

Göttinger Schriften zum Medizinrecht  
Band 7



Gunnar Duttge/Carsten Dochow  
Marc-Alexander Waschkewitz/  
Alexandra Kristina Weber (Hg.)

Recht am Krankenbett –  
Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems



Universitätsverlag Göttingen



Gunnar Duttge, Carsten Dochow,  
Marc-Alexander Waschkewitz, Alexandra Kristina Weber (Hg.)  
Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems

This work is licensed under the  
[Creative Commons](#) License 2.0 “by-nd”,  
allowing you to download, distribute and print the  
document in a few copies for private or educational  
use, given that the document stays unchanged  
and the creator is mentioned.  
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 7 in der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“  
im Universitätsverlag Göttingen 2009

---

mit großzügiger Förderung durch die

Ludwig Sievers Stiftung

Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung  
über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe

Gunnar Duttge, Carsten Dochow,  
Marc-Alexander Waschkewitz,  
Alexandra Kristina Weber (Hg.)

Recht am Krankenbett –  
Zur Kommerzialisierung  
des Gesundheitssystems

Göttinger Schriften zum  
Medizinrecht Band 7



Universitätsverlag Göttingen  
2009

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

### *Herausgeber der Reihe*

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Gunnar Duttge

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Carsten Dochow

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2009 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-941875-27-2

ISSN: 1864-2144

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	I
Grußwort des geschäftsführenden Direktors des Zentrums für Medizinrecht, Universität Göttingen <i>Prof. Dr. jur. Gunnar Dutge</i>	VII
Grußwort des Präsidenten von ELSA-Göttingen e.V. <i>Benjamin Annuszies</i>	XIII
Kritische Einführung in die Rechtslage der postmor- talen Organtransplantation sowie der Lebendorgan- transplantation in Deutschland <i>Prof. Dr. jur. Ulrich Schroth</i>	1
Die Praxis der Transplantationsmedizin <i>Prof. Dr. med. Günter Kirste</i>	15
Materielle und immaterielle Anreize für Organspender <i>Prof. Dr. rer. pol. Friedrich Breyer</i>	27
Zur Realisierbarkeit eines „Modells der erweiterten Zustimmungslösung mit dem Bonus der Bevorzugung“ unter Berücksichtigung des einfachen Rechts und des Grundgesetzes <i>Dipl.-Jur. Carsten Dochow</i> <i>Marv-Alexander Waschkewitz</i> <i>Alexandra Kristina Weber</i>	47
Diskurs: Medizinische und ethische Fragestellungen zum Transplantationswesen <i>Pastor i.R. Udo Schlaudraff</i> <i>Ralf Werner</i>	107
Sozialrecht in der Praxis <i>Dr. jur. Holger Blöcher</i>	117

Recht auf menschenwürdiges Altern – die Versorgung pflegebedürftiger Menschen auf dem Prüfstand <i>Prof. Dr. jur. Peter Udsching</i>	127
Rationierung im Gesundheitswesen: Auf der Suche nach der Verteilungsgerechtigkeit <i>Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge</i>	139
Gesundheitssysteme Europas im Vergleich <i>Dipl. Gesundheitswirt Adam Runciman</i>	175
Perspektiven für die Entwicklung der Gesundheitssysteme <i>Dr. med. Dr. hc. Otmar Kloiber</i>	193
Podiumsdiskussion: Ist das Leben unbezahlbar? – Die Kommerzialisierung des Gesundheitswesens <i>Prof. Dr. rer. pol. Friedrich Breyer</i> <i>Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge</i> <i>Prof. Dr. med. Heyo Eckel</i> <i>Prof. Dr. med. Claudia Wiesemann</i> Moderation: <i>Pastor i.R. Udo Schlaudraff</i>	207
Autorenverzeichnis	221
Informationen zum Veranstalter der Konferenz „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“: ELSA-Göttingen e.V.	223



## Vorwort der Herausgeber

Der vorliegende Band geht aus den Vorträgen und Diskussionen der im November 2008 am Medizinrechts-Standort Göttingen veranstalteten, interdisziplinären ELSA-Konferenz „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“ hervor, die ELSA-Göttingen e.V. in Zusammenarbeit mit dem Göttinger Zentrum für Medizinrecht ausgerichtet hat. Inhaltlich umfasste die Konferenz zwei in der aktuellen gesundheitspolitischen Debatte wesentliche Themensstellungen: Die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers am Beispiel der Organtransplantation und die gerechte Verteilung knapper Gesundheitsressourcen als eine der zentralen Herausforderungen des deutschen Sozialstaats. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Fragen konnten zu allen relevanten Fachdisziplinen (Ökonomie, Medizin, Ethik und Recht) namhafte Experten aus Wissenschaft und Praxis gewonnen werden. So gelang eine Veranstaltung, die vielfältig Gelegenheit zum interdisziplinären wissenschaftlichen Austausch und gleichermaßen Studierenden die Möglichkeit eines vertiefenden Einblicks in diese ausgewählten Bereiche des Medizinrechts bot. Der Band greift die Struktur der Konferenz auf, wird aber ergänzt um eigens akquirierte Beiträge zur Bewertung von Allokationskriterien für knappe Gesundheitsressourcen sowie zur Frage der Versorgung pflegebedürftiger Menschen im Alter; er beleuchtet damit im Ganzen einen zentralen Ausschnitt der im gegenwärtigen gesellschaftlichen und politischen Diskurs verhandelten Fragestellungen, die für die Ausgestaltung eines im europäischen Vergleich hochtechnisierten, patientenorientierten und leistungsfähigen Gesundheitssystems essentielle Bedeutung haben.

Im Bereich des Transplantationswesens bildet die „Kommerzialisierung des menschlichen Körpers“ ein stetig wiederkehrendes und kontrovers diskutiertes Thema. Der seit Beginn der Transplantationsmedizin in Deutschland im Jahre 1963 bestehende, signifikante Mangel an geeigneten Spenderorganen zeigt exemplarisch, welche Schwierigkeiten und schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen

sich aus der Knappheit einer Gesundheitsressource für die medizinische Versorgung von Patienten ergeben und dass es deshalb einer transparenten, willkürfreien und fairen Entscheidung über den Modus der Allokation bedarf. Derzeit warten 12.000 Menschen<sup>1</sup> auf ein Spenderorgan, davon rund 8.000 (Dialyse-)Patienten auf eine Niere. Demgegenüber konnten im Jahre 2008 von 1.198 Menschen nach ihrem Tode ca. 4.000 (Multi-)Organspenden gewonnen werden (sog. postmortale Organspende), während in demselben Zeitraum 620 Lebendorganspenden stattfanden. Im europäischen Vergleich rangiert Deutschland hinsichtlich der Anzahl postmortaler Organspender im mittleren Bereich: Im Jahre 2007 spendeten 16 Menschen pro eine Mio. Einwohner nach dem Tod ihre Organe, während Spanien bei geltender Widerspruchslösung mit 34 Organspendern pro eine Mio. Einwohner das Land mit der höchsten Spenderrate war. Die Diskrepanz von aktuellem Spendeaufkommen und tatsächlichem Bedarf – am Beispiel der Niere – verdeutlicht, dass trotz der 2.753 im Jahre 2008 durchgeführten Nierentransplantationen die Anzahl der wartenden Patienten etwa dreimal so hoch war, wie Transplantate durch Eurotransplant (Leiden/Niederlande) vermittelt werden konnten. Diese Situation führt dazu, dass aufgrund der langen Wartezeiten Patienten, die wegen ihres schlechter werdenden gesundheitlichen Allgemeinzustandes nicht mehr die vorgeschriebenen Mindestanforderungen an die Transplantationsfähigkeit erfüllen, wieder von der für die Verteilung der Organe eingerichteten Warteliste genommen werden; andere „versterben auf der Warteliste“, weil nicht rechtzeitig ein geeignetes Organ zur Verfügung steht.

Mit dem am 01.12.1997 in Kraft getretenen „Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben“ (TPG) hat der Bundesgesetzgeber gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG auf Grundlage der bis dahin bestehenden richterrechtlichen Praxis und der Grundsätze des von den Arbeitsgemeinschaften der Transplantationszentren vorgelegten Transplantationskodexes verbindliche Regelungen für das Transplantationswesen geschaffen. Ziel war es, durch einen gesetzlichen Handlungsrahmen Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen, um unter diesen Voraussetzungen das Spendeaufkommen zu erhöhen. Wesentliche und bis heute viel diskutierte gesetzgeberische Entscheidung bei Erlass des TPG war diejenige für die „erweiterte Zustimmungslösung“ (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 4 Abs. 1 TPG). Demnach darf bei der postmortalen Spende ein Organ erst entnommen werden, wenn – neben anderen Voraussetzungen – der Spender oder ggf. sein Angehöriger der Explantation zugestimmt hat. Die Zustimmung des (potentiellen) Spenders in die postmortale Organspende ist Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Dieses Recht wird durch die Strafnorm des § 19 TPG abgesichert, welche verhindern soll, dass Menschen gegen ihren Willen Organe entnommen werden oder dass sie aus einer sozialen und wirtschaftlichen Abhängigkeit heraus ihre Organe unfreiwillig spenden. Des Weiteren

---

<sup>1</sup> Die Zahlen zur Organspende sind entnommen: [www.dso.de](http://www.dso.de) <aufgerufen am 21.10.2009>

hat der Gesetzgeber die Organspende als ausschließlich altruistische Spende ausgestaltet. Dies drückt sich insbesondere durch das Verbot des Organhandels (§§ 17, 18 TPG) aus, welches jede Form von gewinnorientiertem Umgang mit Organen verhindern soll. Der von der Strafnorm des § 18 TPG maßgeblich in Bezug genommene, weit zu verstehende Begriff des „Handeltreibens“ führt dazu, dass jegliche Kommerzialisierungstendenzen zur Steigerung des Organspendeaufkommens, wie insbesondere materielle Anreize, nach der gesetzgeberischen Intention unterbunden werden. Angesichts des bestehenden Organmangels stellt sich jedoch die Frage, ob es nicht veränderter gesetzlicher Rahmenbedingungen bedarf, um eine Erhöhung des Organaufkommens und damit eine Verbesserung der Versorgung der Patienten mit der Gesundheitsressource „Organ“ zu erreichen.

Im Themenbereich Sozialrecht richtet sich der Focus auf die Ausgestaltung und Perspektiven der Kranken- und Pflegeversicherung im 21. Jahrhundert. Mit dem technischen Fortschritt und den Neuerungen durch biologische und medizinische Forschungserkenntnisse geht eine immer komplexere Gesundheitsversorgung des Menschen einher. Dies bedeutet zugleich, dass die medizinische Versorgung bei weiter ansteigenden Gesundheitsausgaben („Fortschrittsfalle“) auch angesichts der demografischen Entwicklung unausweichlich qualitative und quantitative Änderungen erfahren wird. Das Patienteninteresse an einem im Bedarfsfall maximalen Einsatz aller vorhandenen Ressourcen gerät zunehmend in Konflikt mit der begrenzten Leistungsfähigkeit der Leistungserbringer; immer mehr wird die Frage akut, ob aufgrund des Kostendrucks ökonomisch begründete Differenzierungen und Begrenzungen bei der Bereitstellung von medizinischen Ressourcen verstärkt Einzug in die Leistungskataloge der Versicherer finden werden. Wenn nicht mehr allen alles gegeben werden kann, wächst gesamtgesellschaftlich die Sorge um eine gerechte und verantwortungsvolle Verteilung und Priorisierung der Ressourcen. Das zuletzt vermehrt erwogene System einer sozialstaatlich gewährten medizinischen Basisversorgung in Kombination mit privat zu finanzierenden Zusatzleistungen birgt zwangsläufig die Gefahr eines erheblichen Ungleichgewichts in der medizinischen Versorgung in Abhängigkeit der individuellen, finanziellen Leistungsfähigkeit („Zwei-Klassen-Medizin“).

In Deutschland erfolgt derzeit die Vorsorge gegen das Risiko einer Erkrankung einerseits durch die öffentlich-rechtlich organisierte, gesetzliche Krankenversicherung (GKV), in der rund 88 % der Bevölkerung<sup>2</sup>, d.h. ca. 51 Mio. Menschen versichert sind (ohne kostenfrei mitversicherte Familienangehörige, § 10 SGB XI), andererseits durch die private Krankenversicherung (PKV) mit 8,5 Mio. Versicherten. Im Jahre 2007 umfassten die Gesundheitsausgaben 253 Mrd. Euro (z.B. 42 Mrd. Euro für Arzneimittel), davon wurden 145 Mrd. Euro durch die GKV abgedeckt. Somit bestimmt der Leistungskatalog der GKV, der maßgeblich durch den Gemeinsamen Bundesausschuss mitbestimmt wird, entscheidend das Angebot

---

<sup>2</sup> Die Zahlen zum Gesundheitswesen sind entnommen: [www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Gesundheit/Gesundheit.psml](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Gesundheit/Gesundheit.psml) und [www.gbe-bund.de](http://www.gbe-bund.de) <alle aufgerufen am 21.10.2009>

an medizinischen Leistungen im bundesdeutschen Gesundheitssystem. Das Recht der GKV ist wesentlich durch die Strukturprinzipien Versicherungspflicht, Solidarität und Naturalleistung geprägt; darüber hinaus gewinnt nach § 12 SGB V das Wirtschaftlichkeitsgebot, das ein Mindestmaß an medizinischer Versorgung garantieren und zugleich ein Übermaß an Leistungen verhindern soll, zunehmend an Bedeutung. Die 2009 in Kraft getretene Gesundheitsreform wird mit dem Gesundheitsfonds das Finanzierungssystem der GKV grundlegend umgestalten.

Die begrenzten finanziellen Möglichkeiten stellen in Bezug auf die Versorgung älterer Menschen, die einer spezifisch altersabhängigen Behandlung bedürfen, auch das Pflegeversicherungssystem vor vergleichbar große Herausforderungen. Altersspezifische Krankheit und Pflegebedürftigkeit zählen zu den bedeutsamsten Risiken in der Lebenslage älterer Menschen. Chronische Krankheiten und Multimorbidität sowie Demenzerkrankungen nehmen quantitativ zu und steigern damit gleichzeitig das Risiko, im hohen Alter hilfe- und pflegebedürftig zu werden. Nach neueren Prognosen wird zukünftig jeder zweite Hochaltrige (80 Jahre und älter) auf pflegerische und hauswirtschaftliche Hilfen durch Dritte angewiesen sein. Aufgrund der erwarteten demografischen Entwicklung, der dadurch steigenden Zahl an Leistungsempfängern, dem damit verbundenen Krankheitsspektrum und den weiteren Veränderungen in den Lebens- und Wohnformen ist künftig ein beachtlicher Problemzuwachs bezüglich der Finanzierbarkeit eines menschenwürdigen Alterns zu erwarten. Mit der Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung (SGB XI), die in den Jahren 1994/1995 als jüngste Sozialversicherung eingeführt wurde, erfuhr das Risiko der Pflegebedürftigkeit eine solidarische Absicherung, die im Jahre 2007 ca. 2,2 Mio. pflegebedürftige Menschen als Leistungsempfänger zählte. Ziel der Pflegeversicherung war und ist, einerseits das weitere Anwachsen der Altersarmut durch Heimkosten zu begrenzen und andererseits die häusliche Pflege durch die Gewährung von Pflegegeld zu stärken. Anders als die gesetzliche Krankenversicherung vermittelt die Pflegeversicherung keinen umfassenden Schutz, da die Versicherungsleistungen selbst gedeckelt sind und nur Teilleistungen für Teilbedürfnisse im Zusammenhang mit der Pflegebedürftigkeit gewährt werden; z.B. umfasst die Pflegeversicherung bei vollstationärer Pflege nicht die Kosten für Unterkunft und Verpflegung. So beinhaltet der Leistungskatalog Geld- oder Sachleistungen für die Pflegeleistung selbst sowie für Pflegemittel (z.B. technische Hilfsmittel), für die im Jahre 2008 finanzielle Mittel i.H.v. 19,14 Mrd. Euro zur Verfügung gestellt wurden. Tatsächlich werden 70 % der Pflegebedürftigen überwiegend in der eigenen Häuslichkeit gepflegt, deren Angehörige lediglich zu 70 % das Pflegegeld in Anspruch nehmen; dagegen leben 30 % der Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen. Somit scheint es für die Zukunft fraglich, ob aufgrund veränderter Familienstrukturen die Abstützung des ambulanten Pflegebereichs auf Familie und Freiwillige in der bisherigen Form aufrechterhalten werden kann.

In diesem Band werden die vorgenannten Themenfelder und die vielen damit verbundenen Einzelfragen aus den Blickwinkeln von Ökonomie, Medizin, Ethik und Recht näher beleuchtet und dem interdisziplinären Ansatz folgend mögliche

zukunftsfähige Antworten auf die Herausforderungen für das Gesundheitswesen diskutiert. Die Herausgeber sind dabei von der Hoffnung getragen, auf diese Weise nicht nur den Experten, sondern auch der interessierten Öffentlichkeit die nötigen Informationen und Perspektiven darbieten zu können, damit die bevorstehenden Veränderungen nicht als Objekte des Geschehens, sondern als aufgeklärte Bürgerinnen und Bürger mitgestaltend erlebt werden können. Von der Durchführung der Konferenz bis zur Drucklegung dieses Bandes bedurfte es zahlreicher helfender Hände. Unser Dank gilt für ihre engagierte Mitwirkung insbesondere: *Benjamin Annuszczyk, Valeria Hammerschmidt, Florina Nessmann, Irina Rebin, Lena Richter, Michaela Schlüter, Manuel Weinert, André Witt*. Bei der *Ludwig Sievers Stiftung* bedanken wir uns herzlich für die Förderung dieser Publikation durch Gewähr einer großzügigen Druckkostenbeihilfe.

Göttingen, im Dezember 2009

*Die Herausgeber*



## **Grußwort des geschäftsführenden Direktors des Zentrums für Medizinrecht, Universität Göttingen**

*Prof. Dr. jur. Gunnar Dutge*

Sehr verehrte, liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,

insbesondere aber liebe Studierende, die Sie aus nah und fern zu uns gekommen und heute unter uns sind in diesem Schmuckstück unserer Georgia Augusta, der Großen Aula am Wilhelmsplatz. Ich freue mich, dass Anlass unseres Zusammentreffens eine ganz besondere Veranstaltung ist, eine von außerordentlich engagierten Angehörigen der ELSA-Göttingen vortrefflich organisierte und hochrangig besetzte Tagung zu brennend aktuellen Themen, über die mehr zu erfahren und mehr zu diskutieren uns allen ein besonderes Anliegen ist. Ein herzliches Willkommen also im Namen der Göttinger Universität, ein herzliches Willkommen im Namen der Juristischen Fakultät, für die ich im Auftrag der Dekanin Prof. *Langenfeld* zugleich sprechen darf, und nicht zuletzt natürlich ein herzliches Willkommen im Namen des Göttinger Zentrums für Medizinrecht!

„Göttingen und Medizinrecht – Göttingen als Ort medizinrechtlichen Lehrens und Forschens: Das passt offensichtlich zusammen“. Das Medizinrecht in Göttingen hat, wie Sie sicherlich schon wissen, eine lange Tradition, deren Anfänge Jahrzehnte zurückreichen. Bereits vor mehr als 30 Jahren gab es an diesem Ort eine zunächst wohl eher kleine und bescheidene, dann aber immer weiter expandierende Forschungsstelle für Arzt- und Arzneimittelrecht. Die beiden Altmeister des

Medizinrechts, die Kollegen *Deutsch* und *Schreiber*, haben diese Forschungsstelle gemeinsam mit dem Mediziner Prof. *Scheeler* aufgebaut und innerhalb Göttingens und weit darüber hinaus, auch über die deutschen Grenzen hinweg, bekannt gemacht. Eine geradezu explosionsartige Erweiterung des Gegenstands medizinischen Wirkens weit jenseits des klassischen Arzt- sowie des Arzneimittelrechts, man denke nur an die Reproduktionsmedizin, an Stammzellforschung oder an die Gendiagnostik, veranlasste schließlich im Wintersemester 2005/06 zur längst überfälligen Gründung unseres Zentrums für Medizinrecht, an dem eine stattliche Zahl von Mitgliedern der Juristischen und inzwischen auch der Medizinischen Fakultät forschend und lehrend beteiligt sind. Seither widmet sich das Zentrum einer Vielzahl aktueller Themen vorwiegend in Form von Workshops und Vorlesungsreihen und beteiligt sich durch seine Mitglieder beratend an laufenden Gesetzgebungsvorhaben und an Debatten innerhalb der Ärzteschaft, etwa unter dem Dach der Bundesärztekammer oder in medizinischen Fachgesellschaften wie beispielsweise der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin. Die Vermittlung aktueller Fragestellungen gegenüber der interessierten Öffentlichkeit sowie im Rahmen der akademischen Lehre gegenüber Studierenden der Rechtswissenschaften wie auch der Medizin zählt zu den besonderen Anliegen, die sich das Zentrum für Medizinrecht zur Aufgabe gemacht hat. Vor diesem Hintergrund war und ist es uns eine Selbstverständlichkeit, auch die Wegbereitung dieses Kongresses mit Rat und Tat zu begleiten.

