

Zur Kollision von Therapiebegrenzung und postmortalen Organspende

Kira Buchholz

1 Einleitung

In Deutschland warten derzeit mehr als 10.000 Patienten auf ein passendes Spenderorgan, wobei das mit Abstand am meisten benötigte Organ die Niere darstellt – dies geht aus einer Statistik der Deutschen Stiftung Organspende (DSO) hervor.¹ Die im Vergleich dazu geringe Zahl vorhandener Organspender erholt sich zwar mittlerweile langsam – so konnten bis zum 15.04.2019 bereits 713 Spenden registriert werden – doch sind weiterhin mehrere tausend Menschen auf die Spendebereitschaft der Bevölkerung angewiesen. Von einem Mangel an verfügbaren Spenderorganen kann also auch in absehbarer Zukunft noch gesprochen werden.² Es ist daher von bedeutender Relevanz, die Möglichkeiten der Transplantationsmedizin bestmöglich auszuschöpfen und bestehende Missstände weitestgehend zu beseitigen, wobei die Würde und der Respekt vor dem spendenden Individuum keinesfalls unberücksichtigt bleiben dürfen. Unabhängig von der Frage, wann man selbst eine Person tatsächlich als „tot“ erachtet, lehrte uns das Bundesverfassungsgericht in einer Grundsatzentscheidung deutlich, dass die Existenz der Menschenwürde nicht mit dem Tod endet, sondern vielmehr ein postmortales Persönlichkeitsrecht besteht, welches es jederzeit zu beachten gilt.³

¹ Die Statistiken sind abrufbar auf <https://www.dso.de> (zuletzt aufgerufen am 30.05.2019).

² So bereits *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 705 (709); *Rosenberg* S. 109 (115).

³ BVerfG, Beschluss v. 24.02.1971 BVerfGE 30, 173 (194).

Problematisch erscheint in der Praxis häufig der Wunsch eines Patienten auf eine begrenzte medizinische Behandlung bei parallel bestehendem Wunsch, postmortal als Organspender eingesetzt zu werden,⁴ was durch das im Jahre 2009 in Kraft getretene 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts nun verstärkt thematisiert wird.⁵ Im Folgenden wird die Frage erläutert, weshalb es überhaupt zu Kollisionsproblematiken kommt und wie diese möglicherweise interessengerecht gelöst werden können.

2 Zur Kollision von Therapiebegrenzung und postmortaler Organspende

2.1 Medizinische und rechtliche Grundlagen der postmortalen Organspende

Für die Durchführung einer postmortalen Organspende sind verschiedene Voraussetzungen zu beachten. Insbesondere die Hirntoddiagnostik spielt eine entscheidende Rolle für die Frage, ab wann überhaupt eine Organspende durchgeführt werden kann.

Der sog. „Hirntod“ wurde bereits im Jahre 1968 von einem Komitee der Harvard Medical School zur Feststellung des Todes bestimmt⁶ und auch in Deutschland anerkannt.⁷ Dies zeigt sich insbesondere im deutschen Transplantationsgesetz (TPG), welches in § 3 II Nr. 2 TPG festlegt, dass die Entnahme von Organen und Geweben ausschließlich zulässig ist, wenn ein irreversibler Funktionsausfall von Kleinhirn, Großhirn und Hirnstamm vorliegt, also ein „point of no return“⁸ eingetreten ist, sodass insgesamt von einem „Hirntod“ gesprochen werden kann.

Abzugrenzen ist der Hirntod vom „klinischen Tod“, welcher den Ausfall des Herz-Kreislauf-Systems beschreibt und dessen isoliertes Vorliegen noch nicht zur Organspende berechtigt, da aufgrund der heute bestehenden Möglichkeit der künstlichen Reanimation ein intaktes Herz-Kreislauf-System gegebenenfalls wieder hergestellt und in diesem Kontext folglich nicht von einem irreversiblen Sterbeprozess gesprochen werden kann. Vor dem Hintergrund der Organknappheit wird zum Teil über die Einführung des sog. „Non heart-beating donor“⁹ diskutiert, bei welchem bereits der Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems von einer Dauer von etwa zwei bis zehn Minuten zur Organentnahme berechtigen soll.¹⁰ Dieses Verfahren hat in anderen europäischen Ländern für große Erfolge im Kampf um die Organknapp-

⁴ BGHZ 154, 205 ff. – JZ 2003, 732 (739) mit Anm. *Spickhoff*.

⁵ *Verrel* GuP 2012 S. 121 (126).

⁶ Ad hoc Committee of the Harvard Medical School JAMA 205 (1968) S. 337 ff.

⁷ BÄK erstmals 1982 ohne Begründung, vgl. DÄBl. 1982 Heft 14 S. 45 ff. (55).

⁸ *Schöne-Seifert u.a.* DÄBl. 2011, A 2080 (A 2086).

⁹ *Norba* S. 45 f.

¹⁰ Ablehnend dazu der Deutsche Ethikrat „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“, S. 96 ff.

heit geführt, ist vom deutschen Recht jedoch nicht vorgesehen, da bei einem Herz-Kreislauf-Stillstand von höchstens zehn Minuten nicht sicher von dem im TPG geforderten Eintritt des Gesamthirntodes ausgegangen werden kann¹¹ und es aufgrund des hohen Risikos von Fehldiagnosen zum Schutze der Patienten nicht als taugliches Äquivalent zum Hirntoderfordernis anzuerkennen ist.¹²

In Bezug auf den soeben dargestellten klinischen Tod ist hier jedoch nicht nur die physische Unterscheidung notwendig, es gilt auch in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren, da Hirntod und klinischer Tod unabhängig voneinander eintreten können:¹³ Kommt es zunächst zu einem irreversiblen Ausfall der Herz-Kreislauf-Funktionen und folgt der Hirntod diesem, ist eine gesetzlich vorgesehene Wartezeit von drei Stunden zwischen klinischem Tod und Hirntoddiagnostik vorgesehen, um zu vermeiden, dass die Organspende die eigentliche Todesursache darstellt.¹⁴ Anders ist wiederum der Fall des „dissoziierten Hirntodes“ zu beurteilen, welcher vor dem endgültigen Erlöschen der Hirnfunktionen eintritt, da diese apparativ aufrecht erhalten werden können.¹⁵

Der menschliche Organismus ist somit als „tot“ zu bezeichnen, „wenn die Einzelfunktionen seiner Organe und Systeme sowie ihre Wechselbeziehungen unwiderruflich nicht mehr zur übergeordneten Einheit des Lebewesens in seiner funktionellen Ganzheit zusammengefasst und unwiderruflich nicht mehr von ihr gesteuert werden“.¹⁶

Weiterhin wird im deutschen Recht zwingend eine Zustimmung zur Organspende vorausgesetzt: Es muss vorab entweder nach § 3 I Nr. 1 TPG die Zustimmung des Patienten oder in Ermangelung einer solchen die in §§ 3 I Nr. 1, 4 I TPG geregelte Einwilligung nach der sog. „erweiterten Zustimmungslösung“¹⁷ durch die nächsten Angehörigen¹⁸ vorliegen. Spender kann jedoch nur sein, wer bereits das 16. Lebensjahr vollendet hat.¹⁹ Das Zustimmungserfordernis ist aufgrund der über den Tod hinaus als postmortales Persönlichkeitsrecht existierenden Menschenwürde als Ausprägung aus Art. 1 I GG zu verstehen.

