeter Organe insgesamt, d.h. auf der Makroebene vernachlässigt wird. Um dies zum Ausdruck zu bringen, ist § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG in seiner gegenwärtigen Form jedoch weder notwendig noch geeignet. Soweit der in § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG postulierte Grundsatz der Nachrangigkeit der Lebendspende dazu dienen soll, im konkreten Fall Personen, die zur Lebendorgantransplantation entschlossen sind, diese zu untersagen und den potentiellen Lebendorganempfänger bzw. die potentielle Lebendorganempfängerin auf ein postmortal gewonnenes Organ zu verweisen (auf das in der Regel Jahre gewartet werden muss), ist er weder verfassungsrechtlich noch ethisch zu rechtfertigen.³¹ Gesetzlicher Paternalismus dieser Art sieht sich in einem liberalen Rechtsstaat einem prinzipiellen Legitimationsdefizit ausgesetzt (siehe oben). In ihrer gegenwärtigen Form stellt die Subsidiaritätsklausel angesichts der überlegenen Erfolgsaussichten der Lebendtransplantation (bei der Niere) den wohl einzigartigen Fall dar, dass durch Gesetz PatientInnen eine medizinisch eindeutig schlechtere Therapie aufgezwungen wird. Sie verhindert eine Ausweitung der medizinisch klar vorzugswürdigen frühzeitigen (präemptiven) Nierentransplantation, missachtet den Grundrechtsschutz von solchen PatientInnen, bei denen es Gründe gibt, von vorneherein eine Lebendspende der postmortalen Transplantation vorzuziehen, und bleibt eine Antwort darauf schuldig, warum die knappen postmortal entnommenen Organe PatientInnen, die ein Lebendorgan erhalten könnten und möchten, aufgezwungen und damit zugleich

³¹ Für viele: Gutmann, Th./Schroth, U., Organlebendspende in Europa. Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin/New York 2002, 25 ff., 76 ff.

den je nächstplatzierten AnwärterInnen auf der Warteliste vorenthalten werden sollen. Der Schweizer Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Schweizer Gesetz diesbezüglich zu Recht ausgeführt:

„Es erscheint selbstverständlich, dass vor jeder Lebendspende das medizinische Risiko der Spenderin oder des Spenders abgeklärt werden muss. Ergibt diese Abklärung, dass das Risiko vertretbar ist, ist allerdings nicht einsehbar, weshalb es diesfalls nicht der Autonomie der Spenderin oder des Spenders anheim gestellt sein soll zu entscheiden, ob sie oder er dieses vertretbare Risiko auf sich nehmen will. Aus der Sicht der Empfängerin oder des Empfängers ist nicht einsehbar, weshalb sie oder er sich das Organ einer verstorbenen Person mit einer schlechteren Prognose transplantieren lassen soll, wenn alternativ eine Lebendspende möglich wäre. Der erwähnte Grundsatz [der Subsidiarität der Lebendorganspende] erscheint deshalb als zu restriktiv. Es ist genügend, wenn die Spenderin oder der Spender umfassend informiert worden ist und der Entnahme frei und schriftlich zugestimmt hat.“³²

Münster, den 24.4.2023

Prof. Dr. Thomas Gutmann

³² Botschaft des Schweizer Bundesrats zum Schweizerischen TPG, 2001, 168.