Dass auch heute mehr als genügender Anlass besteht, sich mit dem Medizinrecht eingehender zu befassen, ist uns allen bewusst: So diskutieren wir in diesen Tagen und Wochen etwa kontrovers über Fragen der sog. Sterbehilfe; Sie werden insbesondere die schon seit längerem anhaltende Debatte um die Patientenverfügung verfolgt haben, die erfreulich interdisziplinär geführt wird, aber bisher keine wirklich zufriedenstellende Lösung erkennen lässt. Auch das hat im Übrigen etwas mit „Ökonomisierung“ bzw. „Kommerzialisierung“, dem Generalthema unseres Kongresses, zu tun; denn es gibt bekanntlich inzwischen Sterbehilfeorganisationen, die ihre Dienste keineswegs kostenfrei anbieten. Die Sorge geht daher um, dass Menschen sich zunehmend auch aus finanziellen Gründen gedrängt sehen könnten, einen Weg des „sozialverträglichen Frühablebens“ zu beschreiten. Vermutlich haben Sie auch die hitzige Debatte verfolgt, wie man diesem Phänomen mit Hilfe des Strafrechts Einhalt gebieten will, durch Neukriminalisierung der organisierten oder gewerblichen Sterbehilfevermittlung. Ob hierin aber wirklich eine angemessene Antwort unserer Gesellschaft auf die Probleme und Fragen unserer Zeit liegt, bleibt noch zu klären. Doch auch jenseits des Wirkens solcher Organisationen hat das Lebensende evident etwas mit Ökonomie zu tun. Wir wissen, dass die letzten Monate im Leben eines Menschen die mit Abstand kostspieligsten sind. Kann uns deshalb noch überraschen, wenn angesichts der bedrohlichen Lage der Gesundheitsressourcen und den immer nachhaltiger werdenden Bemühungen der Gesundheitspolitik um eine effektive Ausgabenbegrenzung hinter der Frage nach



rechtzeitiger Therapiebegrenzung immer mehr auch ökonomische Motive und nicht nur das hehre Ziel eines „menschenswürdigen Sterbens“ vermutet werden?

Das Medizinrecht kennt heute auch darüber hinaus eine Vielzahl wichtiger Problembereiche; neben den schon erwähnten, also Reproduktionsmedizin, Humangenetik, Stammzellforschung und Gendiagnostik etwa auch das Arzneimittelrecht oder jüngst der aufs neue diskutierte, mit Ideologien behaftete und schon für sich ausgesprochen komplexe Schwangerschaftskonflikt. Immer wieder muss dabei schmerzlich festgestellt werden, wie schwer es fällt, den erhofften Konsens tatsächlich zu erreichen. Vor allem in den ethischen Grundfragen herrscht weithin relativierender Pluralismus und tiefgreifender Dissens. Dieser erstreckt sich inzwischen selbst auf das Fundament unserer täglichen Gesundheitsversorgung, die heute, angesichts der früher ungeahnten Möglichkeiten der modernen Medizin, die Frage aufwirft: „Stecken wir nicht in einer Gesundheitsfalle?“ Denn mit hohem Aufwand wird nach wie vor die Forschung etwa im Bereich der Medikamente vorangetrieben, um Effizienz und Wirtschaftlichkeit der Präparate zu verbessern; doch wer soll das am Ende alles bezahlen? Der Gesetzgeber meint zwar, dass es innerhalb unseres Gesundheitssystems ökonomische Reserven gebe, die man ohne weiteres einsparen könne und deshalb auch einsparen müsse, ohne dass sich dies negativ auf die Versorgung des einzelnen Patienten auswirke. Die Menschen spüren inzwischen jedoch sehr deutlich, dass im jeweils individuellen Krankheitsfall längst nicht mehr alles „auf Krankenschein“ zu haben ist. Dieser schleichende Prozess der Begrenzung auf der Verteilungsebene trotz nachdrücklich betonten Ideals des „unverrechenbaren“ Werts individueller Gesundheit begrenzt zunehmend die vorhandenen Ressourcen und mündet schon heute in eine implizite, d.h. den Patienten gegenüber versteckte, heimliche Rationierung. Ausgehend vom Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V werden mit wachsender Intensität begrenzende Vorgaben etabliert; schon seit mehreren Jahren wirkt in diesem Sinne insbesondere der Gemeinsame Bundesausschuss, ein aus den Spitzenverbänden der Krankenkassen sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft sich zusammensetzendes Gremium, sachverständig beraten durch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG). Dabei werden Behandlungsmethoden nicht nur auf ihre Qualität, sondern auch Wirtschaftlichkeit hin bewertet. Diese begrenzenden Maßnahmen müssen sich natürlich über kurz oder lang auch rationierend niederschlagen, selbst wenn dieser Effekt von der Politik nach wie vor bestritten und bagatellisierend der Vorrang einer „Rationalisierung“ vor der beredt bestrittenen „Rationierung“ betont wird. Wenn es aber so ist, dass sich die Begrenzung der Gesundheitsausgaben unvermeidlich auch auf der individuellen Ebene auswirkt, dann stellt sich die brennende Frage, wer denn eigentlich nach welchen Kriterien über das Ausmaß und die Verteilung der Ressourcen entscheidet.

Die Frage der Ökonomisierung bzw. Kommerzialisierung bildet gleichsam die Brücke von den Verteilungskonflikten im Rahmen der Gesundheitsversorgung hin zum Bereich der Transplantationsmedizin, die ein weiteres zentrales Thema dieses Kongresses sein wird. Wir alle wissen um den akuten Organmangel in Deutsch-

land, der die Dringlichkeit der Frage vor Augen führt, wie man dem ohne ethische „Dammbrüche“ am effektivsten abhelfen kann. Ist etwa die Akquise der wertvollen Organe und der Weg ihrer Verteilung über Krankenhäuser, Transplantationszentren, Deutsche Stiftung Organtransplantation und Eurotransplant wirklich in der bestmöglichen Weise organisiert? Sind die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen im Sinne der im TPG verankerten erweiterten Zustimmungslösung unverzichtbare, oder wäre es womöglich ebenso akzeptabel, zu einer Widerspruchslösung überzugehen, wie sie zuletzt etwa der Nationale bzw. Deutsche Ethikrat vorgeschlagen hat? Jenseits dieser schon recht konkreten Bezugspunkte stellt sich aber noch viel grundsätzlicher die Frage, worin eigentlich das Anstößige liegen soll, wenn die Organgewinnung den Marktgesetzen überantwortet und dementsprechend ein finanzieller Anreiz geschaffen würde. Was ist der letztendliche Grund dafür, dass die Idee der Kommerzialisierung überwiegend als unvereinbar angesehen wird mit dem Wert des menschlichen Körpers? Viele verweisen in diesem Zusammenhang kurzerhand auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG, doch wir wissen, dass diese Bezugnahme die Frage noch nicht beantwortet, da der Sinngehalt der unantastbaren Menschenwürde längst nicht mehr gesichert ist. Auch in dieser Hinsicht ist der alte Konsens zerbrochen und zwingt die fortschreitende Relativierung ehemals gesicherter Annahmen und Werthaltungen zur Intensivierung des interdisziplinären Diskurses.

In diesem Lichte wünsche ich Ihnen und uns eine spannende Tagung, einen fruchtbaren Austausch mit vielen neuen Erkenntnissen, mögen die Debatten auch mitunter kontrovers geraten; denn gerade in der Kontroverse liegt doch das Potential zum Erkenntnisgewinn. Ich wünsche Ihnen, dass Sie am Sonntagmittag, am Ende unserer Tagung den Heimweg mit der Gewissheit antreten können, dass dieses Wochenende für Sie bereichernd gewesen ist und Ihnen nachhaltige Eindrücke verschafft hat, wie spannend, lebensnah und bedeutsam heute die Fragen des Medizinrechts sind. Die herausgehobene Relevanz der rechtlichen Regelung hat dabei keiner besser auf den Punkt gebracht als unser Altmeister des Medizinrechts, *Hans-Ludwig Schreiber*: „In den heutigen komplizierten Verhältnissen, die vom vielberedeten Pluralismus, der Uneinigkeit in vielen, auch elementaren Fragen des Lebens, seines Zieles, seiner richtigen Ordnung einerseits und einer hohen individuellen Erwartung andererseits gekennzeichnet ist, bedarf es der rechtlichen Regelung [...]. Recht ermöglicht und sichert das nötige zwischenmenschliche Vertrauen, dass auch die anderen sich nach den allgemeinen rechtlichen Regeln richten: „Recht ist zwar sicher nicht die einzige, aber doch eine der wesentlichen Bedingungen des Vertrauens“<sup>1</sup>. Dieses grundsätzliche Bekenntnis zur Notwendigkeit rechtlicher Kontrolle der Medizin löst allerdings noch längst nicht alle Probleme. Schließlich geht es nicht etwa nur um Rechtssicherheit, sondern letztlich um die Angemessenheit und Gerechtigkeit der Problemlösungen. Vielleicht gelingt es uns,

---

<sup>1</sup> *Schreiber*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, in: Göttinger Universitätsreden Bd. 71, 1984, S. 35.

den einen oder anderen Baustein hierfür schon an diesem Wochenende zu entdecken. Ich wünsche Ihnen ein fruchtbares Wochenende, sogleich im Anschluss eine fruchtbare Podiumsdiskussion und beglückwünsche ELSA noch einmal zu diesem wichtigen Kongress.



## **Grußwort des Präsidenten von ELSA-Göttingen e.V.**

*Benjamin Annuszius*

Sehr geehrte Referentinnen und Referenten,  
sehr geehrte Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Konferenz,  
sehr geehrte Zuhörerinnen und Zuhörer,  
liebe ELSAnerinnen und ELSAner,

als Präsident der Fakultätsgruppe ELSA-Göttingen e.V. freue ich mich außerordentlich, Sie heute zur Konferenz zum Medizinrecht „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“, begrüßen zu dürfen.

ELSA (The European Law Students Association) ist eine europaweite Vereinigung von und im Schwerpunkt auch für Jurastudenten, die sich in einem als gemeinnützig anerkannten Verein mit den verschiedensten juristischen Thematiken auseinandersetzt. So werden durch die einzelnen Fakultätsgruppen von Kiel bis München deutschlandweit unterschiedlichste Symposien, Konferenzen, Seminare und Fortbildungen organisiert, die sich, wie diese Konferenz zum Medizinrecht, mit einem besonderen Gegenstand mit juristischem Bezug auseinandersetzen. Damit wird nicht nur den Mitgliedern von ELSA in ganz Europa, sondern auch allen anderen Studierenden, die Möglichkeit geboten, den oft beschriebenen „Blick über den Tellerrand“ zu werfen. Gerade den Studierenden der Rechtswissenschaften verhilft dies, über die klassische juristische Ausbildung hinaus ihr Wissensspektrum zu erweitern, spannende neue Rechtsgebiete kennenzulernen und die sog. „Soft Skills“ zu schulen.

Nicht selten sind dabei besonders jene Materien im Fokus, die eine studienübergreifende Bedeutung haben und, wie im hier verhandelten Fall, auch in Presse und Politik hohe Aktualität aufweisen. Es bleibt dabei natürlich nicht aus, dass bereits behandelte Schwerpunkte erneut aufgegriffen werden, denn diese sind den ständigen Veränderungen der Gesetzgebung, neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse und sich wandelnder Ansichten einer Gesellschaft unterworfen, die immer neue bzw. modifizierte Ansprüche an das Recht stellen.

Im Jahr 1997 hat ELSA-Tübingen e.V. vom 26. bis zum 29. Juni bereits ein Symposium veranstaltet, das sich schwerpunktmäßig mit dem Hirntodkriterium und der Organtransplantation beschäftigt hat. Das damals neue Transplantationsgesetz war seinerzeit ein geeigneter Gegenstand, diese bedeutenden Themen unter rechtlichen, medizinischen und ethischen Gesichtspunkten zu analysieren. Mittlerweile sind mehr als zehn Jahre verstrichen und eine erneute Beschäftigung mit den gewonnenen Erkenntnissen, sowie das Erkennen von Veränderungen in diesem Bereich waren neben dem großen studentischen Interesse an der Teildisziplin des Medizinrechts ein bedeutsamer Faktor, die Konferenz zu planen, zu organisieren und umzusetzen.

Im Geschäftsjahr 2005/2006 wurde in der Fakultätsgruppe ELSA-Göttingen erstmalig darüber nachgedacht, eine Konferenz zu organisieren. Das Medizinrecht war als Leitthema schnell gefunden, und einige ELSAner fanden sich zusammen, um die ersten Ideen, Vorschläge und Visionen hinsichtlich der Konferenz zum Medizinrecht zu sammeln. Effektiv organisiert und detailliert geplant werden sollte die Konferenz allerdings erst unter der Leitung von *Lena Richter*, dem sog. Head of OC (Organisations-Komitee), welche, wie auch bereits im Wintersemester 2007/2008, aktuell das Amt des erweiterten Vorstands für Seminare und Konferenzen innehat. Sie bildete mit ihrem Amtsantritt ein festes Komitee zur Planung der Konferenz und hat den sog. „roten Faden“ immer vor Augen behalten, während sich innerhalb des Komitees kleinere Arbeitsgruppen zu den unterschiedlichen Bereichen der Konferenz bildeten, da die Organisation einer Konferenz dieses Umfangs mehr als nur ein oder zwei helfende Hände sondern vielmehr ein funktionierendes Team benötigt.

„Ist das Leben unbezahlbar?“ - Eine berechtigte Frage, auf die es wohl auf die Schnelle keine umfassende und zureichende Antwort gibt. Die meisten Menschen, denen diese Frage gestellt wird, werden wohl relativ schnell zu der These gelangen, dass sie finanziell durchaus besser dastehen könnten. „Im Grunde genommen findet aber jeder seinen Weg, und kommt mit dem aus, was er hat“, so könnte der Nachsatz lauten. Was aber passiert, wenn die Gesundheit sich auf einmal verschlechtert, medizinische Eingriffe notwendig werden und unter dem Begriff „Leben“ nicht etwa unsere irdische Verweildauer gekoppelt an die berufliche Betätigung verstanden wird? Wenn der Begriff „Leben“ vordergründiger als Form der Vitalität, unserer Existenz, interpretiert wird? An Aufgaben, Herausforderungen und Hürden in Beruf und Familie kann man scheitern – Fehler sind da, um gemacht zu werden, – aber das Leben als Grundlage unseres Handelns, eine gute

Vitalität und Gesundheit wird oftmals ohne eingehendes Nachdenken vorausgesetzt. Wenn nun also die finanziellen Grundlagen zu einem normalen Alltag ausreichen mögen, so werden sie vermutlich doch etwas knapper, wenn plötzlich Zahnersatz geleistet werden muss, wenn Krankheiten den Körper schwächen oder sogar Organe ihren Dienst aufgeben. Kostspielige Eingriffe, möglicherweise sogar schwierige Operationen, sind dann das einzige Mittel, um das Fundament des Lebens wieder zu errichten, und als Stütze für das Tagwerk zu dienen. Selbst wenn es nicht nur eine Stütze ist, sind die Eingriffe immer noch kostspielig und der Geldbeutel oft zu knapp bemessen, um sie allein zu finanzieren. Ein guter Grund eine Versicherung abzuschließen.

Einen perfekten Versicherungsschutz kann sich kaum jemand leisten, wenn es ihn denn überhaupt gibt. Die Versicherungen zahlen. Natürlich wird aber nur das bezahlt, was auch bezahlt werden kann. Ist ein Hüftgelenk beschädigt, so kann es mittlerweile durch eine künstliche Prothese ersetzt werden – Herzen, Lungen und Nieren etwa können jedoch nur durch ein Spenderorgan ersetzt werden, welches unter Umständen für den eigenen Körper nicht in der passenden Art verfügbar ist oder Patienten reihen sich auf langen Wartelisten für bestimmte Organe ein. Das Organ selbst kostet nichts, der Eingriff zur Verpflanzung an sich aber ist mit einer aufwendigen und kostspieligen Operation verbunden.

Ist das Leben also unbezahlbar? Eine Frage, auf die in binnen kurzer Zeit auch keine ausreichende Antwort gefunden werden kann. In der Podiumsdiskussion der Konferenz wird sie aber aus den Blickwinkeln des Rechts, der Medizin, der Ethik und der Wirtschaft betrachtet und diskutiert werden. Nicht nur für diese Diskussionsrunde, sondern auch für die im Verlaufe des Wochenendes stattfindenden Vorträge und Sektionen konnten zahlreiche, hochkarätige Experten ihres Faches gewonnen werden, welche die angeregte Auseinandersetzung mit der stets brandaktuellen Thematik des Transplantations- und Sozialrechts leiten werden, sodass ich davon überzeugt bin, dass Sie, liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Sonntag mit neuen Erkenntnissen und umfassenden Informationen die Heimreise antreten werden. Ich wünsche Ihnen im Namen von ELSA-Göttingen ein schönes und lehrreiches Wochenende in der Stadt, die Wissen schafft.





# **Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland\***

*Prof. Dr. jur. Ulrich Schroth*

## **I. Die zentralen Regelungen des Transplantationsgesetzes**

Das deutsche Transplantationsgesetz unterscheidet zwischen der postmortalen Transplantation und der Lebendtransplantation.

### **1. Die Voraussetzungen der postmortalen Spende**

Zunächst zur postmortalen Transplantation, §§ 3 bis 7 TPG. Die postmortale Organentnahme ist nach der Konzeption des Gesetzgebers zulässig, wenn der Spender tot ist und wenn das postmortale Persönlichkeitsrecht nicht beeinträchtigt wird. Zu klären ist also, wann der Mensch tot ist; zu klären ist weiter, welche zusätzlichen Voraussetzungen für die Organentnahme gegeben sein müssen.

Zunächst zu dem Zeitpunkt, ab dem die Organentnahme zulässig ist. Der Gesetzgeber hat in § 3 Abs. 1 TPG bestimmt, dass Bedingung der Organentnahme der Tod des Organspenders ist, der nach Regeln festgestellt ist, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen. In § 3 Abs. 2 TPG ist zusätzlich bestimmt, dass die Entnahme von Organen unzulässig ist, wenn beim

---

\* Dieser Aufsatz geht auf einen Vortrag zurück, den ich an der Universität Göttingen gehalten habe; die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

Organspender nicht vor der Entnahme der endgültige, nicht behebbarer Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln festgestellt ist, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen.<sup>1</sup> Diese merkwürdige Regelung hat ihren Grund darin, dass – nachdem lange Zeit völlig unbestritten war, dass Todeszeitpunkt der Gesamthirntod ist – bei dem Erlass des Transplantationsgesetzes kritische Stimmen zum Gesamthirntod laut wurden.<sup>2</sup> Die Unanschaulichkeit des Hirntodes hatte Kritiker motiviert, gegen den Gesamthirntod als Kriterium des Todes des Menschen zu streiten.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat sich daraufhin dazu entschlossen, den Gesamthirntod als Mindestvoraussetzung der Organentnahme festzulegen.