Schließlich stellt sich die Frage nach der Organgewinnung und der organprotektiven Therapie. Entnommen werden die Organe durch einen chirurgischen Eingriff, wobei die Reihenfolge der Entnahme sich nach der Ischämietoleranz des jeweiligen Organs richtet.²⁰ Zur Ausschaltung spinal-reflektorischer Aktivitäten, die auch bei

¹¹ BÄK DÄBL. 1998 S. A-3235.

¹² Gemeinsame Stellungnahme der DGN, DGNC und DGNI zur Feststellung des Hirntodes vor Organentnahmen v. 05. März 2014, ergänzt am 21. März 2014.

¹³ Verrel GuP 2012 S. 121 (126).

¹⁴ Vogel ZfL 2011 S. 88 (90).

¹⁵ Mohammadi-Kangarani S. 31.

¹⁶ BÄK DÄBL. 1993 B-2177 (B-2179).

¹⁷ Spilker ZRP 2014 S. 112 (115).

¹⁸ Eine Legaldefinition zum Begriff des „nächsten Angehörigen“ befindet sich in § 4 II TPG.

¹⁹ Sasse Transplantationsrecht v. B. u. L. § 2 TPG Rn. 10.

²⁰ Norba S. 78.

hirntoten Personen noch auftreten können,²¹ werden spezielle Medikamente verabreicht, wobei es sich bei diesen Reaktionen des Patienten entgegen der Ansicht einiger Gegner des Hirntodkriteriums nicht um solche handelt, die auf ein Schmerzempfinden zurückzuführen sind, sondern um sog. „Lazarus-Zeichen“, welche sich auf den Wegfall hemmender Einflüsse des Gehirns auf das Rückenmark zurückführen lassen.²²

Vorab jedoch sind die Organe spendefähig zu erhalten, weshalb zur Ermöglichung der Organtransplantation sog. „organprotektive Maßnahmen“ vorzunehmen sind.²³ Der Hirntod und das Ausbleiben von Atmungs- und Kreislaufaktivität stehen grundsätzlich in einem engen zeitlichen Zusammenhang.²⁴ Mit dem Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems beginnt jedoch das Absterben der Organe und Zellen, sodass durch die organprotektive Therapie eine Minderung der Spendefähigkeit der Organe vermieden werden soll. Sie umfasst i.d.R. die Substitution von Hormondefiziten, die Aufrechterhaltung der Homöostase, die lungenprotektive Therapie und künstliche Beatmung sowie die Regulation der Körpertemperatur.²⁵ Durch die intensivmedizinische Behandlung kann der Hirntod mit einer erheblichen zeitlichen Latenz vor dem Ausfall der Vitalfunktionen eintreten.²⁶ Bei einem erst zu erwartenden Hirntodeintritt muss die Organprotektion für einen schwer zu prognostizierenden Zeitraum vorgenommen werden,²⁷ was wiederum zu einer recht fraglichen Zulässigkeit der Vornahme dieser Therapiemaßnahmen führt. Im oben beschriebenen Fall, dass der Hirntod dem irreversiblen Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems folgt und die dreistündige Wartezeit gemäß § 5 I 2 TPG zu beachten ist, kommt eine Spende der von einer ausreichenden Sauerstoffversorgung abhängigen Organe aufgrund der langen Ischämiezeit nicht mehr infrage, da die Organe nicht mehr spendefähig sind.²⁸ Die organprotektive Therapie dient ausschließlich dem Erhalt der Spendefähigkeit der Organe und erfolgt daher nur im Interesse des Organempfängers, sodass die Legitimität zur Durchführung insbesondere im Hinblick auf einen Therapiebegrenzungswillen des Spenders äußerst fraglich erscheint.

²¹ *Schlake/Roosen* S. 54.

²² *Schlake/Roosen* S. 53 ff.

²³ *Herbst-Cokbudak* GuP 2016 S. 104 (107); *Görtz-Leible* S. 187 (198).

²⁴ BÄK DÄBl. 1993 B 2177 (B 2179).

²⁵ *Norba* S. 71.

²⁶ *Mohammadi-Kangarani* S. 31.

²⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (574).

²⁸ *Verrel* GuP 2012 S. 121 (126), für sauerstoffmangeltolerantere Körperteile wie Knochen, Gewebe und Augenhornhäute kann anderes gelten, vgl. dort.

2.2 Therapiebegrenzung am Lebensende

Vielen Menschen bereitet die Vorstellung, nach einem schweren Unfall oder infolge einer Krankheit nur noch apparativ am Leben erhalten zu werden, großes Unbehagen. Zum Ausdruck der Menschenwürde aus Art. 1 I GG und des daraus abgeleiteten Selbstbestimmungsrechts sowie des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG gehört es daher auch, sich gegen einen solchen Zustand zu entscheiden und die medizinische Therapie zu begrenzen.²⁹

Hierfür gibt es verschiedene Möglichkeiten: Zum einen kann eine Patientenverfügung i.S.d. § 1901a BGB errichtet werden. Hierunter ist die konkrete Festlegung eines einwilligungs- und nach dem Gesetzeswortlaut des § 1901a I BGB auch geschäftsfähigen Patienten bezüglich der Vornahme oder Unterlassung von Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und sonstigen ärztlichen Eingriffen zu verstehen.³⁰ Rechtlich betrachtet handelt es sich um die antizipierte Willenserklärung in Bezug auf die ärztliche Heilbehandlung und der damit einhergehenden Verletzung der körperlichen Integrität,³¹ welcher zwar ein gewisses Bestimmtheitserfordernis innewohnt,³² an das aber nach Ansicht des BGH nicht das gleiche Maß an Präzision gefordert wird wie in die Einwilligung in eine aktuelle Behandlungssituation.³³

Weiterhin kann eine Vorsorgevollmacht erteilt werden, wodurch vorab eine Vertrauensperson ernannt wird, welche in bestimmten medizinischen Bereichen bevollmächtigt ist, Entscheidungen zu treffen und welche den Willen des Patienten in dessen gesundheitlichen Angelegenheiten vertritt³⁴ oder auch eine Betreuungsverfügung, worunter eine Willenserklärung des Betroffenen für den Fall der Betreuungsanordnung zu verstehen ist,³⁵ auf die er gestaltenden Einfluss nehmen kann.³⁶

2.3 Die Kollision des Organspendewillens und damit einhergehenden Maßnahmen mit dem Wunsch nach Therapiebegrenzung

Wünscht ein Patient sowohl die Begrenzung intensivmedizinischer Maßnahmen als auch die postmortale Entnahme von Organen und Geweben zur Spende und ist hierfür eine zumindest zeitweise intensivmedizinische Indikation notwendig, stellt sich dies als äußerst widersprüchlich dar und sorgt regelmäßig für eine hohe Rechtsunsicherheit in den Instanzen und der klinischen Praxis.³⁷ Ebenso unklar ist, welche

²⁹ *Duttge* DIVI Jahrbuch 2015/2016 S. 389 (395); *Lipp* Selbstbestimmung am Lebensende S. 89, 94 (114).

³⁰ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007 A 839 (A 896).

³¹ *Berger* JZ 2000 S. 800 f. (805).

³² *Gaidzik* S. 19, *Schnab* MüKo § 1901a Rn. 18 f.

³³ BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 202/13 = JZ 2015 S. 42 (43) mit Anm. *Duttge*.

³⁴ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007, A 893 (A 896).

³⁵ Empfehlungen der BÄK und ZEKO DÄBl. 2007, A 893 (A 896).

³⁶ *Lipp* Handbuch der Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 1.

³⁷ BGHZ 154, 205 ff. = JZ 2003, 732 (739) mit Anm. *Spickhoff*.