Ich möchte an dieser Stelle nicht ausführlich auf die Diskussion eingehen, ob der Gesamthirntod den Tod des Menschen bedeutet, jedoch feststellen, dass in der medizinischen Wissenschaft der Gesamthirntod als Tod des Menschen anerkannt ist und auch die überwiegende Auffassung in der Rechtswissenschaft, vor allem in der Strafrechtswissenschaft, diesen anerkennt. Ab dem Vorliegen des Gesamthirntods ist der Mensch strafrechtlich nicht mehr in seiner körperlichen Integrität geschützt. Für den Gesamthirntod lassen sich zwei Argumente anführen: Ab dem Gesamthirntod existiert der Mensch körperlich gesehen nicht mehr als gesteuerter Gesamtorganismus. Er ist insofern biologisch als integriertes, körperliches Wesen nicht mehr existent. Er existiert aber auch nicht mehr als Person, die ein Bewusstsein bilden kann bzw. schmerzempfindlich ist. Er hat unwiederbringlich aufgehört, Person zu sein. Die gegen den Gesamthirntod vorgetragenen Argumente sind wenig überzeugend. Der deutsche Gesetzgeber hat sich aber auch auf den Standpunkt gestellt, dass Mindestvoraussetzung der Organentnahme der nicht behebbarer Ausfall des Gesamthirns ist. Dies bedeutet, dass nicht schon – wie in anderen Staaten – der Hirnstammtod eine Organentnahme erlaubt. Dies ist richtig, da der Hirnstammtod nicht so gut diagnostizierbar ist wie der Gesamthirntod. Die Diagnose des Gesamthirntodes ist eine der sichersten Diagnosen der Medizin überhaupt.<sup>4</sup>

Nun zu den weiteren Voraussetzungen der postmortalen Organentnahme: Hierzu liegen weltweit – aber auch europaweit betrachtet – unterschiedliche Vorstellungen vor.<sup>5</sup> In Japan steht man auf dem Standpunkt, die Organentnahme sei nur zulässig, wenn und soweit der potentielle Organspender zu Lebzeiten in die Organentnahme selbst eingewilligt hat. Diese sogenannte enge Zustimmungslösung ist mit einem Misstrauen gegenüber dem Hirntod verbunden.

---

<sup>1</sup> *Oduncu*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz Kommentar, 2005, Einl., Rn. 77.

<sup>2</sup> Vgl. *in der Schmitt*, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz Kommentar, 2003, Anh. zu § 3, Rn. 36 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Oduncu*, Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), Einl., Rn. 87.

<sup>4</sup> *Oduncu*, Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), Einl., Rn. 86.

<sup>5</sup> Vgl. zu den einzelnen Ländern [www.transplantation-information.de/gesetze\\_organspende\\_transplantation/ausland\\_gesetze/gesetze.html](http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html), <aufgerufen am: 09.07.2009>.

Das Gegenmodell zur engen Zustimmungslösung ist die Widerspruchslösung. Hiernach ist die Organentnahme ab dem Zeitpunkt des Hirntods zulässig, soweit der potentielle Organspender zu Lebzeiten der Organentnahme nicht widersprochen hat. Der Nichtwiderspruch erlaubt damit die Organentnahme. In Europa existiert die Widerspruchslösung in Österreich, Belgien und Frankreich, aber auch in Spanien,<sup>6</sup> das das einzige europäische Land ist, das seine Bürger, soweit sie schwer krank sind, umfangreich mit Organen versorgen kann.<sup>7</sup> Zumeist wird die Widerspruchslösung als erweiterte Widerspruchslösung praktiziert. Nach dieser können auch die Angehörigen der Organentnahme widersprechen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit den §§ 3 und 4 des Transplantationsgesetzes für eine formalisierte Art der erweiterten Zustimmungslösung entschieden. Das heißt, eine Organentnahme ist zulässig, wenn entweder die Einwilligung des potentiellen Organspenders zu Lebzeiten vorhanden war oder, falls eine solche nicht vorliegt, eine nahestehende Person nach dem Tod des Organspenders der Organentnahme zugestimmt hat. Dabei ist der mutmaßliche Wille des Spenders zu beachten. Ein originäres Zustimmungsrecht hat die zur Zustimmung befugte Person nur, wenn ein solcher mutmaßlicher Wille nicht ermittelbar ist. Wer entscheidungsbefugt ist, ergibt sich aus § 4 TPG.

Die Zustimmungsmöglichkeit ist ausgeschlossen, wenn ein rechtswirksamer Widerspruch des potentiellen Organspenders gegeben ist. Ohne Einwilligung des Organspenders bzw. ohne Zustimmung des ranghöchsten Angehörigen ist jede Organentnahme strafbewehrt verboten (§ 19 Abs. 1 TPG). Nächste Angehörige im Sinne des Gesetzes sind in der Rangfolge ihrer Aufzählung:

1. der Ehegatte oder eingetragene Lebenspartner,
2. volljährige Kinder,
3. Eltern oder, sofern der mögliche Organspender zum Todeszeitpunkt minderjährig war und die Sorge zu dieser Zeit nur einem Elternteil, einem Vormund und/oder einem Pfleger zustand, dieser Sorgeinhaber,
4. die volljährigen Geschwister
5. und schließlich die Großeltern.

Der nächste Angehörige ist aber nur dann zu einer Entscheidung befugt, wenn er zu dem möglichen Organspender in den letzten zwei Jahren vor dessen Tod persönlichen Kontakt hatte. Bei mehreren gleichrangigen Angehörigen genügt es, wenn einer zustimmt. Der andere hat jedoch ein Vetorecht. Ist ein vorrangiger Angehöriger innerhalb angemessener Zeit nicht erreichbar, genügt die Beteiligung und die Entscheidung des ranghöchsten nachrangigen Angehörigen. Diese Regel wird dahingehend ergänzt, dass dem ranghöchsten Angehörigen eine volljährige Person gleichsteht, die dem möglichen Organspender bis zu seinem Tode in be-

---

<sup>6</sup> *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 155.

<sup>7</sup> Vgl. Bericht des Gesundheitsministers *Bernat Soria* in der FAZ v. 18.01.2009, S. 8.

sonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe gestanden hat. Sie tritt neben den nächsten Angehörigen. Damit wird den Bedürfnissen jener Personen Rechnung getragen, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft gelebt haben.

Die deutsche Regelung der erweiterten Zustimmungslösung ist eine überaus formalistische Regelung. Von ausländischen Kollegen hört man immer wieder, eine derartige Regelung sei nur in Deutschland möglich.

Wichtig ist es noch anzufügen, dass jeder ab dem Alter von 14 Jahren der Organentnahme widersprechen kann.<sup>8</sup> Es darf dann keine Organentnahme stattfinden. Der Organentnahme zustimmen kann jeder ab 16 Jahren.<sup>9</sup>

Anzuführen ist außerdem, dass in Deutschland, obwohl dies möglich wäre, von den Ärzten eine Organentnahme nicht durchgeführt wird, wenn die Angehörigen der Organentnahme nach dem Tod widersprechen – auch wenn in die Organentnahme eingewilligt wurde. Dies entspricht an sich nicht der gesetzgeberischen Regelung. In Transplantationszentren ist aber offensichtlich die Vorstellung gegeben, Organe nur dann zu entnehmen, wenn dies nicht zu Konflikten führt.

Die Übertragung von Herz, Niere, Leber, Lunge, Bauchspeicheldrüse und Darm darf nur in dafür zugelassenen Transplantationszentren vorgenommen werden, § 9 TPG. Sind diese Organe Spendern entnommen worden, ist ihre Übertragung nur zulässig, wenn sie durch die Vermittlungsstelle unter Beachtung der Regelungen des § 12 TPG vermittelt worden sind. Das heißt, diese Organe sind sozialisierte Organe. Ein Organspender kann nicht bestimmen, dass er vorrangig seine Niere nur seinem Kind zukommen lassen will. Zur Vermittlung legt das Gesetz fest, dass die vermittlungspflichtigen Organe von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten zu vermitteln sind. Vermittelt wird nur an Personen, die auf der Warteliste stehen. Die einzelnen Wartelisten der Transplantationszentren sind dabei als einheitliche Warteliste zu behandeln.

## 2. Die Voraussetzungen der Lebendspende

Nun zur Organlebendspende: § 8 TPG lässt eine Organspende zu Lebzeiten nur in engen Grenzen und unter besonderen Voraussetzungen zu. Das Motiv des Gesetzgebers ist vorrangig der Schutz des Spenders.<sup>10</sup> Die Organentnahme bei Lebenden ist kein Heileingriff, sondern schadet dem an sich gesunden Spender. Diese überwiegend paternalistischen Restriktionen in § 8 TPG berühren die Handlungsfreiheit des Spenders, insbesondere aber auch die Gesundheit des Empfängers, die über Art. 2 Abs. 2 GG garantiert ist. Paternalistische Regelungen führen hier dazu,

---

<sup>8</sup> *Schroth*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Fn. 1), § 3, Rn. 20.

<sup>9</sup> *Schroth*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Fn. 1), § 3, Rn. 3.

<sup>10</sup> Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs zum Transplantationsgesetz, BT-Drs. 13/4355, S. 14 ff.

dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, zumindest aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens, verbunden ist, versagt bleibt.<sup>11</sup>

Im Folgenden zu den Entnahmevoraussetzungen bei der Lebendspende nach § 8 Abs. 1 TPG: Das Gesetz beschränkt die Organentnahme beim Lebenden strafbewehrt (§ 19 Abs. 2 TPG) auf volljährige und einwilligungsfähige Personen. Gegen diese Regelung ist nichts einzuwenden. Die besondere Anfälligkeit Minderjähriger dafür, manipuliert und ausgebeutet zu werden, und die Schwierigkeiten der Einschätzung möglicher familiärer Drucksituationen sprechen für eine starre Volljährigkeitsgrenze bei der Lebendspende.<sup>12</sup> Notwendig ist weiter Einwilligungsfähigkeit.<sup>13</sup> Nur wenn der Spender die Tragweite seiner Entscheidung, d.h. die Bedeutung des Eingriffs in seinem Für und Wider, hinreichend zu übersehen und zu beurteilen vermag, darf er spenden. Nach dem eindeutigen Wortlaut ist die Entnahme von Organen nur zulässig, wenn die Person volljährig und einwilligungsfähig ist sowie selbst entscheidet. Das Gesetz versteht die Einwilligung in die Lebendorganspende als höchstpersönlichen Akt und schließt Stellvertreterentscheidungen generell aus.

Weitere Voraussetzung der Organlebendspende ist die Geeignetheit des Spenders. Mit der Eignung als Spender ist die medizinische Eignung des Spenders im Hinblick auf seine gesundheitlichen Interessen gemeint. Weiter darf nach der Entscheidung des Gesetzgebers keine Gefährdung über das Operationsrisiko hinaus gegeben sein (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 c TPG). Diese Regelung ist unklar, da es „das Operationsrisiko“ nicht gibt. Schließlich muss die negative Feststellung vorliegen, dass keine über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinausgehende schwere gesundheitliche Beeinträchtigung gegeben ist (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 c TPG).

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG muss die Übertragung des Organs auf den vorgesehenen Empfänger nach ärztlicher Beurteilung geeignet sein, das Leben dieses Menschen zu erhalten oder bei ihm eine schwerwiegende Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Beschwerden zu lindern. Dieser Regelung kommt Klarstellungsfunktion zu: Eine Lebendspende kommt nur in Betracht, wenn das zu entnehmende Organ gesund und zu den genannten Zwecken tauglich ist – die Organspende muss also nützlich sein.

Ferner schreibt § 8 TPG vor, dass die Entnahme von Organen bei einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders zum Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht. Der Telos dieser Regelung ist, dass die Organspende von Toten klaren Vorrang gegenüber

---

<sup>11</sup> Zur Kritik vgl. *Gutmann* (Fn. 6), S. 25 ff.

<sup>12</sup> *Esser*, in: Höfling (Fn. 2), § 8, Rn. 18.

<sup>13</sup> *Esser*, in: Höfling (Fn. 2), § 8, Rn. 11.

der Lebendspende haben soll.<sup>14</sup> Ob daraus eine Verpflichtung folgt, sich in die Warteliste aufnehmen zu lassen, ist umstritten.<sup>15</sup>

Die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte 1. und 2. Grades, Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, § 8 Abs. 1 S. 2 TPG. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss festgestellt, dass diese Beschränkung hinreichend bestimmt und zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke geeignet und erforderlich ist.<sup>16</sup> Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig auf Kritik gestoßen.<sup>17</sup>

Weitere Voraussetzung der Lebendspende ist natürlich die Einwilligung des Organspenders, § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b TPG. Die Einwilligung setzt eine Erfüllung der Aufklärungspflicht voraus. Neben der Risiko-, Verlaufs- und Folgenaufklärung muss auch über die Erfolgsaussichten der Transplantation aufgeklärt werden sowie über sonstige Umstände, denen der Spender erkennbar Bedeutung beimisst.<sup>18</sup> Dass die Einwilligung nicht auf einem Willensmangel beruhen darf, versteht sich von selbst.

Die Entnahme von Organen beim Lebenden darf im Hinblick auf die gesundheitlichen Risiken einer Lebendspende erst durchgeführt werden, nachdem sich Organspender und Organempfänger jeweils zur Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklärt haben, § 8 Abs. 3 S. 1 TPG. Stammt der Organspender aus dem Ausland, kann sich die Empfehlung auch auf eine im Ausland durchzuführende Nachbetreuung beziehen.

Voraussetzung der Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden, bzw. Leberteilen ist weiter, dass eine nach Landesrecht zuständige Kommission gutachterlich dazu Stellung genommen hat, ob im konkreten Einzelfall begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handeltreibens nach §§ 17, 18 TPG ist (§ 8 Abs. 3 S. 2 TPG). Die Kommission hat fünf Aspekte zu beachten: Das Alter, die Einwilligungsfähigkeit des Spenders, die Freiheit von Täuschung und äußerem Zwang, die hinreichende Aufklärung des Spenders und die Stabilität der Entscheidung in dem Sinne, dass ein fester Spendeentschluss gegeben ist.

Postmortale Organspende und Lebendorganspende sind verboten, wenn das Organ Gegenstand verbotenen Handeltreibens ist, § 17 TPG. Mit dem Verbot des Handeltreibens hat sich der Gesetzgeber entgegen anderer Vorschläge in einem

---

<sup>14</sup> *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), § 8, Rn. 22.

<sup>15</sup> *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), § 8, Rn. 24.

<sup>16</sup> BVerfG NJW 1999, 3399 ff.

<sup>17</sup> *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), § 8, Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), § 8, Rn. 39 ff.

radikalen Zugriff entschieden, dem Spender eines Organs jeglichen Vorteil zu verbieten und ihm für den Fall des Verstoßes auch noch Strafe anzudrohen. Zentrales Element, das die Strafbarkeit begründet, ist der Eigennutz. Jedes Handeln, das auf Umsatz von Organen gerichtet und eigennützig ist, ist verboten. Den Begriff des Handelstreibens hat der Gesetzgeber dem Betäubungsmittelgesetz entnommen. Verboten ist jegliches Anreizsystem, auch etwa ein solches von Krankenkassen. Verboten sind weiter immaterielle Vorteile, sofern sie einen objektiv messbaren Inhalt haben.

Die Regelungen des TPG verbieten an sich auch die Cross-over-Spende. Dies ist eine ärgerliche Folge,<sup>19</sup> auf die im Folgenden kurz eingegangen wird. Von einer Cross-over-Spende spricht man, wenn der Spender dem Empfänger aus gesundheitlichen Gründen kein Organ spenden kann, die Lebendspende aber möglich gemacht würde durch eine Überkreuzspende mit einem anderen Paar, das das gleiche Problem hat. Problematisch ist, ob dies dann nicht Organhandel ist. Noch problematischer ist, ob bei der Cross-over-Spende die strafbewehrte Spenderkreisbegrenzung verletzt wird. Ich selbst habe mich in der Festschrift für *Böttcher* für eine Rechtsfortbildung, die die Cross-over-Spende ermöglicht, ausgesprochen und diese Ansicht ausführlich begründet.<sup>20</sup>

## II. Fünf Thesen zum Transplantationsgesetz und deren Begründung

Nun also einige Thesen zu den Regelungen des Transplantationsgesetzes und deren Begründung:

Das Organaufkommen in Deutschland bleibt weit hinter dem zurück, was in anderen europäischen Ländern erreicht wird. Derzeit spenden in Deutschland auf eine Million Einwohner knapp 16 Personen ihr Organ. In Belgien und Österreich stehen ca. 24 Organspender zur Verfügung. Beide Länder sind Partnerländer von Deutschland in der Stiftung Eurotransplant. In Spanien stehen sogar über 36 Organspender pro eine Million Einwohner zur Verfügung.<sup>21</sup> Die Hoffnung, dass mit dem Transplantationsgesetz das Aufkommen an Organen aus postmortaler Organspende wesentlich erhöht werden kann, hat sich nicht erfüllt. Dies hat zur Konsequenz, dass ca. 30 % der schwer kranken Patienten, die auf der Warteliste stehen, sterben.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Vgl. auch *Gutmann* (Fn. 6), S. 31 ff.

<sup>20</sup> *Schroth*, Die Cross-over-Spende, Die Notwendigkeit einer gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung in: *Schöch/Helgerth/Dölling/König* (Hrsg.), FS für *Böttcher*, 2007, S. 535 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Bericht des Gesundheitsministers *Bernat Soria* in der FAZ v. 18.01.2009, S. 8.

<sup>22</sup> [www.bundesverband-niere.de/news/1822/dso-schlaegt-alarm-deutlich-weniger-organspenden-in-2008](http://www.bundesverband-niere.de/news/1822/dso-schlaegt-alarm-deutlich-weniger-organspenden-in-2008) und [www.aerztlichepraxis.de/artikel\\_homepage\\_aktuell\\_organspende\\_1200563183.htm](http://www.aerztlichepraxis.de/artikel_homepage_aktuell_organspende_1200563183.htm), jeweils <aufgerufen: am 19.08.2009>.

Nach § 11 Abs. 4 S. 2 des deutschen Transplantationsgesetzes sind die Krankenhäuser verpflichtet, den endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms von Patienten, die nach ärztlicher Beurteilung als Spender vermittlungspflichtiger Organe in Betracht kommen, dem zuständigen Transplantationszentrum mitzuteilen. Es werden aber in Deutschland bisher nur ca. 40 % aller Gesamthirntoten mitgeteilt.<sup>23</sup> In Spanien werden über 90 % aller Gehirntoten gemeldet, was auch mit dem zentralistischen Krankenhaussystem dort zusammenhängt.

Meine erste These lautet also: *Es muss durch ein Anreizsystem dafür Sorge getragen werden, dass Krankenhäuser der Meldepflicht nachkommen.*

Der Appell an die Krankenhäuser hat bisher nichts genützt. Die Bundesregierung weist zu Recht darauf hin, dass Sanktionen nicht immer ein geeignetes Mittel zur Durchsetzung oder Verbesserung der zu erreichenden Ziele darstellen und dass gerade im Bereich der Organspende, in der das Prinzip der Freiwilligkeit herrscht,<sup>24</sup> Sanktionen sogar kontraproduktiv sein können. Es erscheint mir deshalb sinnvoll, die Aufwandsentschädigung für die Spenderkrankenhäuser künftig so zu bemessen, dass sie über die tatsächlich entstandenen Kosten deutlich hinausgeht. Sie wäre dann ein eindeutiger ökonomischer Anreiz für die Institution Krankenhaus zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten.

Nun zur zweiten These:

Aus der Statistik ergibt sich klar, dass in den Ländern, in denen die Widerspruchslösung oder eine modifizierte Widerspruchsregelung gilt – wie Österreich, Belgien, Frankreich, Spanien, Norwegen oder Finnland – das Organaufkommen deutlich höher ist.<sup>25</sup> Dass die Widerspruchslösung grundsätzlich mit einem höheren Organaufkommen verbunden ist, steht heute außer Zweifel. Der Blick auf die europäischen Nachbarstaaten Belgien, Österreich und Spanien zeigt, dass diese Länder 69 %, 77 % bis 145 % mehr postmortale Organspender aufweisen als die Bundesrepublik Deutschland.

*Will man Schwerkranken helfen – und dies ist meine zweite These – so muss man die Widerspruchslösung einführen.*

Im Hinblick auf die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Widerspruchslösung ist bemerkenswert, dass das Bundesverfassungsgericht<sup>26</sup> (1. Kammer des 1. Senats) in seinem Beschluss über die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen § 4 TPG festgestellt hat, die Beschwerdeführer, die gerügt hatten, sie seien genötigt, sich zu Lebzeiten schriftlich zu erklären, um nicht der Gefahr ausgesetzt zu sein, nach dem Tod wider Willen zum Organspender zu werden,

---

<sup>23</sup> Oduncu, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), Einl., Rn. 20.

<sup>24</sup> Schneewind/Sedlmayer, Bedingungen der Patientenautonomie bei Lebendnierenspende, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fatch-Moghadam, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 16.

<sup>25</sup> Gutmann (Fn. 6), S. 156.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 1999, 3399 ff.



die Möglichkeit hätten, der Organentnahme zu widersprechen. Das zentrale Argument des Bundesverfassungsgerichts ist also, dass die Möglichkeit, sich der Organspende durch Widerspruch zu entziehen, die Beschwer entfallen lässt. Dies gilt auch für die Widerspruchslösung. Wer die Möglichkeit hat, einer Organentnahme zu widersprechen, ist auch durch eine Widerspruchsregelung nicht beschwert.

In ethischer wie rechtlicher Hinsicht sieht sich die Widerspruchslösung insbesondere der Kritik ausgesetzt, sie werde dem Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht der Bürger nicht gerecht. Diese Kritik erscheint nicht berechtigt. Wenig überzeugend ist zunächst das gegen die Widerspruchslösung vorgebrachte Argument, dass mit ihr dem Einzelnen ein Zwang zur Beschäftigung mit dem eigenen Tod auferlegt werde, weil er nur dann vom Widerspruchsrecht Gebrauch machen kann, wenn er über die entsprechende Information verfügt und sich mit der Thematik beschäftigt hat. Hierzu ist zu sagen, dass der mit der Widerspruchslösung verbundene Entscheidungszwang zu Lebzeiten unproblematisch ist, da der Einzelne seine Entscheidung nicht zu begründen braucht. Der Einzelne muss sich daher nicht mit der Organspende bzw. mit der Frage, wie er zu verwesen wünscht, beschäftigen. Er hat vielmehr das Recht, der Organentnahme ohne Begründung zu widersprechen. Im Übrigen erscheint es mir fraglich, ob es ein durch die Verfassung abgesichertes Recht gibt, das dem Bürger garantiert, dass er sich nicht mit dem Tod beschäftigen muss.

Die ethische Rechtfertigung der Widerspruchslösung liegt für mich letztlich in dem Umstand, dass sie zu einem höheren Organaufkommen und damit zu zusätzlichen Gesundheitschancen führt, und dass durch die Widerspruchsregelung keine rechtlich geschützten Interessen verletzt werden. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Öffnung einer Leiche trotz eines entgegenstehenden Willens der nunmehr toten Person oder eines entgegenstehenden Willens ihrer Angehörigen möglich ist, und zwar immer dann, wenn auch nur entfernte Verdachtsgründe für ein Fremdverschulden am Tode vorliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies akzeptiert.<sup>27</sup> Das heißt, das Interesse einer Person, als Leiche unversehrt bestattet zu werden, muss hinter der Verbrechensaufklärung zurückstehen. Dies zeigt, dass, was die Verbrechensaufklärung angeht, gewisse Solidaritätspflichten des Einzelnen gegeben sind. Meines Erachtens gibt es diese Solidaritätspflichten auch gegenüber Schwerkranken. Damit spreche ich mich nicht dafür aus, dass jeder im Falle seines Todes als Organspender verwendet werden darf. Wenn ein Bürger der Organentnahme widerspricht, darf er nicht als Organspender in Anspruch genommen werden. Wer dezidierte Vorstellungen dazu hat, wie er beerdigt werden will, wie er verwesen will, der soll in dieser Hinsicht ernst genommen werden. Widerspricht ein Bürger der Organentnahme jedoch nicht, dann führen Solidaritätspflichten dazu, dass ihm die Organe zur Lebensrettung anderer entnommen werden dürfen. Ein vom Selbstbestimmungsinteresse losgelöstes Konzept, auch den zu schützen, der die Verwesung des eigenen, ungeöffneten Leichnams erwartet, der jedoch nie-

---

<sup>27</sup> BVerfG NJW 1994, 738.

mals an die mögliche Verwendung seines Leichnams zu Transplantationszwecken gedacht hat, lässt sich m.E. nicht begründen. Das Selbstbestimmungsrecht wird noch umfassender gewährleistet, wenn die Widerspruchslösung dahingehend erweitert wird, dass auch noch Angehörige der Organentnahme widersprechen können. Dann kann nämlich auch der mutmaßliche Wille des Organspenders Berücksichtigung finden. In den allermeisten Ländern, in denen die Widerspruchslösung gilt, wird diese auch als erweiterte Widerspruchslösung praktiziert. Die erweiterte Widerspruchslösung erscheint mir auch für das deutsche Recht angemessen, da sie das Selbstbestimmungsrecht potentieller Spender hinreichend beachtet und zu einem erhöhten Organaufkommen führt.

Im Folgenden zur dritten These: *Die Allokation der knappen Ressource Organ hat bisher keine angemessene Regelung gefunden.*<sup>28</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass es unangemessen ist, dass individuelle Wünsche des Organspenders völlig ausgeblendet werden müssen. Nach deutschem Transplantationsrecht ist es – auch in engen persönlichen Beziehungen – nicht möglich, dass sich ein Schwerekranker als Organspender zur Verfügung stellt und seinem Kind vorrangig die Niere schenken will. Dies erscheint mir, gerade im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht, unangemessen.

Die Formulierung des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG, dass die Organe nach Dringlichkeit einerseits und nach Erfolgsaussicht andererseits zu verteilen sind, ist nicht hinreichend überzeugend. Sie genügt nicht dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in seinen *numerus-clausus-Entscheidungen*<sup>29</sup> hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts ausgeführt, dass der Gesetzgeber bei einer Regelung, die in den Grundrechtsbereich eingreift, die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten muss. Dies hat der Gesetzgeber des Transplantationsgesetzes aber nicht getan, obwohl die Verteilung der knappen Ressource Organ in die Gesundheitschancen Schwerekranker eingreift.

Die Formulierung des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG ist nicht nur unbestimmt, sondern die beiden genannten Kriterien Dringlichkeit einerseits und Erfolgsaussicht andererseits widersprechen sich auch strukturell. Der Zielkonflikt zwischen Erfolgsaussicht, verstanden als Ziel einer Maximierung des aggregierten Transplantationserfolgs, und Dringlichkeit, verstanden als Größe und Unmittelbarkeit der Gefahr für den individuellen Patienten, widersprechen sich, da man im Prinzip sagen kann: Bei einem dringlichen Eingriff ist die Erfolgsaussicht weniger hoch, bei einem weniger dringlichen Eingriff gilt das Umgekehrte. Der rechtsvergleichende Blick auf das schweizerische Transplantationsgesetz zeigt, dass genauere gesetzliche Vorgaben möglich sind und nicht mit den negativen Nebenfolgen von Funktionalität

---

<sup>28</sup> Vgl. auch *Gutmann* (Fn. 6), S. 113 ff; *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Fn. 1), § 12, Rn. 20 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 33, 303.

und Flexibilität der Regelung verbunden sein müssen. Insgesamt heißt dies, die Allokation muss neu geregelt werden.

Außerdem sollte man um ein System bemüht sein, das Allokationsauffälligkeiten transparent macht. Wohl fundierte Gerüchte besagen, dass es vorkommen soll, dass nach Zuteilung einer Leber diese bewusst sehr spät gesplittet wird. Damit erhält nicht der Patient den anderen – auch vermittlungspflichtigen – Leberteil, der diesen an sich nach den Allokationsrichtlinien erhalten müsste, sondern ein Patient der Klinik, die die Leber gesplittet hat. Dies deshalb, da nach spätem Splitting der andere Leberteil nicht mehr transplantierbar wäre, wenn er transportiert werden müsste.

Weiter werden die Allokationsrichtlinien auch partiell angeblich dadurch umgangen, dass schwerkranke Patienten als high urgency eingestuft werden, obwohl die Kriterien von high urgency nicht erfüllt sind. Eine Allokationsauffälligkeit ist nach fundierten Gerüchten auch dadurch gegeben, dass Herzpatienten bei der Notwendigkeit von Herztransplantationen erst nach drei- bis viermaliger formeller Zuteilung eines Organs ein solches tatsächlich erhalten. Grund hierfür soll sein, dass Transplantationszentren nicht hinreichend mit Personal ausgestattet sind. Derartige Allokationsauffälligkeiten müssen aufgeklärt und einer angemessenen Lösung zugeführt werden. Ein transparentes Allokationssystem, das auch individuelle Wünsche des Spenders berücksichtigt, würde sicher die Spendebereitschaft in der Bevölkerung erhöhen. Zur Transparenz gehört, dass klare Allokationskriterien existieren, die öffentlich beraten wurden sowie ein System, das Allokationsauffälligkeiten kritisch beleuchtet und zu beheben versucht.

Nur wenn die Öffentlichkeit den Eindruck gewinnt, dass die wenigen Organe gerecht verteilt werden, wird die Bereitschaft zur Organspende gefördert werden.

Zur vierten These: Die vierte These betrifft die Lebendspende von Organen. Wie viele Autoren ausführlich dargelegt haben (*Gutmann, Fateh-Moghadam, Schroth, ...*), erfährt die Lebendnierenspende ihre eigentliche Legitimation aus der Notwendigkeit der Respektierung der Autonomie des Organlebendspenders. Wir begreifen es heute als eine unserer wichtigsten normativen Prinzipien, dass Menschen in sehr weiten Bereichen die Befugnis haben, über das Rechtsgut ihrer körperlichen Integrität selbst zu entscheiden. Personen haben, in der Terminologie des amerikanischen Rechtsphilosophen *Dworkin*<sup>30</sup> ausgedrückt, nicht nur erlebensbezogene Interessen, zu denen Gesundheit oder die Freiheit von Schmerzen gehören, sondern auch wertbezogene Interessen. Wertbezogene Interessen von Personen beziehen sich darauf, was für ein Mensch man sein will, was ein Leben im Ganzen sinnvoll und gelungen macht. Zu den wertbezogenen Interessen kann auch das Interesse, ein Organ zu spenden, gerechnet werden. Diese wertbezogenen Interessen müssen von einer Rechtsordnung akzeptiert werden. Die Spenderautonomie, welche verfassungsrechtlich sowie strafrechtlich abgesichert ist, hat zwei Funktionen:

---

<sup>30</sup> *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens, 1994, S. 275 ff.

- Sie ist ein Bollwerk gegen jedes eigenmächtige Heranziehen des Lebendspenders.
- Sie erlaubt, körperbezogene Schutzvorschriften durch freiwillige Entscheidung außer Kraft zu setzen.

Sieht man die Lebendspende durch die Spenderautonomie legitimiert, so hat der Gesetzgeber die autonome Entscheidung des Lebendspenders abzusichern. Er hat zu garantieren, dass die Entscheidung des Lebendspenders eine autonome und authentische Entscheidung ist. Geht man davon aus, dass die Lebendspende ihre Legitimation in der autonomen Entscheidung des Lebendspenders erfährt, so ergibt sich die vierte These zwangsläufig:

*Alle Regelungen, die die autonome Lebendspende absichern, insbesondere die umfänglichen Aufklärungspflichten sowie die Absicherung der Autonomie über Kommissionsverfahren, sind angemessen. Nicht legitim sind die paternalistischen Eingrenzungen wie die Subsidiarität der Lebendspende und die Begrenzung des Spenderkreises.*

Gegen die Subsidiarität der Nierenlebendspende sprechen noch andere Gründe als die Autonomie des Lebendspenders. Gegen die Subsidiaritätsregel spricht, dass sie den Organempfänger auf eine schlechtere Behandlungsmethode verweist. Die Subsidiaritätsregel geht von einem Vorrang der postmortalen Transplantation aus. Inzwischen ist aber erwiesen, dass von Leichen stammende Transplantate eine wesentlich geringere Haltbarkeit als Organe aus Lebendspenden haben. Dies gilt zentral für die Nierenlebendspende. Ob man von Gesetzes wegen den Organempfänger auf eine schlechtere Behandlungsmethode verweisen darf, erscheint zweifelhaft.

Für die Subsidiarität der Lebendspende wird auch mit dem Argument gestritten, der Staat habe gegenüber seinen Bürgern eine Pflicht, diese vor irreversiblen Selbstschädigungen zu bewahren. Doch gibt es jedenfalls keine Rechtspflicht, den Einzelnen vor Selbstschädigung zu bewahren.<sup>31</sup> Dies gilt dann, wenn es sich um kalkulierte Selbstschädigungen handelt, die anderen in eklatanter Weise helfen können. Bei der Nierenlebendspende beträgt das Mortalitätsrisiko des Spenders 0,03 %, bei der Leberteilspende 0,5 %.<sup>32</sup> Die positiven Wirkungen sind erheblich. Nicht einmal die Lebenserwartung des Lebendspenders verschlechtert sich.<sup>33</sup>

Die Autonomie des Einzelnen spricht schließlich gegen die Begrenzung des Spenderkreises. Auch für diese Regelung kann nicht geltend gemacht werden, dass es eine Rechtspflicht gäbe, seinen Körper gesund zu halten. Die Verfügung über

<sup>31</sup> Vgl. hierzu *Vossenkuhl*, Gerechtigkeit, Paternalismus und Vertrauen, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2009; *Ellscheid*, Das Paternalismusproblem im System der Kant'schen Moralphilosophie, in: ebd.; *Schroth*, Ethik und Recht der Nierenlebendspende, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 15 (2007), S. 395.

<sup>32</sup> Teilweise wird auch 0,8 % als Mortalitätsrisiko angegeben.

<sup>33</sup> Vgl. *Oduncu*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), Einl., Rn. 41 ff.

die leibliche und seelische Integrität gehört zum Ureigensten der Personalität des Menschen.

Das weitere Argument, der Schutz der Freiheit des Organspenders könne ein Grund dafür sein, seine Freiheit einzuschränken, ist nicht plausibel. Es gibt keinen inhaltlichen Grund, der plausibel macht, dass die Freiheit des Organspenders in engen persönlichen Beziehungen größer ist als seine Freiheit gegenüber ihm unbekanntem Dritten. Hinter diesem Argument steckt die Idee, dass man die Freiheit einer Person erhöhen kann, wenn man ihr die rechtlichen Möglichkeiten verwehrt und sie deshalb auch keiner Drucksituation aussetzt, in der es schwierig ist, zu entscheiden. Freiheit als Argument sollte niemand in Anspruch nehmen, der Handlungsmöglichkeiten einschränkt.

Auch die Notwendigkeit der Verhinderung des Organhandels erfordert nicht, die Freiheit des Organspenders dahingehend einzuschränken, dass Fremden kein Organ gespendet werden darf. Wenn der Gesetzgeber die altruistische freiwillige Fremdlebenspende strafbewehrt verbietet um Organhandel auszuschließen, so kriminalisiert er bereits das Vorfeld des Vorfelds des Rechtsgüterschutzes. Das Organhandelsverbot bezweckt in einem sinnvollen Verständnis, entweder die Gefahr von Ausbeutungssituationen zu verhindern oder der Gefahr der Selbstkorrumpierung des Organspenders oder des Organempfängers vorzubeugen. Beide Gründe der Legitimation des Organhandelsverbots erklären das Organhandelsverbot als Gefährdungsdelikt.<sup>34</sup> Will man mit einer strafbewehrten Begrenzung des Spenderkreises Organhandel verhindern, so sanktioniert man jedoch ein Verhalten, das im Vorfeld eines Gefährdungsdelikts angesiedelt ist. Eine derartige Sanktionierung der Gefährdung der Gefährdung kann nicht mehr sinnvoll als Bestrafung sozialschädlichen Verhaltens aufgefasst werden. Strafe wird hier im Übermaß eingesetzt. Eine Sanktionierung des Arztes, der eine Organübertragung vornimmt, zu der sich der Spender freiwillig entschlossen hat und die auch der Organempfänger möchte, nur weil der Organspender nicht zum zugelassenen Spenderkreis gehört, verletzt auch das Gebot angemessener Verantwortungszuschreibung.

Nach § 19 Abs. 1 TPG i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG werden Ärzte mit Strafe bedroht, nur weil die abstrakte Gefahr besteht, dass Dritte sich wegen Organhandels strafbar gemacht haben könnten. Das heißt, der Verdacht, dass Dritte Normen übertreten haben, begründet hier die Strafbarkeit des Arztes. Ein Täter ist schuldig, wenn er im Hinblick auf ein Verhalten, das Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, vorwerfbar gehandelt hat. Einen Arzt für die abstrakte Gefahr zu bestrafen, dass ein Dritter vorwerfbar gehandelt hat, ist mit einem materiell verstandenen strafrechtlichen Schuldprinzip nicht kompatibel.

Abschließend noch meine letzte These: *Der Versicherungsschutz des Lebendspenders muss angemessen geregelt werden.*

Lebendspender, die Schwerkranken helfen, haben Solidarität verdient. Das schweizerische Recht erscheint mir hier vorbildlich zu sein. In Artikel 14 des

---

<sup>34</sup> König, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), §§ 17, 18, Rn. 3.

Schweizerischen Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen heißt es: „Wer einer lebenden Person Organe [...] entnimmt, muss sicher stellen, dass diese Person gegen mögliche schwerwiegende Folgen der Entnahme angemessen versichert ist.“ Die angemessene Versicherung ist im deutschen Recht nicht gewährleistet.

Mit § 23 TPG wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass Lebendorganspender unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stehen.<sup>35</sup> Unklar ist jedoch, ob sich die gesetzliche Unfallversicherung auch auf mittelbare Folgeschäden erstreckt. Außerdem ergeben sich bei der Klärung der Frage, ob eine erst später auftretende Krankheit auf die Organlebendspende zurückzuführen ist, vielfach Beweisprobleme. Hieraus folgt: Der Gesetzgeber muss entweder die Voraussetzung des Unfallversicherungsschutzes des Lebendspenders im SGB VII präzisieren oder aber eine große Regelung nach schweizerischem Vorbild einführen.

Hinzufügen möchte ich noch, dass das Gleiche auch für die Aufwandsentschädigung des Lebendspenders gilt. Es sollte eine gesetzliche Verpflichtung sein, dass der Lebendspender seinen Verdienstausfall und sonstige Kosten ersetzt bekommt.

---

<sup>35</sup> *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 1), § 23, Rn. 1.

## Die Praxis der Transplantationsmedizin

*Prof. Dr. med. Günter Kirste*

Beginnend möchte ich eine Situation skizzieren, die für viele Menschen Alltag ist: Sie müssen sich ungefähr drei Mal in der Woche für ca. sechs Stunden an eine Dialysemaschine anschließen und können in dieser Zeit weder studieren noch sonst etwas tun, sondern einfach dasitzen und gar nichts mehr machen. Die Frage ist, wer würde in einer solchen Situation für sich eine Transplantation wollen? Wohl die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung. Genau 98 % der Bevölkerung sagen, dass sie, im Falle, dass sie selber betroffen sind, eine Transplantation für sich wollen. Und wenn man dann weiterfragt: Wer würde als Organspender nach seinem Tod zur Verfügung stehen? Nach einer aktuellen Umfrage des Meinungsforschungsinstituts forsa sind es 78 % der Bevölkerung. Aber ein Großteil der Bevölkerung bemängelt auch die nicht ausreichende Aufklärung über dieses Thema. Wenn man etwas ins Detail geht, dann sieht man an dieser Umfrage z.B., dass 32 % der Bevölkerung sagen, sie seien nicht ausreichend informiert, 14 % behaupten, sie seien zu jung oder zu alt, was nicht stimmt, denn es gibt keine Altersgrenze für die Organspende, und 11 % sagen, sie hätten keinen Ausweis, lehnen die Spende aber nicht ab. Die Bevölkerung ist unsicher. Es gibt Altersgruppen, die relativ gut informiert sind – das sind die Leute unter ca. 25 Jahren. Die sind besser informiert als die Altersgruppe bis 55 Jahre. Die darüber hinaus sind wieder relativ gut informiert. Man muss sich also sehr genau überlegen, in welchen Bereichen man auch die Öffentlichkeitsarbeit fördert und wo man mehr tut. Immerhin haben 16 % einen Ausweis. Im Jahre 2000 waren es nur 10 %.

## I. Organisation der Organspende in Deutschland

Die Organspende in Deutschland ist im Gesetz in regionaler Weise organisiert. Das Transplantationsgesetz (TPG) ist in einigen Regelungsinhalten exakt und in anderen weniger exakt. Sehr exakt geregelt ist die regionale Organisationsstruktur. Derzeit gibt es in Deutschland sieben Spenderegionen, die in aller Regel mehrere Bundesländer umfassen. Nordrhein-Westfalen ist die bevölkerungsstärkste Region. Die Nord-Ost-Region mit Berlin, Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg ist die kleinste Region.