Person im Umfeld des Betroffenen in den Kollisionsfällen letztendlich entscheidungsbefugt ist. Im Folgenden sollen die praxisrelevanten Fallkonstellationen erläutert und möglichst interessengerechte Lösungen gefunden werden.

a) Kumulatives Vorliegen zweier Verfügungen

Zunächst ist von dem Fall auszugehen, in dem ein Patient sowohl eine Erklärung zur Therapiebegrenzung als auch eine Spendeerklärung bezüglich seiner Organe abgegeben hat. Hat er beispielsweise eine Patientenverfügung verfasst, in welcher er für einen bestimmten Verlauf seines Gesundheitszustands einer intensivmedizinischen Indikation widerspricht und tritt ein solcher Zustand ein, so ist es dem Arzt nicht gestattet, die durch die Verfügung untersagten Behandlungsmaßnahmen einzuleiten. Die medizinische Behandlung ist im Rahmen des bestehenden Widerspruchs zu beenden, auch wenn dies zum Tode des Patienten führt. Liegt jedoch parallel eine Organspendeerklärung vor, wären zur organprotektionischen Therapie die untersagten Indikationen zumindest bis zur endgültigen Feststellung des Hirntodes durchzuführen. Maßgeblich für das anschließende Vorgehen ist der Wille des Patienten, der sich aus den vorliegenden Erklärungen ergibt, in der Gesamtbetrachtung jedoch als widersprüchlich erscheint.

Dies wird in der Literatur zum Teil nicht gesehen: So sollen sich Organspendeverfügung und Therapiebegrenzung schon im Wege der einfachen Auslegung miteinander vereinbaren lassen.³⁸ Zwar habe der Patient den Wunsch nach Therapiebegrenzung geäußert, doch tat er dies nur im Hinblick auf eine konkrete medizinische Situation, ohne generell die Kreislaufstabilisierung abzulehnen, sodass er sich aufgrund der vorausverfügten Zustimmung als Organspender eingesetzt zu werden mit der kurzfristigen Durchführung bzw. Fortsetzung intensivmedizinischer und organprotektionischer Maßnahmen einverstanden erkläre.³⁹ Diese Vereinbarkeit kann jedoch keineswegs pauschal angenommen werden, da besonders die Tatsache, dass ein Großteil der Bevölkerung mit dem Verfahren der Organspende nicht oder höchstens geringfügig vertraut zu sein scheint, gegen diese Behauptung spricht. Sind für die Therapiebegrenzung noch einige Voraussetzungen wie das Bestimmtheiterfordernis, die Entscheidung durch einen entscheidungsfähigen Rechtsträger oder nach dem Gesetzeswortlaut auch die Volljährigkeit des Betroffenen zu beachten, kann ein Organspendeerklärung problemlos jederzeit auch schon von mindestens 16-jährigen Personen formfrei abgegeben werden, sofern es sich um eine Entscheidung frei von etwaigen Zwängen, nicht jedoch notwendigerweise von Willensmängeln handelt.⁴⁰ Da es sich bei der Entscheidung bezüglich der Therapiebegrenzung wahrlich um eine Entscheidung um Leben und Tod handeln kann, ist zumindest anzunehmen, dass der Erklärende sich vorab möglichst intensiv damit auseinandergesetzt hat und sich bestenfalls medizinisch beraten lässt.

³⁸ Verrel GuP S. 122 (126).

³⁹ Verrel GuP S. 122 (126); kritisch dazu *Schöne-Seifert u.a.* DÄBl. 2011 A 2080 (A 2086).

⁴⁰ *Norba* S. 147.

Von einer solch intensiven Beschäftigung ist bei der Ausfüllung einer Organspendeerklärung jedoch nicht pauschal auszugehen, da die Erklärenden meist die Absicht verfolgen, nach ihrem Tode Gutes zu tun, ohne sich aber mit dem genauen Ablauf auseinandersetzen zu müssen. Zwar haben seit dem 01.11.2012 die Krankenkassen die Pflicht, regelmäßig über die Organspende zu informieren, doch ergibt sich aus den weiterhin auf einem niedrigen Stand bleibenden Zahlen der Statistiken der DSO, dass die verbesserte Aufklärung der Bevölkerung nicht den entscheidenden Durchbruch in der Transplantationsmedizin mit sich gebracht hat und von einer bewussten Inanspruchnahme der Informationen nicht ausgegangen werden kann. Durch diese Gesetzesänderung werden die Versicherten nicht zu einer Entscheidungsfindung verpflichtet, sondern nur dazu angeregt,⁴¹ auch weil gemäß § 2 IIa TPG niemand dazu verpflichtet werden kann, eine Erklärung zur Organ- und Gewebespende abzugeben.

In § 2 Ia a.E. TPG wird zwar dazu aufgefordert, sich bezüglich der Organspende auch im Hinblick auf eine Patientenverfügung ärztlich beraten zu lassen, doch wird der bestehende Widerspruch durch diese bloße Andeutung nicht aufgedeckt und ist insbesondere für medizinische und juristische Laien nicht verständlich dargestellt. Dem kann auch nicht die Ansicht entgegengehalten werden, dass insbesondere aufgrund der in der Gesellschaft weit verbreiteten Fehleinschätzung, Organspender würden nicht die volle medizinische Betreuung erhalten oder ihnen würden sogar Organe bei lebendigem Leibe entnommen werden,⁴² eine allgemeine Informationsbereitschaft besteht und Organspendeklärungen nicht nur „im Vorbeigehen“ ausgefüllt werden.⁴³ Vielmehr spricht die Existenz solcher Ansichten gegen eine hinreichende Aufklärung der Bevölkerung zum Thema Organspende, da bei einer umfangreichen Kenntnis des Ablaufs die Voraussetzungen wie die Hirntoddiagnostik und die damit einhergehenden organprotektiven Maßnahmen allgemein bekannt wären. Es ist somit davon auszugehen, dass Organspendeklärungen häufig ohne hinreichende Kenntnisse abgegeben werden. Daher kann nicht pauschal und undifferenziert angenommen werden, dass jeder Patient, der sowohl die Therapiebegrenzung als auch die Organspende wünscht, mit intensivmedizinischen und organprotektionischen Maßnahmen generell einverstanden ist. Es ist vielmehr auf den (mutmaßlichen) Gesamtwillen des Patienten hinsichtlich des Verfahrens zu schließen,⁴⁴ sodass in jedem Fall eine konkrete Betrachtung des Einzelfalls unausweichlich ist. Für dessen Feststellung bedarf es der Nutzung aller vorhandenen Informationsquellen, aus denen sich möglicherweise auch das gewünschte Verhältnis der Erklärungen zueinander ermitteln lässt.⁴⁵ Die Beachtung des Patientenwillens ist unabhängig von dessen Art und Weise der Kundmachung in jedem Fall vorrangig.⁴⁶

⁴¹ Vgl. Gesetzeswortlaut § 2 Ia TPG, der ausdrücklich von „auffordern“ spricht.

⁴² Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 323 (A 323); Schöne-Seifert u.a. DÄBl. 2011 A 2080 (A2086).

⁴³ So jedoch Verrel GuP 2012 S. 123 (126).

⁴⁴ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A574).

⁴⁵ Duttge/Neitzke GesR 2015 S. 706 (709).