Eine gute Nachricht ist, dass die Zahl der Organspender zumindest seit dem Jahre 2000, in der Hauptsache aber seit 2004 angestiegen ist. Seit 2004 sind dies 25 % bis zum Ende des Jahres 2007. Dies ist sicherlich ein Erfolg, aber meiner Meinung eher nicht ein Erfolg des TPG, sondern ein Erfolg der Strukturen, die durch die Deutsche Stiftung Organspende (DSO) geschaffen worden sind. Wenn man aber ins Detail schaut, sieht man, dass die einzelnen Bundesländer und Regionen derzeit sehr unterschiedliche Zahlen von Spendern verwirklichen. Im Jahre 2007 gab es in den größeren Bundesländern Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen ca. 20 Spender pro Mio. Einwohner. Diese Zahlen erreichen andere Staaten nur mit einer Widerspruchslösung. Ich bin der Ansicht, dass eine Einführung der Widerspruchslösung nicht im erhofften Maße den Organmangel eindämmen wird.

Bezogen auf das Transplantationswesen werden die Krankenhäuser in Deutschland in drei Kategorien eingeteilt: A – Universitätskliniken, B – Krankenhäuser mit neurochirurgischen Intensivstationen und C – Krankenhäuser mit anderen Intensivstationen. Die Krankenhäuser der A- und B-Kategorie beteiligen sich fast alle an der Organspende, während in der C-Kategorie überhaupt nur 50 % der Krankenhäuser ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Meldung von potentiellen Organspendern nachkommen. Dies stellt ein Hauptproblem dar. Hinzu kommt, dass es auch in der A-Kategorie Kliniken gibt, die seit Jahren ungefähr 15 bis 20 Spender pro Jahr haben, und andere Universitäten, die nur drei oder vier Spender im Jahr haben. Gleichwohl gibt es keine Unterschiede in der Patientenzuweisung, in der Zahl der Intensivbetten, in der Zahl der Aufnahmen oder irgendetwas anderes. Auch in einigen Universitätskliniken und B-Kategorie-Krankenhäusern wird das Thema Organspende eher peripher wahrgenommen.

Eine weitere Ursache für den Rückgang der Organspende in diesem Jahr: Die extreme Arbeitsbelastung der Ärzte in den Krankenhäusern. Als Beispiel sei eine Klinik in Bayern angeführt: Dort gibt es 18 Arztstellen für die Intensivstationen, aber nur 10 Stellen sind besetzt. Die Folge ist, dass ein Thema wie Organspende nachrangig behandelt wird, weil es schon Schwierigkeiten bereitet, die täglich notwendigen Arbeiten zu erledigen. Diese geschilderte Situation ist inzwischen Alltag in vielen Kliniken in Deutschland.

Es gibt aber auch noch andere Probleme. Ein völlig missratenes Gewebegesetz, das bei der Gewebespende eine Kommerzialisierung nicht ausschließt und



was in den Krankenhäusern von den Ärzten, von den Krankenschwestern, von den Pflegeern äußerst schlecht verstanden wird. So beschäftigt man sich vielfach kaum noch mit der Organspende, weil durch die Kommerzialisierung der Gewebespende jetzt die Möglichkeit besteht, Profit zu machen.

Das führt zu einer deutlichen Ablehnung bei allen, die an diesen Prozessen beteiligt sind. Dann gab es im letzten Jahr diese unsägliche Diskussion über die angebliche Bevorzugung von Privatpatienten, die von einigen Politikern vorangetrieben wurde. Dies entbehrt jeder Grundlage, aber sie hat zu einer massiven Verunsicherung geführt. Das alles spielt eine Rolle bei dem Rückgang der Organspende. Wir sind aber jetzt in der zweiten Hälfte des Jahres 2008 und die sich derzeit abzeichnende Entwicklung lässt hoffen.

## II. Rechtliche Regelungen zur Zustimmung

Noch einmal zurück zu den einzelnen Regionen: Es gibt sehr unterschiedliche Entwicklungen, z.B. sind die DSO-Region Nord-Osten und Osten die konstant besten Regionen pro Mio. Einwohner. Nordrhein-Westfalen ist im Jahre 2004 ganz weit unten gestartet und geht konstant nach oben, völlig gegenläufig zu anderen Regionen, wie z.B. die DSO-Region Mitte (Hessen), wo es derzeit nur 5 Spender pro Mio. Einwohner gibt.

All diese Probleme und Schwierigkeiten haben nichts mit der Frage von Zustimmungslösung oder Widerspruchslösung zu tun. Es spielt keine Rolle in der Praxis. Vielmehr gilt es die strukturellen Probleme zu lösen. Denn Deutschland steht nicht so gut da: 16 Spender pro Mio. Einwohner. Andere Länder sind wesentlich besser – Spanien ist das leuchtende Beispiel mit 32 Spendern pro Mio. Einwohner. Aber Spanien hat nicht so eine hohe Spenderquote, weil es die Widerspruchslösung hat. Bei jedem einzelnen potentiellen Spender in Spanien wird nach der Zustimmung gefragt. Die Frageatmosphäre ist anders gelagert, die Menschen wissen eher Bescheid. Das ist in allen anderen Ländern mit Widerspruchslösung das gleiche, also z.B. in Belgien und Österreich. Wenn man die Statistiken der einzelnen Bundesländer betrachtet, sieht man, dass die Spenderzahlen teilweise das Niveau von Ländern mit einer Widerspruchslösung erreichen. Auch daher gilt: Die rechtliche Regelung der Zustimmung ist nicht die entscheidende Frage. Von der Absolutzahl ist Deutschland auf einem vorderen Platz, weil die Gesamtzahl der Spender aufgrund der großen Bevölkerung eben doch relativ hoch ist. Eine weitere Frage: Wie hoch ist die Anzahl der Spender an sog. Multi-Organ Spendern? Es ist zwar ein schreckliches Wort, aber es geht einfach darum, ob ein Spender nur Nieren spendet oder eben mehrere Organe in Frage kommen. Das korreliert überhaupt nicht mit der Frage, wie viele Spender pro Mio. Einwohner vorhanden sind.

Wichtiger ist das Thema der Steigerung der Organspenden. Bei der Organspende gibt es aus meiner Sicht drei große Bereiche: Die Steigerung der Meldung, die Öffentlichkeitsarbeit und verschiedene Strukturverbesserungen.

### III. Richtlinienkompetenz der Bundesärztekammer

Wenn man den ganzen Prozess der Organspende betrachtet, beginnt alles mit der Spendererkennung und endet mit der Transplantation. Dazwischen sind einige Schritte zu absolvieren, die im TPG sehr unklar geregelt werden, z.B. ist die DSO als Koordinierungsstelle beauftragt, diesen ganzen Prozess zu organisieren, zu unterstützen und zu unterhalten. Aber nach dem TPG ist es nicht die Aufgabe der DSO, die Organspende zu steigern, d.h. zumindest nach dem TPG erschöpft sich die Tätigkeit der DSO in der bloßen Organisation. Nach meiner Ansicht ist dies eine Unschärfe im Gesetz, die reformiert werden sollte. Um dann dem Auftrag der Steigerung von Organspenden nachkommen zu können, muss die DSO die Aufgabe übertragen bekommen, in Krankenhäusern deren Verpflichtung zur Meldung von Spendern zu kontrollieren. Nach § 11 Abs. 4 TPG sind die Krankenhäuser dazu verpflichtet, mögliche Organspender zu melden. Aber dieser Verpflichtung kommen die Krankenhäuser nicht nach und es gibt auch keinen Straftatbestand zur Sanktionierung, denn bei Erlass des TPG herrschte die Ansicht vor, dass die Krankenhäuser diese Verpflichtung als selbstverständlich auffassen würden, was aber in der Praxis nicht geschieht. Jetzt gibt es dazu Richtlinien der Bundesärztekammer (BÄK), nach denen die Mitteilung von solchen Fällen z.B. sogar zum Versorgungsauftrag eines solchen Krankenhauses gehört. Das gäbe die Möglichkeit, auf dem Wege der Qualitätssicherung zu überprüfen, ob Krankenhäuser diesen Versorgungsauftrag erfüllen. Aber eine Qualitätssicherung findet nicht statt, weil sich in diesem Gemenge von Strukturen in Deutschland die BÄK und die Krankenhausgesellschaft bei der Qualitätssicherungsstelle verweigert haben, das zu überprüfen. Derzeit gibt es nur 20 % der Krankenhäuser, die überhaupt eine schriftliche Anleitung haben, wie im Fall der Erkennung eines möglichen Organspenders zu verfahren ist. Das Fehlen von Arbeitsanweisungen und Kenntnissen bei den beteiligten Ärzten führt dazu, dass die Meldung unterbleibt.

Die nächste Problematik aus Sicht der potentiellen Spender ist die Hirntoddiagnostik, das Hirntodkriterium als Entnahmevoraussetzung. Es ist richtig, dass der Hirntod ein medizinischer Zustand ist, der nicht ohne weiteres für jeden, der einen solchen hirntoten Patienten auf der Intensivstation sieht, erkennbar ist. Es gibt keine eindeutigen, nach außen sichtbaren Anzeichen, das zu erkennen: Das Herz schlägt, das EKG läuft, der Thorax bewegt sich durch Beatmung – der Patient atmet nicht selber, aber der Thorax bewegt sich mit der Maschine. Diesen Zustand erfasst man nicht ohne weiteres als Tod. Aber die Definitionen des Hirntodes sind in der Medizin uralt bekannt, sie sind klar und eindeutig, auch wenn sie sich dem offen liegenden Verständnis manchmal entziehen. Das ist in der modernen Wissenschaft so. Auch die Relativitätstheorie wird nur von Eingeweihten verstanden. Es gibt genaue Voraussetzungen, die zu erfüllen sind: Die sog. primäre und sekundäre Hirnschädigung. Im Rahmen der Hirntoddiagnostik muss ausgeschlossen werden, dass irgendwelche Intoxikationen vorhanden sind, also Überdosierungen von Medikamenten, die möglicherweise Einfluss auf die Nerven des

Patienten haben. Danach kann mit der Diagnose begonnen werden. Die BÄK sieht dazu in ihren Richtlinien einen sehr langen Beobachtungsspielraum vor, im Gegensatz zu manchen Nachbarländern, wie z.B. Belgien, England oder Holland. In Deutschland ist man extrem vorsichtig mit der Feststellung des Hirntodes.

#### IV. Patientenverfügung und Organspende

Zur Veranschaulichung ein Fallbeispiel: In einem Universitätsklinikum, ein möglicher Organspender, 42 Jahre alt. Die Diagnose ist ein gutartiger Tumor an der Schädelbasis, dieser Tumor wurde entfernt, die Gewebeuntersuchung liegt vor. Dann gab es Komplikationen nach der Operation und letztlich sind die Hirnfunktionen erloschen. Man wird mit der Hirntoddiagnostik beginnen. Es zeigen sich Zeichen des Hirntodes. Um 15 Uhr wird dann noch eine Hirnstromableitung über ein EEG gemacht und man sieht dann doch auf einmal noch Restaktivität. Dann kommt der Befund dieses Tumors und es heißt, dass es sich um einen bösartigen Tumor handelt. Der endgültige Befund sei in den nächsten Tagen zu erwarten. Die Frage ist jetzt, ob Organe von einem solchen Spender verwendet werden oder ob sie möglicherweise nur für hochdringliche Patienten verwendet werden dürfen. Dann findet sich einen Tag später wiederum Restaktivität im EEG, d.h. der Patient ist überhaupt nicht hirntot. Es findet dann ein Gespräch mit den Angehörigen statt, um sie über den ganzen Verlauf zu informieren. Den Angehörigen muss die Frage gestellt werden: Was passiert denn jetzt weiter? Die Angehörigen sind der Organspende gegenüber positiv eingestellt, eine Willenserklärung des Patienten selber gibt es nicht. Aber der Patient hat eine Patientenverfügung. Diese Patientenverfügung sagt aus, dass er eine Lebensverlängerung am Ende nicht will. Das ist die Problemsituation: Die Angehörigen sind der Organspende sehr positiv eingestellt, Hirntod ist noch nicht eingetreten, Patientenverfügung schließt aber die lebensverlängernden Maßnahmen aus. Die Frage ist: Schließt eine Patientenverfügung die Organspende generell aus? Antwort: Nein!

Die zweite Frage, die sich ergibt: Sind denn, wenn sich das etwas anders verhält, intensivtherapeutische Maßnahmen bis zum Abschluss der Hirntoddiagnostik lebensverlängernde Maßnahmen im Sinne einer Patientenverfügung? Ja oder Nein? Dies ist eine sehr schwierige Frage, die auch juristisch nicht eindeutig beantwortet wird. Derzeitig gibt es drei Entwürfe zur Regulierung, die sehr unterschiedlich sind, und es gibt einen davon, der das Thema Organspende ausdrücklich mitdiskutiert und festlegt: Wenn jemand eine Organspende will, dann kann er das aus der sonstigen Patientenverfügung ausklammern. Ich hoffe sehr, dass dieser Vorschlag durchkommt, denn die beiden anderen Entwürfe, die derzeitig diskutiert werden, sind aus meiner Sicht gefährlich, da dem Willen nach Organspende nicht nachgegangen wird.

Man kann gerade jemandem in jüngerem Alter nicht raten, eine solche Patientenverfügung zu unterschreiben oder gar bei sich zu tragen. Denn wenn man z.B.

auf dem Fahrrad nach Hause fährt, auf dem Schnee ausrutscht, sich den Kopf anschlägt und ein Notarzt schaut nach, ob eine Patientenverfügung vorliegt, und in dieser steht: „Lebensverlängernde Maßnahmen ausgeschlossen“, dann kommt der Notarzt in eine ganz schwierige Situation, weil er eigentlich nichts tun dürfte, aber genau weiß: Ich kann etwas tun, ich muss diese verletzte Person nur in die Klinik fahren, eine kleine Operation durchführen und zwei Tage später ist sie wieder zu Hause. Dies ist ein schwieriges Thema. Ich möchte hier nur auf das Problem hinweisen, es jedoch nicht abschließend diskutieren.

## **V. Gespräch mit den Angehörigen zur Klärung der Zustimmungfrage**

Eine weitere Station im Transplantationsprozess ist das Angehörigengespräch zur Vorbereitung einer postmortalen Organspende. Wie oben ausgeführt haben die wenigsten Menschen einen Organspendeausweis, sodass Gespräche mit den Angehörigen geführt werden müssen. Die gesetzliche Reihenfolge der Zustimmung ist folgende: Auf der ersten Stufe steht der eindeutige Wille des Verstorbenen, dann der vermutete Wille, d.h. dass die Angehörigen gefragt werden. Diese Prozedur findet in den meisten Fällen statt. Auf der dritten Stufe werden die Angehörigen nach ihrer eigenen Zustimmung gefragt. Das sind nur die wenigsten Fälle und in dieser Situation fühlen sich die Angehörigen meistens sehr unwohl, was in ca. 30 % der Gespräche zur Ablehnung führt und nur in wenigen Fällen zu einer Zustimmung. Deswegen werden für die Angehörigengespräche die Mitarbeiter in diesem Bereich ganz besonders geschult. Wir bieten den Angehörigen an, sie auch über das Ereignis hinaus zu betreuen, mit den Angehörigen danach zu sprechen. Wir organisieren Treffen mit den Spenderangehörigen untereinander, die sich gegenseitig austauschen, wie sie diese Situation erlebt haben, was sie für Traumatisierungen erlebt haben und wie sie mit diesen Traumata fertig werden. Leider werden in diese Angehörigengespräche die Koordinatoren der DSO, die in diesem Bereich geschult sind, nur ganz selten miteinbezogen. Aus den USA ist bekannt, dass solche Gespräche einen Zeitaufwand von zwei bis drei Stunden bedeuten. In einer deutschen Intensivmedizinstation, wo ein Arzt nachts alleine auf der Station ist und zehn, zwölf Intensivpatienten zu betreuen hat, steht diese Zeit von zwei oder drei Stunden nicht zur Verfügung, um mit den Angehörigen zu sprechen. Die DSO bietet den Krankenhäusern deshalb personelle Unterstützung an, was aber nicht im erhofften Umfang angenommen wird.

## **VI. Gerichtete postmortale Organspende – ein rechtlich nicht geregelter Bereich**

Ich möchte zur Veranschaulichung ein zweites Fallbeispiel anführen: 40-jähriger männlicher Patient mit Selbstmordversuch. Die Hirntoddiagnostik wird eingeleitet, die Organspendemöglichkeit durch die diensthabende Ärztin mit der Lebensgefährtin des Patienten besprochen. Die Lebensgefährtin ist pro Organspende eingestellt. Wichtig ist dabei: Die beiden haben gemeinsame Kinder, leben also tatsächlich zusammen. Die staatsanwaltliche Zustimmung zu einer Organspende liegt vor. Es findet ein zweites Gespräch mit dem Bruder des Patienten statt. Dieser wartet selbst auf eine Herztransplantation und erhebt Anspruch auf das Herz des Bruders. Hat der Bruder einen Anspruch auf die Transplantation des Herzens? Der Fall wird noch schwieriger: Während der transkraniellen Dopplersonographie (TCD), einer Untersuchung, um den Hirntod festzustellen, am Folgetag: Eine telefonische Absage einer möglichen Entnahme von der Lebensgefährtin. Grund hierfür ist die Anspruchshaltung der drei Brüder und der Mutter des Verstorbenen, das Herz zu erhalten. Ein späteres Gespräch erfolgt im Krankenhaus mit der Lebensgefährtin und führt zum gleichen Ergebnis. Der Koordinator ist zu keinem Zeitpunkt in Kontakt zu der Familie getreten. Die Frage, die jetzt kommt: Liegt die alleinige Entscheidungsberechtigung bei den Brüdern und der Mutter? Nein! Sie liegt bei der Lebenspartnerin. Es gibt durchaus die Situation, dass die Lebenspartnerin ein enges Näheverhältnis belegen können; die Lebensgefährten, die Kinder zusammen haben, zusammen leben, sehen sich täglich. Die Brüder, die Mutter, sie haben diese Lebenspartnerin abgelehnt und haben sie nie kontaktiert. Sie haben auch den Kontakt zu dem Bruder verloren. Sie haben sich seit fünf Jahren nicht mehr gesehen. Dann ist nämlich der Vorrang bei dem, der tatsächlich Kontakt mit dem Verstorbenen hatte. In dem Fall wäre dann die Lebenspartnerin die Entscheidende, die die Aussage zu treffen hat.

Man muss von Fall zu Fall sehr genau hinschauen. Ein weiteres Beispiel: Ein Ehepaar, bei dem die Frau an der Dialyse war, der Vater war Ernährer der Familie. Er wollte seiner Frau immer eine Niere spenden. Die Frau sagt Nein, weil sie den Ernährer der Familie nicht gefährden will. Dann bleibe ich lieber an der Dialyse. Als der Vater stirbt, sagen die Kinder: Ja, wir stimmen der Organspende zu und zwar von allen Organen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass unsere Mutter eine der Nieren bekommt. In dieser Entscheidung haben sich damals mehrere Leute, zu denen ich gehört habe, zusammentelefoniert und haben gesagt: Das machen wir. Diese Bedingung akzeptieren wir, weil ein Herz, eine Leber, eine zweite Niere und eine Bauchspeicheldrüse für andere Transplantationen zur Verfügung stehen und wir können außerdem der Mutter helfen, für die der Vater ja ohnehin eine Lebendspende wollte. Dieser Fall wurde dann von der Presse aufgegriffen. Ich bin deshalb heftig angegriffen worden, halte es jedoch für die richtige Entscheidung. Ich weiß, dass rechtlich eine gerichtete Spende nicht zulässig ist. Es ist notwendig, das TPG an diesem Punkt zu ändern. Die Grenzen sind zu definieren,

denn wir wollen natürlich nicht, dass jemand z.B. sagt: „Ich will meine Organe zwar geben, aber ich verbiete, dass sie an einen Katholiken oder einen Juden gehen, einen Schwarzen, einen Türken usw.“ Das heißt, man muss Bedingungen definieren und Grenzen einhalten.

## VII. Die Organvermittlung

Schließlich noch ein weiteres Fallbeispiel wiederum mit der Frage der Patientenverfügung: Der Patient ist 37 Jahre alt, keine Vorerkrankung, Arbeitsunfall, Politrauma, also Mehrfachverletzung, Unfallzeitpunkt liegt 18 Tage vor der Meldung, die Hirntoddiagnostik ist abgeschlossen, generelle Zustimmung zur Organentnahme aufgrund des Ausweises. Die Ehefrau ist mit der Entscheidung einverstanden, der Staatsanwalt sagt aber, dass er eine Beschlagnahmung des Leichnams vornimmt, um weitere Ermittlungen durchführen zu können. Damit ist die Organspende im Prinzip – vorsichtig formuliert – sehr erschwert. Die Frage ist: Soll die Operation mitten in der Nacht unter Notfallindikationen durchgesetzt werden? Soll das Ganze abgebrochen werden? Oder soll man versuchen, bei der Staatsanwaltschaft eine beschleunigte Freigabe zu erreichen? Der Staatsanwalt hat ein Vorgriffsrecht. Wenn der Staatsanwalt sagt: Ich brauche diesen Verstorbenen zur Untersuchung, dann finden zwar Sektionen statt ohne jegliche Möglichkeit, darauf Einfluss zu nehmen, aber keine Organentnahme für eine Transplantation. Die Richtlinien der BÄK sagen dazu wie die Organe verteilt werden sollen. Im TPG heißt es: Erfolgsaussichten und Dringlichkeit. Man kann einen dritten Begriff, die Chancengleichheit, indirekt aus dem Gesetz ablesen. Aber: Erfolgsaussicht und Dringlichkeit sind zwei Begriffe, die sich widersprechen. Stellen Sie sich die Situation eines Patienten vor, der giftige Pilze gegessen hat. Dies führt zu einem akuten Leberversagen. Irgendwann ist er so dringlich zur Transplantation, dass seine Erfolgsaussicht nahezu Null ist. Daher muss eine Balance gefunden werden zwischen diesen beiden Begriffen: Erfolgsaussicht und Dringlichkeit. Dies stellt eine ständige Diskussion unter den Experten in den Kommissionen dar. Denn dazwischen eine Balance zu finden ist sehr schwierig. Derzeitig ist das bei der Niere so geregelt: Die Gewebeübereinstimmung, die sog. HLA-Identität gilt als Kriterium für die Erfolgsaussicht. Sie geht etwa mit 40 % in die Entscheidung ein. Die Wartezeit wird subsumiert als ein Begriff der Dringlichkeit – je länger jemand wartet, desto dringlicher wird er (40 %) – und schließlich gibt es die Konservierungszeit, d.h. wenn z.B. alle anderen Kriterien zwischen einem Organempfänger in Göttingen und einem in Rotterdam gleich sind, würde das in Göttingen entnommene Organ auch in Göttingen belassen werden, um die Konservierungszeit kurz zu halten (20 %). Das ist auch ein Zeichen der Erfolgsaussicht: Je kürzer ein Organ konserviert ist, desto besser ist die Erfolgsaussicht. Also wir haben – so gewertet – eine 60 %ige Gewichtung der Erfolgsaussicht, wenn man das zusammenzählt (40 % und 20 %), und wir haben

ungefähr 40 %ige Gewichtung der Dringlichkeit. Ob durch diese Regelung die Anforderungen des TPG erfüllt sind, ist eine auch juristische Fragestellung.

### **VIII. Transplantation bei „non-residents“**

Einen weiteren Gegenstand juristischer Fragestellungen im Zusammenhang mit den Transplantationsprozessen stellen die sog. „non-residents“, also Organempfänger aus Nicht-Eurotransplant-Ländern und ihr Zugang zu einer Warteliste, dar. In der Presse erscheint dies oft als „Transplantation beim reichen Araber“. Folge ist eine breite Entrüstung über diese Organzuteilung, während insgesamt bekanntlich ein Mangel besteht.

Auch durch emotional ganz anders gesteuerte Berichte und Anzeigen wie „Ein Herz für Shuri“ über ein kleines japanisches Mädchen, das in Deutschland eine Organspende bekommt, wird eine internationale Problematik deutlich. In Japan gibt es vor allem aus religiösen Gründen keine postmortale Organspende. Es gibt nur die Lebendspende, aber die ist bei Herzen nicht möglich. Solche Kinder sterben in Japan, wenn sie nicht irgendwo im Ausland transplantiert werden, weshalb die Japaner zum Teil versuchen, in das Ausland zu gehen. In diesem Fall ist das erfolgreich gelungen. Aber überspitzt formuliert gilt, dass für die Transplantation eines japanischen Kindes ein deutsches Kind gestorben ist. Es gibt innerhalb der EU die Regelungen, dass jeder Bürger der EU die Möglichkeit hat, in einem anderen Land eine medizinische Versorgung zu erhalten. Die Folge ist, dass z.B. in Bulgarien, einem Land mit einer Organspendequote von 1,5 Spendern pro Mio. Einwohner, viele Bulgaren nach Spanien fahren und sich dort transplantieren lassen. Nach den rechtlichen Bestimmungen ist das zulässig, aber es führt zu einer Verzerrung des ganzen Transplantationsverfahrens in der Praxis. Das Thema der sog. „non-residents“ ist bis heute nicht gelöst. Die EU-Kommission diskutiert derzeit sehr heftig über eine Direktive zur Organspende.

### **IX. Zahlen zum Potential der Organspende**

Die Transplantationsmedizin ist eine Erfolgsstory der besonderen Art. Anhand der zehn Jahresergebnisse sieht man, dass bei unterschiedlichen Transplantationsverfahren, wie Niere, Herz, Leber ungefähr gleich gute Erfolgsaussichten bestehen. Die Kombinationsverfahren Herz-Lunge sind noch nicht ganz so gut, aber die Erfolgsaussichten deutlich besser im Vergleich zu jeder anderen Therapie. Ein Blick auf die Zahlen in der Transplantation weltweit zeigt, dass bis zum Jahre 2004 ca. zwei Mio. Nieren weltweit transplantiert worden sind. Zugleich sind die Überlebenszeiten nach einer Transplantation mit einer Leber, einem Herz oder im Kombinationsverfahren heute erheblich länger geworden. In Freiburg, meiner Heimatuniversität, kenne ich einen Mann, der im Jahre 1969 transplantiert wurde und bis heute gut mit seinem Transplantat zurechtkommt.

Ich komme wieder auf die Frage zurück, wie man die Spenderquote erhöhen kann. Wie sieht es mit dem Potenzial von Organspendern aus? Dazu gibt es in der Literatur gute Angaben. Nach Berechnungen liegt das Potenzial einer Organspende ungefähr bei 40 pro Mio. Einwohner pro Jahr. Das ist in Spanien, der USA, in Holland so und auch in Deutschland. Für Deutschland ergibt sich das aus einer Studie der DSO-Region Nord-Ost, in der alle Todesfälle der Krankenhäuser mit der Frage nach potentiellen Organspendern untersucht wurden. Tatsächlich liegt die Quote aber nur bei 16 pro Mio. Einwohner. Da liegt das Problem. Zur Lösung können zwei Dinge beitragen: Das eine ist die Zustimmung in der Bevölkerung, die Intensivierung der Öffentlichkeitsarbeit, das zweite ist die Strukturverbesserung in den Krankenhäusern. An der Intensivierung der Öffentlichkeitsarbeit ist die DSO fortwährend beteiligt, z.B. durch die neue Initiative „Fürs Leben“. Das ist eine Initiative, die sich darum bemüht, den Menschen klar zu machen, dass Transplantation etwas fürs Leben ist, fürs Leben der anderen. Die Hoffnung ist, dass mit solchen Aktivitäten erreicht werden kann, dass das Thema in der Öffentlichkeit besser bekannt wird.

Aber die Strukturverbesserungen sind das Entscheidende. Das Gesetz spricht nur von einer Gemeinschaftsaufgabe und regelt die Organisation des Transplantationswesens nicht genau. Viele verschiedene Institutionen sind hieran beteiligt, was die Aufgabenbewältigung erschwert. Die Interessenlagen der daran Beteiligten sind konträr. Genannt seien die Krankenkassen, die dem Thema Organspende sehr positiv gegenüberstehen, und die Krankenhausgesellschaft, die die Organspende im Großen und Ganzen als zusätzliche Belastung ansieht. Zusätzlich führt die föderale Struktur in Deutschland aufgrund der Landeskompetenz im Gesundheitswesen zu weiteren regionalen Unterschieden. Es sei nur daran erinnert, dass für den Erlass des TPG eine Grundgesetzänderung durchgeführt werden musste.

Daher sind zur Erhöhung der Spenderquoten eine intensive Öffentlichkeitsarbeit und eine konstruktive Zusammenarbeit der Beteiligten von Nöten. Wenn man die guten Spenderzahlen von Spanien addiert mit den guten Lebendspendezahlen aus Norwegen, dann haben wir mehr Organe, als wir brauchen. Im Jahre 1954 wurde die erste Nierentransplantation durchgeführt. Heute ist dies ein Verfahren, das – egal in welcher Altersstufe – einen deutlichen Überlebensgewinn bringt.

Was ist neu in der Diskussion? Wir diskutieren im Moment, z.B. Herzen besser aufzubewahren. Herzen können heute an ein Pumpsystem angeschlossen, mit warmem Blut durchspült und mit Sauerstoff versorgt werden und man kann sie damit über längere Distanzen hin transportieren. Das sind neue Entwicklungen in der Transplantationsmedizin, genauso wie das Verfahren der sog. Split-Leber-Transplantation. Ein Verfahren, bei dem man versucht, eine gute Leber zu teilen und sie auf zwei Empfänger zu transplantieren. Das funktioniert relativ gut, gerade wenn ein kleinerer Teil der Leber einem Kind gegeben wird.

Eine weitere Entwicklung, die aber auch eine Reihe von ethischen und rechtlichen Fragen mit sich bringt, ist das neue Verfahren der Hand-Transplantation. Niemand weiß sie im Moment richtig zu definieren. Ist das nun eine Organtrans-



plantation oder ist das eine Gewebetransplantation? Wie soll man eine Hand bezeichnen? Als Beispiel sei ein österreichischer Postbeamter genannt, der durch eine Explosion seine Hände verloren hatte. Dieser Mann hat eine Transplantation von beiden Händen bekommen – mit großem Erfolg. Er fährt mit seinem Motorrad wieder durch die Alpen.

## X. Neue Transplantationsverfahren

Im Juli 2008 wurde eine Arm-Transplantation in München durchgeführt, nachdem einem Mann bei einem schweren landwirtschaftlichen Unfall beide Arme komplett abgerissen wurden. Es wird Monate, wenn nicht Jahre dauern, bis die Nerven von zentral wieder nach außen ausgewachsen sind und er die Funktion der Hände wirklich wieder aufnehmen kann. Im Moment sieht der Verlauf sehr gut aus. Aber die Hand ist sehr viel mehr Teil eines Ichs als ein Organ wie eine Niere. Die Frage der Akzeptanz dieser Hand als Teil des Selbst – man schaut das erste Mal darauf: „Ist das jetzt meine Hand oder ist sie das nicht?“ – ist nicht gelöst. Daran muss gearbeitet werden. Das sind nicht einfache zu lösende Fragen und viel schwieriger wird es noch bei Gesichtstransplantationen. Es gibt den Fall einer Frau, die in Frankreich nach einer schweren Hundebiss-Verletzung transplantiert wurde. Sie hat ein komplettes Gesicht bekommen. Wenn man das Bild von ihr heute sieht, muss man sagen, dass es erstaunlich gut geworden ist. Sie hat auch Sensibilität in Ihren Lippen spitzen, sie kann sogar lachen, sie kann wieder essen und das ist ein gewaltiger Erfolg. Aber auch da sind Probleme: Die rechtliche Frage: Ist es ein Organ oder ein Gewebe? Dann natürlich die psychologischen Fragen wie der Akzeptanz des Gesichts als Teil des Selbst.

Am 12. November 2008 ist erstmalig ein Kind geboren worden nach einer Uterus-Transplantation zwischen zwei eineiigen Zwillingsschwestern. Eine der Frauen konnte keine Kinder bekommen und deren Schwester stimmte einer Uterus-Transplantation zu. Dann ist der Uterus transplantiert worden und jetzt ist ein Kind geboren. Auch da sind eine Fülle von rechtlichen und ethischen Fragen zu klären.

Ich denke, wir sollten solche Fragen stellen und versuchen zu klären, bevor sie durch die „Machbarkeit“ überholt werden. Wir brauchen keine weitere Diskussion über solche – wie ich meine – unwichtigen Fragen wie die Widerspruchslösung, Zustimmungslösung oder ähnliches in Deutschland zu führen. Das ist nicht unser Problem. Wir haben es in unserer Macht, den Organmangel zu beseitigen. Wir müssen die strukturellen Voraussetzungen klären und uns den neuen Möglichkeiten zuwenden. Vorab müssen wir jedoch diskutieren: Wie gehen wir mit den neuartigen Entwicklungen wie Hand- und Gesichtshauttransplantationen um?

**Literatur:**

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz, TPG); BGBl. I S. 2206.

*Bundesärztekammer*, Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes. Deutsches Ärzteblatt 1998, A- 1861 ff.

*Bundesärztekammer*, Erklärung zum Hirntod. Deutsches Ärzteblatt 2001, A- 1417 ff.

*Deutsche Stiftung Organtransplantation* (Hrsg.), Organspende und Transplantation in Deutschland 2008, Frankfurt aM, 2009.

Verträge nach §§ 11 und 12 Transplantationsgesetz, BT-Drs. 312-4090/10, Bonn 2000.

# Materielle und immaterielle Anreize für Organspender

*Prof. Dr. rer. pol. Friedrich Breyer*

## I. Prolog

Ökonomen gelten als Experten für die Überwindung von Knappheit und deswegen möchte ich zwei Thesen vorlegen, von denen ich meine, dass sie bei vielen Menschen Zustimmung finden werden.

Die erste These lautet „Märkte sind im Allgemeinen geeignet, die Versorgung der Bürger zu sichern, aber sie versagen bei sensiblen Gütern, zum Beispiel wenn es um Leben und Tod geht.“ Ich möchte den ersten Teil jetzt nicht noch weiter hinterfragen, denn wie gut Märkte sind, das wird gerade in jüngster Zeit infolge der Krise der Finanzmärkte noch stärker in Frage gestellt als je zuvor. Aber ich denke, viele Menschen sind der Meinung, dass Märkte für die Versorgung der Bürger mit dem täglichen Bedarf geeignet sind, aber eben nicht bei sensiblen Gütern, bei denen es um Leben und Tod geht. Die andere These, der auch viele Leute zustimmen, heißt „Ökonomen sind keine guten Berater in ethischen Fragen, da sie den Preis von allem kennen, aber den Wert von nichts.“ Es wird sehr oft zwischen einer ökonomischen und ethischen Betrachtungsweise unterschieden. Häufig hört man in Diskussionen: „Ökonomisch mag das stimmen, aber ethisch kann man das nicht vertreten.“ Ich möchte versuchen zu zeigen, dass es gar keinen Widerspruch zwischen der ökonomischen und der ethischen Sichtweise gibt. Immerhin ist die Ökonomie als Wissenschaft von einem Ethiker, dem schottischen Moraltheologen Adam Smith, gegründet worden. Die Ziele, die wir verfolgen und denen ein Wirt-

schaftssystem mit seinen Regeln dienen soll, sind durchweg humane Ziele, denn sie betreffen das Überleben und den Wohlstand von Menschen.

Bei der hier diskutierten Thematik geht es um das reine Überleben von Menschen. Deswegen will ich in aller Kürze einige Zahlen über Transplantationen in Deutschland zeigen, um auf diese Weise den Mangel klar zu machen, und dann fragen, welche Maßnahmen es zur Steigerung der Organspende gibt. Es sind insbesondere drei Typen von Maßnahmen: Zum Einen moralische Appelle, die mittels Werbemaßnahmen noch weiter intensiviert werden könnten, zum Zweiten nicht-finanzielle Anreize und zum Dritten finanzielle Anreize.

## II. Zahlen zur Transplantationsmedizin in Deutschland

Zu Beginn verschiedene Zahlen zu postmortal entnommenen, transplantierten Organen: Seit Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes im Jahre 1997 lassen sich ganz oberflächlich zwei Zeiträume unterscheiden: Etwa bis 2002 hat nach diesen Zahlen überhaupt keine Steigerung stattgefunden, während von diesem Zeitpunkt an die Werte steigen. Vergleicht man 2006 mit 1997, so kann man eine Steigerung um etwa 20 % konstatieren (vgl. Tabelle 1).

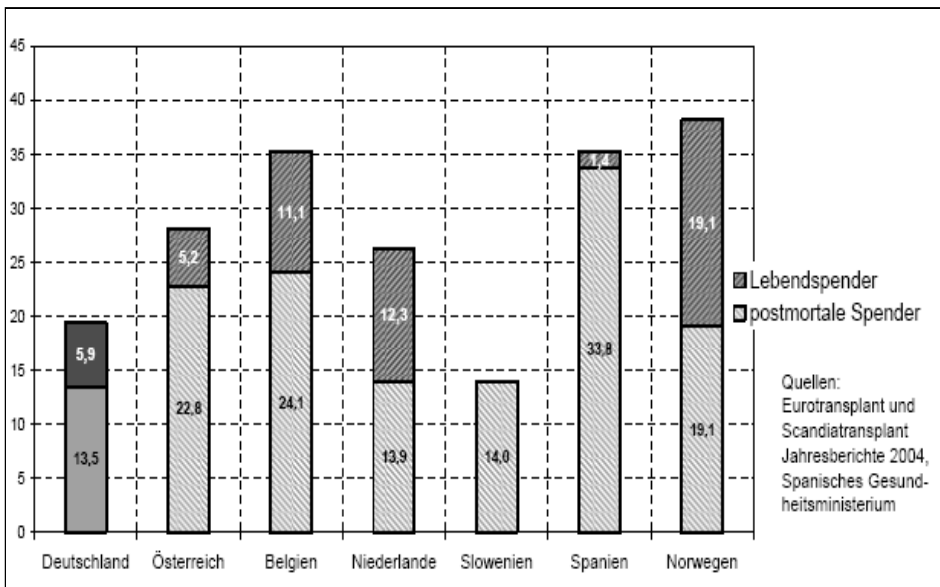
**Tabelle 1: Postmortal entnommene transplantierte Organe, 1997 – 2006**

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
<b>Niere</b>	1961	1992	1865	1851	1940	1865	2081	1974	2174	2246
<b>Herz</b>	507	482	441	370	374	348	339	355	366	385
<b>Leber</b>	549	581	590	589	608	610	700	779	844	917
<b>Lunge</b>	94	129	123	123	135	186	194	221	238	236
<b>Pankreas</b>	112	147	189	202	176	154	176	174	152	140
<b>Dünndarm</b>						6	6	5	3	1
<b>Summe</b>	3223	3331	3208	3135	3233	3169	3496	3508	3777	3925

Quelle: Deutsche Stiftung Organtransplantation

Das sieht wie eine Erfolgsgeschichte aus, aber im internationalen Vergleich steht Deutschland nicht so gut da (vgl. Abbildung 1). Dazu muss man zwei Gruppen von Ländern unterscheiden, mit denen wir uns vergleichen könnten. Das sind zum einen Österreich, Spanien und Belgien, die die Widerspruchslösung haben, und zum anderen Norwegen. Norwegen ist deswegen interessant, weil es die Priorität (oder auch das Subsidiaritätsverhältnis) zwischen postmortaler und Lebendspende umgekehrt hat. In Deutschland ist eine Lebendspende nur zulässig, wenn für den

Empfänger kein postmortal entnommenes Organ verfügbar ist. In Norwegen dagegen kann man nur dann auf eine Warteliste für postmortal entnommene Nieren kommen, wenn man in seiner Umgebung bzw. seiner Verwandtschaft keinen geeigneten Lebendspender finden kann. Deswegen ist es kein Wunder, dass Norwegen eine sehr viel größere Quote von Lebendspendern hat, die genauso groß ist wie die der postmortalen Spender, und das, obwohl Lebendspender nur Nieren spenden können.