⁴⁶ Duttge/Neitzke GesR 2015 S. 706 (709).

aa) Aspekte für die Willensfeststellung

Um eine patientengerechte Entscheidung zu erreichen, sieht ein Arbeitsblatt der Bundesärztekammer die Differenzierung von vermutetem und erwartetem Hirntod bei der Deutung des Gesamtwillens des Patienten hinsichtlich Therapiebegrenzung und Organspende vor.⁴⁷

(1) Vermuteter Eintritt des Hirntodes

Zunächst ist die Aufnahme oder Aufrechterhaltung der ärztlichen Behandlung zur Hirntoddiagnostik fraglich, wenn bei einem Patienten, dessen Herz-Kreislauf-System apparativ aufrecht erhalten wird, der Eintritt des Hirntodes bereits vermutet wird. Wie beschrieben ist die Hirntoddiagnostik eine unverzichtbare Voraussetzung für die Organspende und gesetzlich in § 3 II Nr. 2 TPG vorgeschrieben. Erklärt nun der Betroffene durch eine Patientenverfügung den Verzicht auf intensivmedizinische Maßnahmen und ergibt sich daraus folglich die ärztliche Pflicht zur Einstellung der Behandlung, so soll es im Falle des vermuteten Hirntodes aufgrund der parallelen Bereitschaft zur Organspende zulässig sein, die Vitalfunktionen noch für die Zeit, die die Hirntoddiagnostik in Anspruch nimmt, aufrecht zu erhalten, da dieser Vorgang zeitlich eng begrenzt ist und eine Kollision aufgrund der beiden Erklärungen nicht bestehe.⁴⁸ Somit können beide Absichten des Betroffenen in Einklang gebracht werden: Der Wille, infolge der Einstellung der Therapie sterben zu dürfen, wird beachtet, da die Therapie nur so lange andauert, wie es zur Hirntoddiagnostik erforderlich ist, wodurch wiederum auch der Wunsch, als Organspender eingesetzt zu werden, hinreichend Beachtung findet.

(2) Erwarteter Eintritt des Hirntodes

Anders könnte es jedoch sein, wenn der Eintritt des Hirntodes lediglich ein zukünftig zu erwartendes Ereignis darstellt. Der endgültige Eintritt des Hirntodes und die Aufrechterhaltung intensivmedizinischer Maßnahmen zur Realisierung der Organspende nehmen in diesem Fall einen schwer zu prognostizierenden Zeitraum in Anspruch.⁴⁹ Der Wille, diese Maßnahmen aufzunehmen oder aufrecht zu erhalten, kann daher nicht aufgrund der parallel dazu vorliegenden Organspendeerklärung angenommen werden.⁵⁰ Kommt man hingegen dem Wunsch nach Therapiebegrenzung direkt nach, verstirbt der Patient, ohne dass der Hirntod diagnostiziert werden konnte und der Wunsch, als Organspender eingesetzt zu werden, würde völlig unberücksichtigt bleiben. Zwar stehen der irreversible Ausfall der Vitalfunktionen und der Eintritt des Hirntodes in einem zeitlich engen Zusammenhang, doch wären die Organe aufgrund der unterbrochenen Sauerstoffversorgung nicht mehr transplantationsfähig. Die Bundesärztekammer stellt in ihrem Arbeitspapier fest, dass die

⁴⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁴⁸ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁴⁹ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁵⁰ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

Organspendeerklärung in Fällen wie dem vorliegenden für die Annahme, dass der Patient mit der Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen grundsätzlich einverstanden ist, in Abgrenzung zum vermuteten Hirntodeintritt nicht ausreichend sein kann.⁵¹ Es soll daher im Konsens mit dem Patientenvertreter und den Angehörigen des Patienten eine Lösung gefunden werden, wobei alle vorliegenden Erklärungen bei der Ermittlung des Patientenwillens zu berücksichtigen sind, folglich wiederum auf den (mutmaßlichen) Gesamtwillen des Patienten abzustellen ist.⁵²

(3) Konsequenzen für die Praxis

Die von der Bundesärztekammer vorgeschlagene Differenzierung eignet sich zu einer kategorischen Unterteilung der unterschiedlichen Fälle und schafft somit eine gewisse Sicherheit beim Vorgehen in Kollisionsfällen. Diese Vorab-Entscheidung trifft jedoch auch auf Kritik: Sie stelle allein auf die praktische Vorgehensweise ab und sei eine Art Handlungsanleitung für die Praxis, obwohl eine generelle Differenzierung nicht immer unproblematisch möglich sei und das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen keine ausreichende Beachtung fände.⁵³ Gefordert wird in diesem Rahmen eine überzeugende Rechtfertigung bezüglich der Handlung entgegen der Patientenverfügung und der damit einhergehenden Missachtung des Selbstbestimmungsrechts, für die das Vorliegen der Organspendeerklärung nicht ausreichend sei.⁵⁴ Dem ist insbesondere im Rahmen des Falles, in denen der Hirntod erwartet wird, aufgrund des schwer zu prognostizierenden Zeitraums der Dauer organprotektiver Maßnahmen zuzustimmen, weshalb auch die Bundesärztekammer in ihrem Arbeitspapier das bloße Vorliegen der Organspendeerklärung nicht ausreichen lässt. Im Falle des schon vermuteten Eintritts des Hirntodes würde die Palliation jedoch einen absehbaren Zeitraum einnehmen, weshalb eine Differenzierung zwischen diesen Fällen durchaus angebracht erscheint. Auch hier kommt es zu einer Kollision beider Erklärungen, doch ergibt das Vorliegen der Organspendeerklärung auch die Bereitschaft des Patienten zur deren Realisierung. Auch wenn dem Patienten die Kollision nicht bewusst gewesen sein mag,⁵⁵ kommt man mit dem Vorschlag der Bundesärztekammer zu einer Lösung, die beide Willensrichtungen des Patienten beachtet und die aufgrund des absehbaren Zeitraums der Hirntoddiagnostik und des ausdrücklich geäußerten Willens zur Organspende das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht verletzt. Im Ergebnis wird somit das erreicht, was in den Kollisionsfällen richtungsweisend ist: Der Gesamtwille des Betroffenen, der sich aus der Abgabe zweier Willenserklärungen ergibt, wird beachtet, da beiden Wünschen

⁵¹ BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574).

⁵² BÄK DÄBl. 2013 A 572 (A 574); zur Relevanz der Willensfeststellung des Patienten bei infauster Prognose und noch nicht unmittelbar bevorstehendem Todeseintritt siehe *Duttge* Anm. zu BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 203/13 = JZ 2015 S. 44 (46) bzgl. der Einstellung der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde.

⁵³ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁴ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁵ So *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

nachgegangen wird, auch wenn diese sich zunächst widersprechen. Dies führt auch nicht zu einer vermeintlichen und nicht bewiesenen Vorrangigkeit der Organspendeerklärung,⁵⁶ denn aufgrund der natürlichen biologischen Konsequenzen, die das Einstellen der intensivmedizinischen Therapie für den menschlichen Organismus haben könnte, ist diese zwangsläufig zuerst durchzuführen, bevor dem Willen zur Einstellung entsprochen wird, da die gleichzeitige Einstellung und die Hirntoddiagnostik mit dem Organspendewunsch durch den Verlust der Spendefähigkeit der Organe nicht vereinbar wären. Eine generelle Vorrangigkeit der Organspendeerklärung ist aus diesem Vorgehen nicht abzuleiten. Es handelt sich daher bei der Durchführung der Intensivtherapie vor der Therapiebegrenzung um eine zwangsläufig zu beachtende zeitliche Komponente, die mit biologischen Vorgängen gerechtfertigt werden kann. Zuzustimmen ist in jedem Falle, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten niemals außer Acht gelassen werden darf und somit immer einzelfallbezogen auf den Gesamtwillen des Patienten abzustellen ist.