**Abbildung 1: Organspenden im internationalen Vergleich**

Noch eine Bemerkung zum Bedarf an Nieren: Die Warteliste für Nieren ist in den letzten Jahren in Deutschland etwas zurückgegangen, von über 10.000 Patienten auf ca. 9.000. Wie ist es zu erklären, dass die Warteliste für Nieren kürzer geworden ist, obwohl z.B. die Prävalenz von Diabetes (einer Vorerkrankung für Nierenversagen) eher zunimmt? Dafür gibt es eine ganz einfache Erklärung: Vor ca. vier Jahren wurde der Algorithmus zur Vergabe von Nieren geändert. Die Wartezeit, die ein wichtiges Vergabekriterium ist, wurde früher von der Anmeldung zur Warteliste an berechnet. Heute dagegen läuft sie bereits mit Beginn der Dialysepflichtigkeit. Das heißt, der Anreiz sich frühzeitig auf die Warteliste setzen zu lassen ist gleich Null. Man kann noch dann auf die Warteliste gesetzt werden, wenn der behandelnde Arzt eine gute Chance sieht, aufgrund der Zeitdauer seit Beginn der Dialyse ein Organ zu erhalten. Daraus folgt, dass die Warteliste heute nicht mehr die Zahl derer widerspiegelt, die tatsächlich auf ein Organ warten, sondern ihre

diesbezügliche Aussagekraft verloren hat. Deswegen kann man auch aus dem Rückgang der Personen auf der Warteliste nichts ablesen.

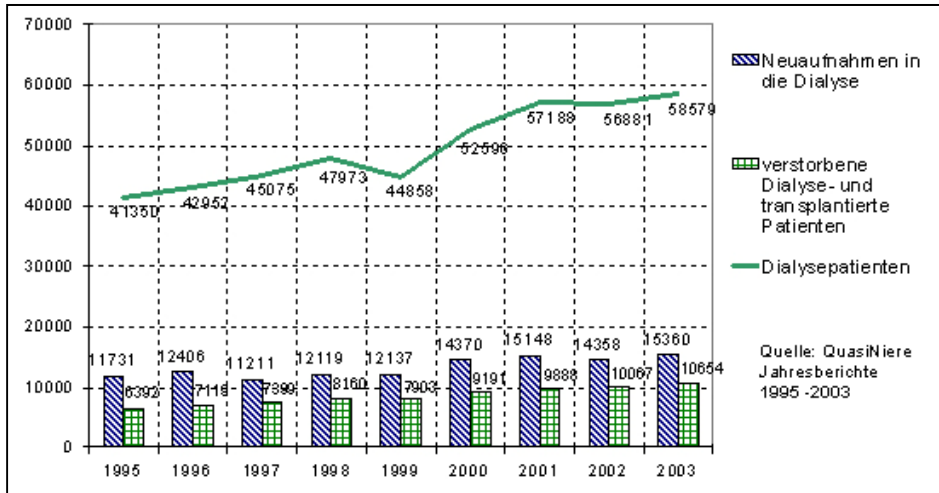


Abbildung 2: Niereninsuffizienz in Deutschland

Man weiß aus anderen Quellen, dass ungefähr 50 % aller Menschen mit terminaler Niereninsuffizienz von einer Nierentransplantation profitieren könnten. Die betreffenden Zahlen sind ziemlich stabil und liegen jedes Jahr bei ca. 15.000 Neuaufnahmen in die Dialyse. Wenn man davon ausgeht, dass 50 % davon, also 7.500 im Jahr, von einer Transplantation profitieren könnten, muss man diesem Bedarf die etwa 2.000 postmortalen- und 400 Lebendtransplantationen gegenüberstellen, um zu wissen, wie groß die Schere zwischen dem Bedarf und dem Angebot an transplantierbaren Organen ist. Das ist allein schon eine riesige Lücke von 5.000 Organen pro Jahr. Will man zusätzlich die bestehende Warteliste in absehbarer Zeit von z.B. 5 Jahren abbauen, so bräuchte man 5 Jahre lang jedes Jahr 9.500 und danach jedes Jahr 7.500 Nieren. Wenn sich die Trends in den Risikofaktoren Übergewichtigkeit und Diabetes fortsetzen, brauchen wir auch in der Zukunft mehr als diese 7.500 Spenderorgane pro Jahr. Bei Nieren besteht also ein riesiger ungedeckter Bedarf.

Tabelle 2: Todesfälle auf der Warteliste

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
<b>Niere</b>	363	374	397	419	421	418	437	483	394	332
<b>Herz</b>	243	238	212	145	151	131	149	171	169	194
<b>Leber</b>	151	142	151	197	214	277	307	288	366	367
<b>Lunge</b>	81	68	81	84	99	86	85	108	109	92
<b>Pankreas</b>	4	15	21	25	23	22	14	14	13	17
<b>Summe</b>	742	837	862	870	908	934	992	1064	1051	1002

Quelle: Deutsche Stiftung Organtransplantation

Ich komme jetzt zum unangenehmsten Kapitel, den Todesfällen auf der Warteliste. Seit 1997 sind auch diese Zahlen gestiegen. Gegenwärtig verlieren Jahr um Jahr ca. tausend Menschen ihr Leben, weil nicht genug Spenderorgane verfügbar sind, und davon bis zu 400 im Jahr, weil sie vergeblich auf eine Niere gewartet haben. Die Folgen des Organmangels sind daher:

1. Patienten müssen früher sterben.
2. Ärzte müssen entscheiden, wer leben darf. Das ist eigentlich nicht Aufgabe der Ärzte, denn sie haben keine moralische Wertungskompetenz, sondern lediglich eine technische Kompetenz zu helfen.
3. Die Dialyse als Alternative zur Transplantation mindert die Lebensqualität und ist zudem noch teurer.

Der letzte Punkt ist besonders bemerkenswert. Wenn man ansonsten von modernen medizinischen Maßnahmen spricht, dann hat man in der Regel abzuwägen zwischen größeren Heilungschancen und höheren Kosten. Bei der Nierentransplantation ist das Umgekehrte der Fall. Man kann Menschen helfen und dadurch zugleich Geld sparen. Eine Dialyse kostet pro Jahr 40.000 Euro. Eine Nierentransplantation kostet 45.000 Euro, die Nachbehandlung kostet pro Jahr 10.000 Euro. Nach 10 Jahren hat man also bei einer transplantierten Niere 145.000 Euro ausgegeben und es sind noch mehr als 50 % der Transplantate funktionsfähig, d.h. es handelt sich um eine konservative Schätzung, mit 10 Jahren Organfunktion ist zu rechnen. Die Dialyse kostet aber in 10 Jahren 400.000 Euro. Somit sparen die Krankenkassen mit jeder durchgeführten Nierentransplantation eine viertel Mio. Euro. Ich werde später noch auf diese Zahlen zurückkommen.

### III. Maßnahmen zur Steigerung der Organspende

Angesichts dieser Zahlen herrscht Einigkeit über das Ziel, die Organspendebereitschaft zu steigern. Kontrovers ist lediglich die Frage, welcher Weg dazu beschritten werden soll. Dazu wird zunächst einmal versucht, den Gründen für die geringe Spendebereitschaft nachzugehen.

#### 1. Die Ausgangslage

In Deutschland besaßen in den vergangenen Jahren nach Angaben der „Deutschen Stiftung Organtransplantation“ (DSO) nur ca. 5 % der postmortalen Organspender einen Spenderausweis. Weitere 15 % hatten laut Aussage der Angehörigen einer Organentnahme mündlich zugestimmt. In dieser Zahl wird noch ein gewisser Anteil an Wunschdenken enthalten sein, weil die Angehörigen versuchen, ihren Verstorbenen in ein gutes Licht zu rücken. Nach einer neueren Forsa-Umfrage sind dagegen 78 % aller Befragten nach eigenen Angaben bereit, ihre Organe nach dem Tod zu spenden, 12 % gaben an, einen Spenderausweis zu haben.

Diese Zahl ist sehr aufschlussreich, wenn man sie mit den 5 % der tatsächlichen Organspender vergleicht, die einen Ausweis hatten. Diese Diskrepanz hat zwei mögliche Erklärungen: Zum Einen könnte es sein, dass tatsächliche Organspender für die Gesamtbevölkerung nicht repräsentativ sind, z.B. weil Gruppen überrepräsentiert sind, die vielleicht zu jung sind, um schon einen Organspendeausweis zu haben, da sich viele Menschen erst im Laufe ihres Lebens einen Ausweis zulegen und nicht gleich mit 18 Jahren. Dieser Erklärung läuft aber die Tatsache zuwider, dass nur 20 % der Organspender Unfallopfer sind. Dass der typische Organspender ein 20jähriger Motorradfahrer ist, der gegen einen Baum gefahren ist, gilt nämlich heute nicht mehr. Ich persönlich halte eine zweite Erklärung für plausibler: Wenn Menschen heute gefragt werden, ob sie die Organspende befürworten, bejahen sie dies häufig. Wenn sich daran die Frage anschließt, ob die gefragten Personen auch einen Organspendeausweis besitzen, und sie aber ganz genau wissen, dass sie keinen haben, aber sie haben vielleicht schon einmal darüber nachgedacht und finden es eine gute Idee, dann ist die Versuchung groß, mit „Ja“ zu antworten und dies vor sich selbst mit der Absicht zu rechtfertigen, sich bei nächster Gelegenheit einen Ausweis zuzulegen. Nur, dass diese Absicht dann nicht umgesetzt wird. M.a.W., ich halte auch diese „12 % mit Spenderausweis“ für übertrieben, denn die Zahl beruht auf den Behauptungen der Befragten und diese stellen sich dadurch beim Interviewer in ein besseres Licht.

Die entscheidende Frage lautet demnach, wie es kommt, dass ein Großteil der Bevölkerung im Prinzip, zumindest nach eigenen Aussagen, einer Organentnahme bei sich selber positiv gegenüber steht und trotzdem nur eine verschwindende Minderheit sich einen Organspendeausweis zulegt.



Dies liegt m.E. im Wesentlichen an drei Hinderungsgründen:

1. Der eine ist die Angst vor einer vorzeitigen Hirntod-Diagnose. Man befürchtet, es könnte passieren, dass man in einem lebensgefährlichen Zustand ins Krankenhaus eingeliefert wird, wo einen die Ärzte bereits als potentiellen Organspender ansehen und anstatt alles zu tun, um den Tod zu verhindern, vorschnell bereit sind, den Hirntod zu diagnostizieren, vielleicht sogar bevor er wirklich eingetreten ist. Nach meiner persönlichen Überzeugung kann das in der Wirklichkeit nicht passieren, weil es in der gesetzlichen Regelung der Organentnahme ausreichende Sicherungen davor gibt. Aber das ist nicht entscheidend: Man kann die Bürger noch so oft aufklären und informieren, solche Ängste werden immer bestehen und sind nicht einfach wegzudiskutieren.
2. Aber es gibt auch die umgekehrte Angst und die ist ebenso verständlich, nämlich die Angst vor einem unwürdigen Tod am Beatmungsgerät. Es kann bis zu 24 Stunden dauern, bis die Hirntoddiagnostik abgeschlossen, geeignete Empfänger für die Organe gefunden und die Operationsteams angereist sind, um die Organe tatsächlich zu entnehmen. Manche Menschen stellen sich ein würdiges Sterben eben anders vor und für die ist das ein Hinderungsgrund.
3. Schließlich besteht bei vielen die Hemmung für den eigenen Tod zu planen. Das ist eine ganz natürliche Hemmung und ist mit dem Aufsetzen eines Testaments, das sehr viele Menschen besitzen, nicht vergleichbar. Beim Testament hat man einen ganz konkreten Anreiz. Man will, dass das eigene Erbe so aufgeteilt wird, wie man es selbst für richtig hält, und nicht wie es die gesetzliche Erbfolge vorsieht. Dieser letzte Grund deutet bereits auf einen wichtigen Punkt hin, nämlich den, dass man als Organspender keinerlei Vorteile hat und deshalb keine Veranlassung sieht, sich einen Spenderausweis zuzulegen.

## 2. Moralische Appelle

Die Strategie der Bundesregierung und der von ihr beauftragten DSO setzt vor allem auf regelmäßige moralische Appelle und Werbekampagnen wie den jährlichen „Tag der Organspende“. Dazu gehört auch die ständige Betonung, dass der Organspender keine finanzielle Kompensation erhält und daher die Spende ein Akt der Nächstenliebe ist. Aber obwohl dies so oft betont wird, hat es noch keinen Fortschritt in den Spenderzahlen bewirkt, so dass man kritisch hinterfragen sollte, ob die gewählte Strategie die richtige ist.

Tabelle 3: Organspender nach Alter, 1997 – 2006

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
< 16	64	57	57	52	54	34	56	30	41	38
16-54	699	676	610	613	633	594	664	606	646	644
55-64	226	243	207	213	207	199	192	209	231	244
$\Sigma$ -64	989	976	874	878	894	827	912	845	918	926
$\geq$ 65	90	135	165	148	179	202	228	236	302	333
<b>Summe</b>	1079	1111	1039	1026	1073	1029	1140	1081	1220	1259
<b>Organe je Spender</b>	2,99	3,00	3,09	3,06	3,01	3,08	3,07	3,25	3,10	3,12

Quelle: Deutsche Stiftung Organtransplantation

Allerdings wird von der DSO in letzter Zeit behauptet, seit Verabschiedung des Transplantationsgesetzes im Jahre 1997 sei die Spendebereitschaft in der Bevölkerung gestiegen. In der Tat hat sich die Gesamtzahl der Organspender von 1.100 im Jahre 1997 auf 1.313 im Jahre 2007, also um immerhin fast 20 % in 10 Jahren erhöht, was man als einen bescheidenen Erfolg werten könnte. Wenn man aber die Zahlen genauer betrachtet, stellt man fest, dass die Steigerung ausschließlich in der Gruppe „Organspender über 65 Jahre“ zu verzeichnen ist. Diese Zahl ist im selben Zeitraum von 90 auf 352 gestiegen, während die Spenderzahlen in allen anderen Gruppen, also die „Spender bis 64 Jahre“ gleichzeitig gesunken sind. Dies bedeutet, dass nicht die Spendebereitschaft gestiegen ist, sondern die Fähigkeit von Ärzten, Organe von älteren Organspendern zu verwenden. Daneben sind auch die transplantierten Organe je Spender von 2,99 auf 3,12, also um 4 % gestiegen. Diese 4 % zusätzlichen Organe gewinnt man ebenfalls durch Fortschritte in der Medizin, die es heute ermöglichen, sog. „marginale Organe“ zu verpflanzen, die man vor 10 Jahren noch nicht verwenden konnte.

Es muss aber auch noch ein weiterer Faktor beachtet werden. Die Unfallrate ist deutlich gesunken, vor allem im Straßenverkehr. Daher spiegelt sich in den genannten Zahlen der bis 64jährigen Organspender nicht nur eine stagnierende oder sogar gesunkene Spendebereitschaft wider, sondern auch ein weniger gefährliches Leben und damit weniger Unfallopfer. Dagegen sind andere Ursachen für den Hirntod, wie etwa Schlaganfälle, nicht zurückgegangen. Somit gibt es heute in Deutschland ca. 40 potentielle Spender pro Mio. Einwohner pro Jahr und das ist

eine Zahl, die international durchaus vergleichbar ist. In einer internationalen Studie wurde eine mittlere Zahl von 45 potentiellen Spendern pro Mio. Einwohner pro Jahr ermittelt. Multipliziert mit 80 Mio. Einwohnern ergibt dies 3.600 potentielle Organspender, während die tatsächliche Spenderzahl nur bei 1.200 liegt.

### 3. Nicht-finanzielle Anreize: Reziprozität

Ich komme nun zu einer zweiten Strategie, die von vielen Ökonomen, aber auch Ethikern propagiert wird, nämlich der Setzung immaterieller Anreize zur Organspende. Konkret besteht der Anreiz in der sog. Reziprozität in der Spende, der folgende Idee zu Grunde liegt: Der Vorteil, im Bedarfsfall ein Spenderorgan zu erhalten, ist ohne Spendebereitschaft nicht zu haben. Das wird von allen anerkannt. Diese Überlegung kann man nun von der kollektiven Ebene, auf der sie von allen als richtig anerkannt wird, auf die individuelle Ebene übertragen und verlangen, dass es bei der Organallokation, also der Zuteilung, für die eigene Spendebereitschaft einen Bonus gibt. Das heißt, dass derjenige, der zu einem Zeitpunkt, in dem er noch nicht weiß, dass seine eigenen Organe schadhaft sind, einen Organspendeausweis hatte, der in einem zentralen Register gespeichert sein muss, zusätzliche Punkte in dem Allokationsmechanismus erhält, mit dem die Stiftung Eurotransplant International Foundation (ET) einen geeigneten Empfänger aussucht.

Das Reziprozitätsmodell kann man in schärferer oder weniger scharfer Form fassen. Bei der schärfsten Fassung, dem sog. „Club-Modell“, werden zunächst nur die Organspender bei der Organallokation bedacht und erst, wenn aus der Gruppe derer, die selber spendebereit sind oder waren, kein geeigneter Empfänger vorhanden ist, wird dann die andere Gruppe berücksichtigt. Aber man kann auch im Algorithmus nur Bonuspunkte vergeben.

Des Weiteren gibt es einen zweiten Mechanismus. Oben wurde bereits ausgeführt, dass viele Menschen Hemmungen haben sich mit ihrem Tod zu beschäftigen. Daher spricht einiges dafür, sie auch nicht dazu zu zwingen. In diesem Sinne kehrt die Widerspruchslösung die Erklärungslast um. Denjenigen, die Hemmungen haben, einen Organspendeausweis auszufüllen, wird dieser Schritt abgenommen, indem alle Menschen durch das Gesetz zu Organspendern erklärt werden, es sei denn sie widersprechen aktiv.

In einem solchen System sollte man aber eine Hürde aufbauen, die es verhindert, dass Menschen zu leichtfertig ihren Widerspruch erklären. Denn immerhin verringert sich mit jedem Widerspruch das Angebot an Organen. Diese Hürde könnte darin liegen, dass derjenige einen Malus bei der Organallokation hinnehmen muss, der für sich selbst den Widerspruch erklärt hat.

Im April des Jahres 2007 hat der Nationale Ethikrat eine Stellungnahme zur Organtransplantation abgegeben und sich für ein Stufenmodell ausgesprochen, an dessen Anfang eine breit angelegte Aufklärungskampagne und an dessen Ende die Widerspruchslösung steht. Aber zugleich hat er sich explizit gegen die Reziprozität ausgesprochen, also dagegen, die Widerspruchslösung mit einem Malus bei der

Organallokation zu verknüpfen. Das Argument des Ethikrats lautete: Reziprozität bricht mit der Tradition des gleichen Zugangs zu Gesundheitsressourcen, unabhängig vom eigenen Vorverhalten. Als Beispiel wurde angeführt, dass jemand, der seine eigene Leber durch Alkoholismus verloren hat, den gleichen Anspruch auf eine Behandlung, auch auf eine Lebertransplantation, hat wie jemand, der seine Leber durch eine Infektion oder einen Unfall verloren hat.

Das Argument mag richtig sein, aber es übersieht doch, dass es nicht auf den Fall übertragbar ist, in dem das eigene Vorverhalten darin besteht, die konkrete Gesundheitsressource nicht zur Verfügung zu stellen. Denn jeder Leistungsanspruch der Sozialversicherungen setzt Beitragszahlungen voraus. Es ist richtig, dass in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht danach gefragt wird, ob jemand seine Gesundheit durch eigenes Verhalten eingebüßt hat oder durch einen Umwelteinfluss oder irgendeinen anderen Zufall. Aber warum wird danach nicht gefragt? Nicht, weil wir das Prinzip ablehnen, dass Menschen, die sich selber geschädigt haben, eine Versicherungsleistung nicht erhalten sollten. Auch bei einer privat abgeschlossenen Lebensversicherung bekommt die Familie keine Leistung, wenn der Versicherte Selbstmord begangen hat. Das Prinzip, dass man dann nicht versichert ist, wenn man einen Schadensfall selber herbeigeführt hat, ist allgemein anerkannt, nur ist dies bei Krankheitsfällen im Einzelfall selten nachzuweisen. Es ist im Regelfall nicht genau geklärt, ob die Leber wirklich in Folge Alkoholkonsums versagt oder durch andere Gründe. Wir wissen nicht, ob der einzelne Lungenkrebs durch Rauchen entstanden ist, denn viele Menschen sterben an Lungenkrebs, obwohl sie nie in ihrem Leben geraucht haben. Deswegen kann man es im Einzelfall nicht nachweisen und deswegen haben wir das Prinzip des Verlustes des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht installiert.