Problematisch erscheint weiterhin die Entscheidungszuständigkeit zur Feststellung des mutmaßlichen Patientenwillens im Falle des zu erwartenden Hirntodes. I.R.d. Therapiebegrenzung ermächtigt das Gesetz den Patientenvertreter, Entscheidungen im Sinne des Patienten zu treffen oder für den Fall, dass der Betroffene vorab niemanden privatautonom bevollmächtigt hat, einen gerichtlich bestellten Betreuer, §§ 1896 ff., 1901a I, II, V BGB. Erst mit dem Tode des Patienten endet dessen Zuständigkeit und das Totenfürsorgerecht greift ein.⁵⁷ Das TPG ermächtigt zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens i.R.d. postmortalen Organspende eine gemäß § 2 II TPG vom Patienten bevollmächtigte Person oder im Zweifel den nächsten Angehörigen gemäß § 4 I, II i.V.m. § 1a Nr. 5 TPG. Patientenvertreter und nächster Angehöriger müssen dabei nicht personenidentisch sein.⁵⁸ Sind nun organprotektive Maßnahmen vor Feststellung des Hirntodes vorzunehmen, kommt es zu einem Kollisionsfall der Entscheidungszuständigkeiten i.R.v. Therapiebegrenzung und postmortalen Organspende, für die es bislang keine gesetzliche Regelung gibt. Diesem Kollisionsfall tritt der Deutsche Ethikrat wie folgt entgegen: Nach seiner Ansicht sollen weder der Patientenvertreter, noch der nächste Angehörige entscheidungsbefugt sein, denn der nächste Angehörige sei nach § 4 TPG erst entscheidungsbefugt, sobald der Patient nachweislich tot ist, was bislang nicht der Fall ist, während der Patientenvertreter nicht in organprotektive Maßnahmen einwilligen könne, da seine Entscheidungsbefugnis nur die Therapiebegrenzung betreffe, die organprotektive Therapie aber ein Teil der Organspende sei.⁵⁹ Dabei wird jedoch verkannt, dass Fragen zur Organspende nicht erst dann aufkommen, sobald der Patient tatsächlich tot ist, sondern auch im Vorfeld bestehen können, denn wenn der nächste Angehörige bezüglich der Organspende an sich

⁵⁶ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 707 (709).

⁵⁷ BGH XII ZR 58/91 = FamRZ 1992 S. 657 (663).

⁵⁸ *Verrel* GuP 2012 S. 125 (126).

⁵⁹ Deutscher Ethikrat „Hirntod und Entscheidung zur Organspende“ S. 46.

entscheidungsbefugt ist, dann geht damit auch eine Befugnis zur Vorentscheidungen einher.⁶⁰

Auch das Betreuungsrecht ist in diesen Fällen anwendbar, da die Durchführung organprotektiver Maßnahmen Einfluss auf das Wohl des Patienten und die Fragen zur Therapiebegrenzung hat, die wiederum die Entscheidungsbefugnis des Patientenvertreters betreffen.⁶¹ Die Ansicht des Deutschen Ethikrates kann den Kollisionsfall nicht sinnvoll auflösen und überzeugt daher nicht. Beide Parteien sind mit den Angelegenheiten betraut und insoweit entscheidungsbefugt. Auch der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass das Transplantationsrecht erst nach Ableben des Patienten zur Anwendung kommt und hat folglich verkannt, dass organprotektive Maßnahmen vorgenommen werden müssen, bevor der Patient endgültig verstirbt.⁶² Da offensichtlich von einem klaren Verhältnis der Entscheidungsbefugnisse ausgegangen wurde, existiert keine Norm, die den Umgang im Kollisionsfall regelt. Eine darüber hinausgehende Aufspaltung der Entscheidungsbefugnis in „therapiezentriert“ und „spendezentriert“ erschiene lebensfremd, sodass die gesetzliche Differenzierung der Entscheidungsbefugnisse im BGB und TPG vielmehr die Notwendigkeit einer Entscheidungsfindung im Konsens mit allen dazu Berechtigten zum Ausdruck bringt.⁶³ Folglich bietet es sich an, alle entscheidungsbefugten Personen in die Angelegenheit mit einzubeziehen, um die Ermittlung des mutmaßlichen Gesamtwillens des Betroffenen bestmöglich zu erreichen.

bb) Grenzen der organprotektiven Therapie

Die bisherigen Ausführungen gingen von einer nicht nachteilhaften oder schädlichen Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen aus. Es kann jedoch in seltenen Fällen infolge der Behandlung ein irreversibles Koma eintreten, in welchem der Patient keine intensivmedizinischen Maßnahmen mehr benötigt.⁶⁴ Zeichnet sich der Eintritt eines solchen Zustandes bereits ab, darf im Hinblick auf eine spätere Organspende nicht weiterbehandelt werden, es sei denn, der Patient hat zuvor ausdrücklich der Inkaufnahme dieses Risikos zugestimmt.⁶⁵ Die Durchführung intensivmedizinischer Maßnahmen kann vorliegend nicht ohne ausdrückliche Zustimmung vom Patientenwillen gedeckt sein, da es weder zu einem absehbaren Todesertritt kommt, noch eine Organspende ermöglicht wird.⁶⁶ In diesen Fällen liegt ein sog. „apallisches Syndrom“ vor, dessen Krankheitsbilder sich einzelfallabhängig äußern, bei welchem jedoch zweifelsfrei noch messbare Gehirnaktivitäten bestehen

⁶⁰ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶¹ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶² *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 706 (709).

⁶³ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 (709).

⁶⁴ *Schöne-Seifert u.a.* DÄBl. 2011 A 2084 (2086).

⁶⁵ *Verrel* Gup 2012 S. 124 (125).

⁶⁶ *Verrel* Gup 2012 S. 124 (125).

und ein Kompatient daher nicht als hirntod i.S.d. TPG und damit als nicht spendegeeignet anzusehen ist.⁶⁷

Äußerst fragwürdig ist das Vorgehen, wenn ein potentieller noch nicht intensivmedizinisch behandelter Organspender, bei welchem der Eintritt des Hirntodes noch zu erwarten ist, einen Herz-Kreislauf-Stillstand erleidet: Nach Feststellungen der Bundesärztekammer ist der Patientenwille bei der Kollision einer bestehenden Organspendeerklärung und einer Patientenverfügung, die der Reanimation widerspricht, genau zu untersuchen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen bis zum schwer zu prognostizierenden Zeitpunkt des Hirntodeintritts durchzuführen wären.⁶⁸ Angesichts der erhöhten Anforderungen an organprotektive Maßnahmen bei lediglich zu erwartendem Hirntod kann die Reanimation jedoch nicht mehr vom Patientenwillen gedeckt sein und stellt einen erheblichen und ethisch nicht vertretbaren Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar.⁶⁹ Der Patient würde ausschließlich für fremde Zwecke instrumentalisiert werden und die entstehende Belastung sei mit der organprotektiven Therapie nicht vergleichbar.⁷⁰ Eine Reanimation zur Ermöglichung einer späteren Organspende verbietet sich daher.

b) Der Patient hat nur eine oder überhaupt keine Verfügung erlassen

Weiterhin fraglich ist auch das Vorgehen in den noch praxisrelevanteren Fällen,⁷¹ in denen der Patient entweder Vorkehrungen zur Therapiebegrenzung getroffen hat oder eine Organspendeerklärung vorliegt, also lediglich eine Verfügung vorliegt oder in denen kein entsprechendes Dokument existiert.

aa) Ledigliches Vorliegen einer Organspendeerklärung

Liegt lediglich eine Organspendeerklärung vor, ist auf Anraten der Bundesärztekammer wie folgt zu verfahren: Sofern der Patient keine Maßnahmen getroffen hat, die auf eine Therapiebegrenzung Bezug nehmen, muss der Arzt die für die Organspende notwendigen intensivmedizinischen Maßnahmen mit dem Patientenvertreter besprechen und dessen Einwilligung einholen.⁷² Der Patientenvertreter hat auf der Grundlage von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens zu entscheiden und die Organspendeerklärung zu berücksichtigen.⁷³ Eine andere Ansicht vertritt hingegen die Auffassung, dass das Vorliegen einer schriftlichen Organspendeerklärung die Gewissheit mit sich bringt, dass der Patient in jedem Falle spendebereit sei und sich damit einhergehend auch mit der Vornahme organprotektiver

⁶⁷ Schlake/Roosen S. 60 f.

⁶⁸ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁶⁹ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁰ Schöne-Seifert u.a. DÄBl. 2011 A 2084 (2086).

⁷¹ Verrel GuP 2012 S. 123 (126).

⁷² BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷³ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

Maßnahmen einverstanden erklärt hat.⁷⁴ Diese Ansicht lässt jedoch außer Acht, dass der Patient gleichwohl auch eine Therapiebegrenzung wünschen könnte und dies nur noch nicht schriftlich festgehalten hat. Inzwischen hat auch der BGH mündlichen Äußerungen zur Therapiebegrenzung eine nicht unerhebliche Bedeutung zugemessen.⁷⁵ Nähme man allein das Vorliegen einer Organspendeerklärung zum Anlass dafür, sämtliche organprotektive Maßnahmen durchzuführen, droht die Gefahr, dass der gleichzeitig bestehende Wille nach begrenzter Therapie vollständig unterlaufen werden könnte. Die Ansicht ist auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH heute nicht mehr haltbar, da sie nahezu engstirnig nur auf das abstellt, was schriftlich vorliegt, ohne dabei andere mögliche Willensrichtungen des Patienten zu berücksichtigen. Das Anraten der Bundesärztekammer ist i.d.S. vorteilhaft, um die umfassende Feststellung des Patientengesamtwillens unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten sicherzustellen. Die intensivmedizinische Therapie darf nicht allein aufgrund der bekannten Organspendeerklärung durchgeführt werden, um den Patientenvertreter nicht zu übergehen. Aufgrund des Einwilligungserfordernisses durch den Patientenvertreter und dessen Pflicht zur Beachtung der Organspendeerklärung werden alle entscheidungsbefugten Personen hinzugezogen und die Beachtung des Gesamtwillens des Patienten hinreichend gesichert. Durch die Hinzuziehung des Patientenvertreeters können sich jedoch vergleichbare Kollisionsprobleme zwischen Therapiebegrenzung und Organspende ergeben, die sich wie unter Punkt a) aufgeführt darstellen.⁷⁶

bb) Ledigliches Vorliegen des schriftlichen Wunsches nach Therapiebegrenzung

Ebenso gibt es Fälle, in denen der Patient den Wunsch nach Therapiebegrenzung äußert und keine Organspendeerklärung verfasst hat. Auf den ersten Blick erscheint eine Organspende aufgrund des Widerspruchs zur intensivmedizinischen Therapie daher ausgeschlossen. Dem ist jedoch nicht so, wie die Regelungen des TPG zeigen: In den vorliegenden Fällen wird zunächst ein dem nächsten Angehörigen gegenüber mündlich geäußerter Spendewunsch relevant bzw. in Ermangelung eines solchen der mutmaßliche Wille des Patienten.⁷⁷ Da die Spendeerklärung keiner bestimmten Form unterliegt und daher auch mündlich geäußert werden kann, unterliegt sie der Gefahr, dass der Wille nicht ausreichend nach außen zum Ausdruck kommt.⁷⁸

Die §§ 3 I Nr. 1, 4 I TPG regeln die Einwilligung nach der „erweiterten Zustimmungslösung“, nach welcher die nächsten Angehörigen des Betroffenen ein eigenes Recht über die Entscheidung der Organentnahme erhalten können.⁷⁹ Diese stehen häufig in einem inneren Gewissenskonflikt zwischen dem Interesse, die Wünsche

⁷⁴ *Verrel* GuP 2012 S. 124 (125).

⁷⁵ BGH Beschl. v. 17.09.2014 – XII ZB 202/13 = JZ 2015 S. 42 (43) mit Anm. *Duttge*.

⁷⁶ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁷⁸ *Norba* S. 148.

⁷⁹ *Verrel* GuP 2012 S. 122 (126); *Kloth* S. 137.

des Verstorbenen zu realisieren und dem Interesse an der Respektierung ihres eigenen Pietätsgefühls.⁸⁰ Es wird vom Gesetz jedoch vorausgesetzt, dass die Angehörigen nicht ihre eigenen Wünsche durchsetzen, sondern dem Willen des Verstorbenen entsprechend handeln.⁸¹ Eine eigene Entscheidungsbefugnis ist daher lediglich subsidiär zum (mutmaßlichen) Patientenwillen.⁸² Nur für den Fall, dass durch eine Befragung der Angehörigen nicht auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen geschlossen werden kann, entsteht ein eigenes Entscheidungsrecht – ansonsten ist die Zustimmung nach § 3 I Nr. 1 TPG vorrangig und § 4 I 2 TPG ist nicht anwendbar.⁸³ Positiv hieran ist zu bewerten, dass der Wunsch des Betroffenen im Vordergrund steht und es dadurch zu einer hinreichenden Ermittlung des Gesamtwillens kommt. Zudem entscheiden sich laut Statistiken der DSO viele Angehörige mit eigenem Entscheidungsrecht gegen eine Organspende (vgl. Abb. 2), was u.a. daran liegt, dass sie sich nach dem Versterben eines Angehörigen in einer emotional aufwühlenden und psychisch belastenden Situation befinden, sich überfordert fühlen und nicht die falsche Entscheidung treffen oder an Schuldgefühlen leiden wollen.⁸⁴ Verleihe man dem eigenen Zustimmungsrecht der nächsten Angehörigen mehr Bedeutung, käme es dauerhaft zu einer drastischen Senkung der Zahlen verfügbarer Spenderorgane, was für die Transplantationsmedizin kontraproduktiv wäre. Eine höhere Zustimmungsrate ließe sich mit einer verbesserten Angehörigenbetreuung aber sicherlich erreichen.⁸⁵ Kommt es zu einer Zustimmung zur Organspende durch den nächsten Angehörigen stellen sich wiederum die Fragen zur Kollision mit dem Wunsch nach Therapiebegrenzung, die wie unter Punkt a) dargestellt werden können.⁸⁶

cc) Kein Vorliegen einer Patientenerklärung

Die letzte Fallgruppe bilden die Situationen, in denen der Patient weder eine schriftliche Organspendeerklärung abgegeben noch eine Regelung zur Therapiebegrenzung getroffen hat. Auch diesen Fall hat die Bundesärztekammer in ihrem Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung berücksichtigt: In diesem Fall soll der nächste Angehörige über eine Organspende entscheiden. Stellt dieser aufgrund der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten dessen Spendebereitschaft fest oder stimmt subsidiär selbst zu, muss der Patientenvertreter bei der Entscheidung über die Maßnahmen zur Einstellung oder Fortführung der intensivmedizinischen Therapie die Bereitschaft zur Organspende berücksichtigen.⁸⁷ Es handelt sich somit um eine Kombination der oben aufgeführ-

⁸⁰ Kloth S. 137.

⁸¹ Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 46 ff.

⁸² Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 46; Walter Medizinrecht § 4 TPG Rn. 2 f.

⁸³ Krüger Transplantationsrecht v. B. u. L. § 4 TPG Rn. 64.

⁸⁴ Vgl. Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 585 (A585); Muthny S.107 f. (121).

⁸⁵ Vgl. Richter-Kublmann DÄBl. 2014 A 585 (A585).

⁸⁶ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

⁸⁷ BÄK DÄBl. 2013 A 573 (A 574).

ten Fälle. Die Hinzuziehung des nächsten Angehörigen bei einer fehlenden schriftlichen Spendeerklärung ist gesetzlich vorgesehen und darf nicht umgangen werden. Ebenso ist aber auch der mögliche Sterbewunsch des Patienten zu beachten, sodass der Patientenvertreter bei der Entscheidung zur Durchführung der Organprotektion nicht außer Acht gelassen werden darf. Es lässt sich folglich feststellen, dass es sich bei den Fällen, in denen der Patient vorab keine Verfügung getroffen hat, um ein Gegenseitigkeitsverhältnis von nächstem Angehörigen und Patientenvertreter handelt, dass von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt ist. Da beide Parteien ihrerseits im Sinne des mutmaßlichen Patientenwillens handeln, wird dessen Gesamtwille bei der Entscheidungsfindung hinreichend beachtet.

3 Kritische Würdigung

Aufgrund der dargestellten Problematik wirft das parallele Vorliegen von Organspende- und Sterbewunsch in der Praxis vielerlei Fragen auf, die bislang nicht einheitlich beantwortet werden konnten. So bietet das vorgeschlagene Vorgehen der Bundesärztekammer eine gewisse Handlungsanleitung für die Praxis, die eine gute Methode zu sein scheint, beiden Wünschen des Patienten zu entsprechen und die auch im Hinblick auf biologische Vorgänge kein Hindernis für die Organspende darstellt. Zwar wird durch diesen Vorschlag ein gewisser Leitfaden in diesem Bereich voller Unsicherheiten geschaffen, doch ist auch die Kritik daran nachvollziehbar, denn es darf nicht in den Hintergrund rücken, um was es hierbei eigentlich geht: um ein menschliches Individuum, welches trotz eingetretenem oder bald erwartetem Hirntod seine Würde nicht verloren hat und dessen Wünsche für das gesamte Vorgehen maßgebend und daher vorrangig zu beachten sind. Ebenso groß ist die Unsicherheit, wenn nicht die Patientenerklärungen, sondern entscheidungsbefugte Personen in die Angelegenheiten miteinbezogen werden müssen, insbesondere, wenn die Entscheidungsbefugten nicht personenidentisch sind. Eine ausdrückliche Regelung, wer im Zweifel miteinbezogen oder sogar selbst entscheiden darf, ist vom Gesetz genauso vorgesehen wie die Reihenfolge, wie entschieden werden darf, die genauso den mutmaßlichen Patientenwillen vor eigene Entscheidungsrechte stellt. Doch können sich Uneinigkeiten ergeben, wenn zwischen den personenverschiedenen Mitentscheidungsbefugten dauerhaft ein Dissens besteht.

Wie verhält es sich, wenn die mutmaßlichen Patientenwillen nicht in Einklang zu bringen sind? Wessen Entscheidung ist dann vorrangig zu beachten? Oder würde eine Hierarchie der Entscheidungsbefugnisse dazu führen, dass der eigentlich so maßgebliche Patientenwille in den Hintergrund rückt? Diese Unklarheiten beschäftigen die medizinische und instanzielle Praxis und eine eindeutige Klärung zur Vorgehensweise oder eine generelle Prävention erscheint unbedingt notwendig. Vorgeschlagen wird hier zum einen eine eindeutige Festlegung in den jeweiligen Dokumenten, sodass sich der Patient entweder in seiner Patientenverfügung für den Eintritt des vermuteten oder erwarteten Hirntodes bei gleichzeitig bestehendem Organ-

spendewunsch für ein bestimmtes Vorgehen entscheiden muss oder im Organspendeausweis eine entsprechende Passage eingefügt wird, in der der Patient der Durchführung der Organprotektion zustimmt oder sie ablehnt.⁸⁸ Der Patient hätte verdeutlicht, was er wann wünscht und in welchem Verhältnis die Wünsche sich zueinander verhalten.

Mit einem guten Beispiel geht diesbezüglich die Schweiz voran. In ihrem Formular zur Patientenverfügung, das für die Bürger im Internet zur Verfügung steht, müssen diese sich am Ende für oder gegen eine Organspende und die damit verbundenen Maßnahmen entscheiden, wobei auch auf die Intensivmedizin Bezug genommen wird.⁸⁹ Mit der Vorlage der Patientenverfügung im Ernstfall ist somit sicher, was der Betroffene wünscht. Hierfür spricht sich auch das deutsche Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz in seiner Empfehlung zur Erstellung von Patientenverfügungen aus,⁹⁰ doch fehlt ein entsprechender Passus bislang in den Formularen. Dem Eurotransplant-Partner Österreich hingegen fehlt in seinem Formular der Patientenverfügung ein Passus zur Organspende,⁹¹ doch ist das Spendeverfahren in Österreich aufgrund der in §§ 5 I 3, 6 des dortigen Transplantationsgesetzes geregelten „Widerspruchslösung“ ein gänzlich anderes als das derzeit der „Entscheidungslösung“ unterliegende System der Bundesrepublik Deutschland.

Auch eine Gesetzesänderung oder der Erlass einer Richtlinie der Bundesärztekammer nach § 16 I TPG zur Lösung von Kollisionsfällen und den damit einhergehenden Problemen wäre zur Beseitigung der Unsicherheiten geeignet. Diese könnte bestimmte Verpflichtungen beinhalten wie beispielsweise über die Kollisionsproblematik aufzuklären. Dies könnte dadurch geschehen, dass das von den Krankenkassen zur Verfügung gestellte Informationsmaterial zur Organspende entsprechend ergänzt wird mit einer Information und der darauf beruhenden Notwendigkeit einer Entscheidung. Da jedoch nicht sichergestellt werden kann, dass die zur Verfügung zu stellenden Materialien der Krankenkassen von den Adressaten hinreichend beachtet werden, wäre die gleichzeitige Ergänzung von Vordrucken zur Patientenverfügung oder des Organspendeausweises um den entsprechenden Passus möglich. Auch könnte eine Verpflichtung zur ärztlichen Beratung bei der Erstellung einer Patientenverfügung eingeführt werden, die wiederum auch die Ärzte verpflichten müsste, über die Kollisionsproblematik und die Konsequenzen aufzuklären, um den Verfügenden die Notwendigkeit einer Entscheidungsfindung zu verdeutlichen. Hingegen würde eine starre vorgeschriebene Vorgehensweise durch eine gesetzlich festgelegte Hierarchie der Erklärungen einer Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung vermutlich nicht Stand halten, da sie das Selbstbestimmungsrecht des

⁸⁸ *Duttge/Neitzke* GesR 2015 S. 708 f. (709); dazu auch *Verrel* GuP 2012 S. 123 (126), welcher dies als rein deklaratorisch betrachtet.

⁸⁹ <https://www.fmh.ch/dienstleistungen/recht/patientenverfuegung.cfm> (Stand 28.11.2022).

⁹⁰ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz S. 28 (41).

⁹¹ <https://www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/patientenanwaltschaft/pdf/patientenverfuegung-bf.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30.05.2019).

Patienten nicht hinreichend in den Fokus stellen würde. Würde man hingegen den Betroffenen selbst sowie fachlich mit der Materie betrautes Personal zu Handlungen und Entscheidungen gesetzlich verpflichten und eine entsprechende Änderung der Dokumente vornehmen, könnten damit in Zukunft richtungsweisende Vorgaben für den Ernstfall geschaffen werden.

Ein wesentlicher Anstieg der Spenderzahlen blieb nach der Einführung des TPG's im Jahre 1997 aus,⁹² weshalb offenbar ein genereller Handlungsbedarf besteht – mit der Vermeidung von Missständen und Unsicherheiten in der klinischen und instanziellen Praxis könnte jedenfalls zukünftig ein Anstieg der Spenderzahlen zu verzeichnen sein. Angesichts der noch gravierenden Missstände hinsichtlich verfügbarer Spenderorgane müssen zukünftig Perspektiven gefunden werden, die Chancen auf den Erhalt eines lebensrettenden Organs zu erhöhen, ohne dabei die Spender zu instrumentalisieren und in ihrer Würde und ihren Vorstellungen zu umgehen. Die hier aufgezeigten Lösungsvorschläge stellen ein Beitrag zur präventiven Vermeidung der Kollision von Therapiebegrenzung und postmortaler Organspende dar, durch welche sicherlich ein Anstieg der Transplantationserfolge und damit der Lebensrettung zu verzeichnen wären.

Literaturverzeichnis

- Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School: „A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death“ in „Journal of the American Medical Association 1968 (JAMA)“, Philadelphia, Vereinigte Staaten von Amerika, 1968.
- Berger, Christian: „Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Privatautonomie am Lebensende“ in „Juristenzeitung 2000“, Tübingen 2000.
- Bundesärztekammer: „Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zur Frage der Kriterien des Hirntodes – Entscheidungshilfen zur Feststellung des Hirntodes“ in „Deutsches Ärzteblatt 1982“, Köln 1982.
- Bundesärztekammer: „Der endgültige Ausfall der gesamten Hirnfunktion („Hirntod“) als sicheres Todeszeichen“ in „Deutsches Ärzteblatt 1993“, Köln 1993.
- Bundesärztekammer: „Organentnahme nach Herzstillstand („Non heart-beating donor“)“ in „Deutsches Ärzteblatt 1998“, Köln 1998.

⁹² Rosenberg S. 114 (115).

- Bundesärztekammer: „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ in „Deutsches Ärzteblatt 2007“, Köln 2007.
- Dannecker, Gerhard; Görtz-Leible, Monika: „Die rechtliche und rechtspolitische Situation im Bereich von Transplantation und Sektion“ in Oberender, Peter (Hrsg.) „Transplantationsmedizin – Ökonomische, ethische, rechtliche und medizinische Aspekte“, Baden-Baden 1995.
- Deutscher Ethikrat (Hrsg.): „Hirntod und Entscheidung zur Organspende Stellungnahme“, Berlin 2015.
- Deutsche Gesellschaft für Neurologie; Deutsche Gesellschaft für Neurochirurgie; Deutsche Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin: „Gemeinsame Stellungnahme der DGN, DGNC und DGNI zur Feststellung des Hirntodes vor Organentnahmen v. 05. März 2014, ergänzt am 21. März 2014“: <https://www.dgni.de/aerzte/stellungnahmen-intensivmedizin/451-gemeinsame-stellungnahme-der-dgn-dgnc-und-dgni-zur-feststellung-des-hirntodes-vor-organentnahmen.html> (Stand: 30.05.2019).
- Duttge, Gunnar: „Therapiebegrenzung am Lebensende: Die Rechtslage nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.09.2014“ in Kluge, S.; Markewitz, A.; Jorch, G.; Putensen, C.; Quintel, M.; Sybrecht, G.W. (Hrsg.) „DIVI Jahrbuch 2015/2016 – Fortbildung und Wissenschaft in der interdisziplinären Intensivmedizin und Notfallmedizin; Schwerpunkt ‚Hygiene in der Intensivmedizin‘“, Berlin 2016.
- Duttge, Gunnar; Neitzke, Gerald: „Zum Spannungsfeld zwischen Intensivtherapie und Organtransplantation“ in „Gesundheitsrecht 2015“, Köln 2015.
- Gaidzik, Peter W. : „Patientenverfügungen – Rechtssicherheit und Selbstbestimmung?“, Wiesbaden 2011.
- Jox, Ralf J.; Ach, Johann, S.; Schöne-Seifert, Bettina: „Patientenverfügungen bei Demenz – Der ‚natürliche Wille‘ und seine ethische Einordnung“ in „Deutsches Ärzteblatt 2014“, Köln 2014.
- Kloth, Karsten : „Todesbestimmung und postmortale Organentnahme“, aktualisierte und überarbeitete Fassung der Jur. Diss. „Rechtsprobleme der Todesbestimmung und der Organentnahme von Verstorbenen“ 1994; Frankfurt am Main 1996.
- Lipp, Volker: „Handbuch der Vorsorgeverfügungen Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung -Betreuungsverfügung“, München 2009.
- Lipp, Volker : „Rechtliche Grundlagen der Entscheidung über den Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen“ in Kettler, Dietrich; Simon, Alfred; Anselm, Reiner; Lipp, Volker; Duttge, Gunnar (Hrsg.) „Selbstbestimmung am Lebensende“, Göttingen 2006.

- Miserok, Karl; Sasse, Ralf; Krüger, Matthias : „Transplantationsrecht des Bundes und der Länder mit Transfusionsgesetz Kommentare“, 3. Auflage, Wiesbaden 2006.
- Mohammadi-Kangarani, Ehsan: „Die Richtlinien der Organverteilung im Transplantationsgesetz – verfassungsgemäß?“, Jur. Diss. Georg-August-Universität zu Göttingen 2010; Frankfurt am Main 2011.
- Muthny, Fritz A. : „Das Gespräch mit den Angehörigen plötzlich Verstorbener als ethische Aufgabe und wichtigste Voraussetzung für die postmortale Organspende“, in Ach, Johann S.; Quante, Michael „Hirntod und Organverpflanzung – Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin“, 2. Auflage, Stuttgart – Bad Cannstatt 1999.
- Norba, Daniela : „Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht“, Jur. Diss., Universität zu Rostock 2008; Berlin 2009.
- Richter-Kuhlmann, Eva: „Sie verloren einen Menschen – Angehörige in der Transplantationsmedizin“ in „Deutsches Ärzteblatt 2014“, Köln 2014.
- Rosenberg, Sebastian: „Transplantationsbeauftragte stärken“ in Middel, C.-D.; Pühler, W.; Lilie, H.; Vilmar, K. (Hrsg.) „Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts“, Köln 2010.
- Schlake, Hans-Peter; Roosen, Klaus „Der Hirntod als der Tod des Menschen“, Neu-Isenburg 1995.
- Schöne-Seifert, Bettina; Prien, Thomas; Rellensmann, Georg; Roeder, Norbert; Schmidt, Hartmut H.-J.: „Behandlung potenzieller Organspender im Präfinalstadium – Ob und unter welchen Umständen sind therapeutische Maßnahmen, die von einer möglichen Organspende motiviert sind, ethisch zulässig?“, in „Deutsches Ärzteblatt 2011“, Köln 2011.
- Schwab, Dieter (Hrsg.): „Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9 Familienrecht II, §§ 1589 – 1921 BGB, SCB VIII“, 7. Auflage, München 2017.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.): „Medizinrecht“, München 2011.
- Spilker, Bettina: „Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand – Auswirkungen der Schutzpflicht des Art. 2 II GG -“ in „Zeitschrift für Rechtspolitik“, München 2014.
- Verrel, Torsten : „Patientenverfügung, Therapiebegrenzung und Organspende – Anmerkungen zu einem vermeintlichen Widerspruch“ in „Gesundheit und Pflege 2012/2013“ Heft 4 2012, Köln 2012.
- Vogel, Sebastian T.: „Sterbehilfe und Organspende – Ein Plädoyer für die partielle Zulassung der Non-heart-beating-donation in Deutschland“ in „Zeitschrift für Lebensrecht“, Köln 2011.