Davon ist es aber zu trennen, dass derjenige, der seinen Kassenbeitrag nicht pünktlich zahlt, auch keinen Leistungsanspruch behält. Auf diese Ebene gehört aber auch die (bewusste) Entscheidung, nach dem Tod seine eigenen Organe nicht zur Verfügung zu stellen. Denn damit enthält man den anderen Mitgliedern der Versicherungsgemeinschaft genau diese Gesundheitsressource vor. Daher halte ich die Analogie, die der Nationale Ethikrat gezogen hat, nicht für überzeugend, sondern ich meine, es passt gerade in die Tradition der Regelungen der gesetzlichen Krankenversicherungen, wenn derjenige, der einer Organentnahme bei sich widersprochen hat, einen Malus bei der Organallokation erhält.

Schließlich gibt es noch ein weiteres Argument für Reziprozität, das mit der problematischen Diskussion zusammenhängt, die oben bereits angesprochen wurde: Wie tot ist ein Hirntoter? Gelegentlich treten in deutschen Talkshows Mütter auf, die vor vielen Jahren der Organentnahme bei ihrem verunglückten Sohn zugestimmt haben und jetzt sagen: „Wenn ich mir das recht überlege, war er noch gar nicht tot und die Ärzte haben ihn durch die Organentnahme getötet“. Nach meiner Überzeugung ist die Frage: „Wie tot ist ein Hirntoter?“ letztlich eine Glaubensfrage. Von Seiten der Mediziner wird dies bestritten, aber für den einzelnen Bürger ist es dennoch eine Glaubensfrage. Das hat sie mit der Relativitätstheorie

gemeinsam, die auch erklärbar ist, aber von vielen Menschen nicht akzeptiert wird, weil sie der Alltagserfahrung widerspricht. Genau so bleibt es eine Glaubensfrage, ob ein Hirntoter wirklich unwiederbringlich tot ist oder nicht.

Was hat diese Diskussion mit der Reziprozität zu tun? Die Antwort lautet: Die Reziprozität unterteilt die Menschen in zwei Gruppen:

1. Eine Gruppe, die das Hirntodkriterium bei sich ablehnt, weil sie der Meinung ist: „Es könnte vielleicht passieren, dass das Gerät, das meine Gehirnströme aufzeichnet, fehlerhaft ist und ich irgendwann von selbst wieder aufwache. Dann ist es gut, wenn die Ärzte mich nicht durch Entnahme meiner Organe getötet haben.“ Diese Menschen können logischerweise nicht fordern, dass andere ihnen ihre Organe spenden, denn was für sie selber gilt, muss dann auch für andere gelten.
2. Umgekehrt gibt es Menschen, die das Hirntodkriterium aus Zweckmäßigkeitsgründen bejahen, denn nur das Hirntodkriterium erlaubt es, im Zweifelsfall von anderen Menschen Organe zu bekommen. Wenn sie es aber aus Zweckmäßigkeitsgründen bejahen, müssen sie dies auch bei sich selbst gelten lassen.

Daher ist es eine Frage der Abwägung: Was ist wichtiger? Ist es wichtiger als Hirntoter eine subjektiv minimale Chance zu behalten wieder ins Leben zurückzukehren oder ist es wichtiger im Bedarfsfall ein Organ zu erhalten? Zwischen diesen beiden Zielen muss jeder Einzelne abwägen und die Reziprozität macht die Notwendigkeit der Entscheidung des Einzelnen deutlich. Daher beinhaltet die Reziprozität auch ein friedensstiftendes Element. Es sind keine öffentlichen Diskussionen über den Hirntod mehr nötig.

Schließlich heißt es in der goldenen Regel in Matthäus 7, Vers 12: „Alles was ihr also von anderen erwartet, das tut auch ihnen, darin besteht das Gesetz und die Propheten“. Der Ratsvorsitzende der Evangelischen Kirche Deutschlands, Bischof Wolfgang Huber, hat sich bereits in dieser Richtung geäußert und seine Zustimmung für die (positive) Reziprozität erklärt. Daher handelt es sich auch insoweit um ein anerkanntes Prinzip.

#### 4. Finanzielle Anreize

Als dritte und letzte Strategie kommen finanzielle Anreize in Frage und hier kann man vier Varianten unterscheiden:

1. Bei der postmortalen Organspende wäre es eine Möglichkeit, den Menschen, die ihre Zustimmung zu der Organentnahme erklärt haben, einen Rabatt auf den Krankenversicherungsbeitrag zu gewähren. Dieser wäre damit begründet, dass die Krankenkassen mit einer gewissen Wahrchein-

lichkeit diesen Menschen als Organspender nutzen könnten und dann die Kosten für die Dialyse sparen.

2. Ebenso könnte man eine relativ große Geldsumme nach erfolgter postmortalen Organentnahme an die Angehörigen des Verstorbenen zahlen, etwa in Form einer Lebensversicherung, für die der Verstorbene zuvor selbst keine Prämien bezahlt hat. Dieses Anreizmodell ist aber so lange problematisch, wie es mit der erweiterten Zustimmungslösung oder erweiterten Widerspruchslösung kombiniert wird, in der die Angehörigen, die die Empfänger der Lebensversicherung wären, selbst eine Entscheidung über die Entnahme treffen dürfen. Daher müsste man die Angehörigen vollkommen aus dem Entscheidungsprozess herausnehmen, um den Anreiz für den Spender selbst zu schaffen. Dies ist aber aus anderen Gründen schwierig, weshalb ich dieses Modell nicht für Erfolg versprechend halte.
3. Für Lebendspender könnten Anreize dadurch geschaffen werden, dass sie einen besseren Versicherungsschutz erhalten: nicht nur eine Kompensation für ihren Verdienstausfall, sondern auch erleichterten Zugang zu Berufsunfähigkeitsversicherungen ohne erhöhte Prämien. Denn diese Nachteile sind schon nach heutigem Recht nicht vollständig ausgeglichen, aber dies könnte man verändern und nach meiner Einschätzung sind diese Reformen auch in der Politik kaum kontrovers.
4. Das vierte Anreizmodell ist zugleich das umstrittenste. Oben wurde aufgezeigt, wie groß der Mangel an Nieren ist. Auch durch eine hundertprozentige Ausschöpfung des Potentials an postmortalen Nierenspenden gäbe es nur ca. 3.600 Organspender pro Jahr mit jeweils zwei Nieren, so dass das Aufkommen bei maximal 7.200 Nieren läge. Das reicht gerade für den Ersatzbedarf, aber momentan nicht zum Abbau der bestehenden Warteliste und in der Zukunft wird es, wenn der Trend der Morbidität anhält, erst recht nicht ausreichen. Also muss man sich gerade bei Nieren effektivere Instrumente überlegen.

Ein weiteres Instrument wäre der Ankauf von Nieren im Inland durch Krankenkassen zum Festpreis. Dabei ist streng zwischen Organankauf und Organhandel zu unterscheiden. Dieses Modell ist kein Organhandel, sondern es gibt nur einen Ankäufer, also ein Monopson, das sind die Krankenkassen. Auch die angekauften Nieren kämen in den Vermittlungspool der Stiftung Eurotransplant International Foundation und würden nach denselben Regeln verteilt wie postmortal gewonnene Organe. Der einzige Unterschied zu postmortal gespendeten Organen ist, dass für die angekauften Organe Geld gezahlt wird.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Eine fünfte und letzte Möglichkeit, die noch darüber hinausgehen würde, wäre die Freigabe des Organhandels im Inland und Ausland, wo Organe gekauft werden können. Diese soll aber nicht weiter betrachtet werden.

Im Folgenden sollen die Argumente für und gegen den oben skizzierten Organankauf durch die Krankenkassen näher betrachtet werden.

*a. Argumente für den Organankauf*

Für den Organankauf spricht die derzeitige Situation: ca. 400 Menschen sterben pro Jahr auf der Warteliste für Nieren, die somit schneller abgebaut werden könnten. Das Leiden und die geringe Lebensqualität der Menschen an der Dialyse könnten beendet werden. Schließlich würde die Versicherungsgemeinschaft auch Geld sparen. Aus medizinischer Sicht lässt sich festhalten, dass eine frühzeitige Organtransplantation die Organfunktion im Empfängerkörper erhöht und lebend gewonnene Organe eine längere Funktionsdauer gegenüber postmortal gewonnenen Organen haben. Im Übrigen lassen sich die Operationen bei Lebendspenden besser von den Transplantationszentren terminieren. Dagegen ist das Übertragungsverfahren bei der postmortalen Spende schwieriger, denn man kann nicht planen, wann ein Hirntoter in einem anderen Krankenhaus für die Transplantation zur Verfügung steht.

Interessant ist ein weiterer Punkt, den ich nur am Rande erwähnen möchte: Bei der Berechnung des Wartelistenplatzes des einzelnen Patienten spielt auch das Kriterium der Wartezeit eine Rolle. In § 12 Abs. 3 TPG heißt es, dass die Verteilung der Organe „nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“ zu erfolgen hat. Die Wartezeit ist zwar ein Bestimmungsgrund für die Erfolgsaussicht, aber in umgekehrter Weise: Wenn man unter Erfolgsaussicht die erwartete Funktionsdauer des Organs versteht, müsste man es eigentlich demjenigen Patienten zuteilen, der am kürzesten wartet. Aus rein medizinischen Gründen müsste man sogar diejenigen, die noch gar nicht an der Dialyse sind, sondern erst an die Dialyse zu gehen drohen, als erste transplantieren. Dass die Wartezeit positiv angerechnet wird und nicht negativ, ist dagegen eine reine Gerechtigkeitsüberlegung, die durch § 12 TPG in keiner Weise abgesichert ist. Daher spricht es für finanzielle Anreize, dass man dadurch die Anzahl der Transplantate erhöhen, die Wartezeit verkürzen und damit die Funktionsdauer der Organe insgesamt erhöhen könnte.

Schließlich spricht für finanzielle Anreize, dass bei Verwandtenspende die Freiwilligkeit viel eher fraglich ist als bei einer bezahlten Spende. Denn dass ein sozialer Druck aus dem Umfeld auf denjenigen ausgeübt wird, dessen Organe am besten zu dem Empfänger passen, kann keine Ethikkommission ausschließen.

*b. Argumente gegen den Organankauf*

Nach den vorgestellten Argumenten für den Organankauf sollen nun die Gründe aufgeführt werden, die in der öffentlichen Debatte gegen den Organankauf vorgebracht worden sind:

1. Zunächst einmal wird angeführt, dass eine Bezahlung für Organspenden die intrinsische Motivation, also die Motivation zur freiwilligen Spende, schwächen würde. Aber viel schwächer kann die Motivation gar nicht mehr werden, als sie es heute schon ist, denn wir haben bereits jetzt eine extrem geringe Durchdringung der Gesellschaft mit Spenderausweisen. Es könnte allenfalls argumentiert werden, dass die Angehörigen eines Hirntoten dann eine postmortale Organentnahme eher ablehnen könnten. Dieses Problem könnte man dadurch lösen, dass den Angehörigen eines Hirntoten klar gemacht wird, dass es beim Organankauf nur um Nieren geht. Diese stellen bei der postmortalen Spende sozusagen eine Dreingabe dar, während man alle anderen Organe, die man einem Hirntoten entnehmen kann, auf diese Weise nicht beschaffen könnte (Ich klammere bewusst die Leber aus; da das Risiko für den Lebendspender von einem Leberteil nicht vernachlässigbar gering ist, halte ich den Organankauf in diesem Fall für nicht vertretbar.).
2. Ein zweiter Einwand lautet, dass vor allem reiche Menschen Vorteile in diesem System hätten und sich damit ein längeres Leben kaufen könnten. Dieser Einwand ist bei der hier dargestellten Option nicht zutreffend, die vorsieht, dass die Organe nur von den Krankenkassen angekauft und wie postmortal gewonnene Organe verteilt werden.
3. Gewichtiger ist der Einwand, dass der Lebendspender nach dem Verkauf seine Spende bereuen könnte und davor geschützt werden müsse. Andererseits gibt es eine Vielzahl von Entscheidungen, die Menschen in ihrem Leben treffen und die sie hinterher bereuen könnten, z.B. Rauchen, Heiraten, Kinderzeugen, sowie innerhalb der Medizin: Brustvergrößerung oder -verkleinerung sowie Sterilisation. Alle diese Entscheidungen haben langfristige Folgen und viele sind unumkehrbar. Aber unsere Gesellschaft denkt nicht daran, Menschen daran zu hindern, es wird allenfalls eine Beratung angeboten. Ein Verbot wäre einer freiheitlichen Gesellschaft auch nicht angemessen. Das Problem mit der Reue tritt übrigens schon heute bei der Verwandtenspende auf. So wird von Fällen berichtet, in denen eine Verwandtenspende hinterher zu großen Konflikten in der Familie geführt hat, z.B. wenn es nach erfolgter Spende zwischen Spender und Empfänger der Niere zu einem Zerwürfnis kommt.
4. Ferner gibt es gegen die mögliche Reue auch Schutzmechanismen. Um Menschen vor unüberlegten, vorschnellen Spendeentscheidungen zu schützen, könnte es ein Moratorium von einigen Monaten zwischen der Entscheidung zur bezahlten Organspende und der tatsächlichen Entnahme geben. So bestünde für den potentiellen Spender eine ausreichende Bedenkzeit, um eine wohl überlegte Entscheidung zu treffen.
5. Des Weiteren wird angeführt, dass der Organverkauf für Menschen in materieller Not zum Zwang würde und somit nicht mehr freiwillig sei. Aber wenn Menschen Schulden haben, besteht die Möglichkeit der Privatinsol-



venz – Restschuldbefreiung ist der terminus technicus – und schließlich der Sozialhilfe. Somit wäre ein Schuldner schlecht beraten, eine Niere zu verkaufen, weil er damit nur seine Gläubiger reicher machen würde.

6. Das nächste Argument ist ein Doppeltes: Zum einen sagt es, es sei moralisch falsch, Menschen Geld zu geben, damit sie Risiken für ihr Leib und Leben auf sich nehmen. Zum anderen behauptet es, wenn man dies doch tut, dann trifft es erfahrungsgemäß immer die ärmeren Bevölkerungsschichten. Diese Behauptung ist richtig, aber sie trifft auf viele heute schon existierende Berufe mit erhöhtem Risiko zu, z.B. Soldaten, Feuerwehrleute oder Bergleute. Ein Vergleich mit anderen Berufen zeigt, dass diese ein höheres Gehalt und ein höheres Sterberisiko aufweisen. Ferner kommen die Menschen, die in diesen Berufen arbeiten, meistens aus ärmeren Bevölkerungsschichten. Offenbar wird der zitierte Satz: „Es ist moralisch falsch ...“ in der behaupteten Allgemeinheit nicht geteilt, denn es wird immer Berufe mit höheren Risiken geben und Menschen aus ärmeren Bevölkerungsschichten, die bereit sind, diese Berufe zu ergreifen.
7. Ferner wird noch allgemeiner gesagt, dass es moralisch falsch sei, aus dem Leiden anderer Menschen Profit zu ziehen. Aber genau dies tun Ärzte, Pflegekräfte und andere im Gesundheitswesen Beschäftigte, denn sie leben davon, dass sie das Leiden anderer Menschen lindern. Bei der Organtransplantation ist es übrigens auch so, dass alle Beteiligten (Transplantationschirurg, Krankenschwester und viele andere) an ihr verdienen, nur der Lieferant des Organs darf als einziger nichts verdienen. Im gleichen Tenor ist auch der Begriff der Kommerzialisierung bzw. des Profits in der Bioethik-Konvention des Europarats nicht auf Unternehmen bezogen, die mit entnommenem Gewebe neue Produkte herstellen. Auch hier dürfen die Unternehmen Profit machen, nur diejenigen, von denen das Gewebe oder das Organ stammt, dürfen nicht kompensiert werden. Dies ist eindeutig eine doppelte Moral.
8. Ein weiterer Einwand bezieht sich auf Erfahrungen aus Ländern mit Organhandel, z.B. Indien. Umfragen unter früheren Lebendspendern zeigen, dass viele von ihnen genau so arm geblieben sind wie vorher, dass nur sehr geringe Kompensationen gezahlt wurden und die medizinische Nachsorge nicht funktionierte, so dass die meisten Betroffenen ihre Spende hinterher bereuten. Aber diese Situation ist typisch für illegale Märkte. Die genannten Risiken für den Spender können mit konkreten Regelungen verhindert werden, indem man z.B. einen Teil der Kompensation nicht als Summe auszahlt, sondern in monatlichen Raten, um zu verhindern, dass die Spender später in Armut fallen, und um dafür zu sorgen, dass sie eine ausreichende Nachsorge bekommen. So kann die Zahlung der monatlichen Rate daran gebunden werden, dass man an den Nachsorgeuntersuchungen regelmäßig teilnimmt.

9. Ferner noch ein philosophischer Einwand: Er besagt, der Verkauf eines Organs führe zur Degradierung des menschlichen Körpers zur Ware. Es ist schwierig diesen Einwand als solchen zu entkräften, aber er stellt eher eine Sichtweise dar als ein stichhaltiges Argument. Man kann ihn nicht widerlegen, vielmehr muss man die Nachteile gegen die Vorteile abwägen. Der Vorteil ist, dass der Verkauf eines Organs Leben rettet.
10. Schließlich ein juristisches Argument: Der Organankauf verstößt gegen internationale Konventionen, etwa das Zusatzprotokoll zur Bioethik-Konvention, aber der ist Deutschland noch nicht beigetreten und sollte es deswegen auch nicht tun.

## IV. Epilog

Nach der Philosophin und Medizinethikerin Janet Radcliffe Richards sind die oben aufgeführten „Argumente“ gegen finanzielle Anreize untaugliche Versuche der Rationalisierung einer im Grunde emotionalen Abwehr. Jedermann hat irgendeine emotionale Abwehr dagegen, sich als gesunder Mensch auf den Operationstisch zu legen und ein Organ herauszuschneiden zu lassen und dies obendrein noch gegen Geld. Folglich versuchen viele diese emotionale Abwehr irgendwie rational zu begründen, aber wenn man die Gründe prüft, einen nach dem anderen, so können sie alle entkräftet werden.

Wir müssen wissen, ob uns die Emotionen so viel wert sind in Anbetracht dessen, was wir verlieren, wenn wir die bezahlte Organspende nicht zulassen und ob wir uns diese emotionale Abwehr angesichts der Vorteile, die man gewinnen könnte, wenn man den Ankauf von Organen zuließe, 250 Jahre nach der Aufklärung noch leisten wollen. Auf jeden Fall ist es ein teurer Luxus, den wir uns in der derzeitigen Situation leisten.

Bisher ist noch keine Aussage zur Höhe einer möglichen Kompensation für eine Nierenspende getroffen worden: Eine Möglichkeit wäre es, dass die Krankenkassen die Hälfte der Kosten, die ansonsten durch die Dialysebehandlung entstanden wären, an den Verkäufer des Organs auszahlen. Wie oben ausgeführt werden durch die Transplantation ungefähr 250.000 Euro eingespart und daher wäre ein Betrag um die 100.000 Euro durchaus ein angemessener Preis für den Ankauf eines Organs. Daraus schließe ich, dass der Typ von Menschen, die dafür in Frage kommen, am ehesten junger Existenzgründer ist, also Menschen, die Geld brauchen, um damit eine Firma zu gründen. Es werden sicherlich keine reichen Menschen sein, aber wahrscheinlich nicht nur arme Menschen, sondern durchaus auch solche, die Anfangskapital für z.B. eine Firma oder für die Anschaffung von Wohneigentum benötigen.

Zum Abschluss noch ein Zitat vom Gründervater der Volkswirtschaftslehre Adam Smith: “It is not from the benevolence of the butcher, the brewer or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest.“

Ich hoffe in meinen Ausführungen deutlich gemacht zu haben, dass das Gleiche nicht nur für den Fleischer, den Bierbrauer und den Bäcker gilt, sondern auch für den Organspender.

## Literatur

- Abadie, A., S. Gay* (2006), The Impact of Presumed Consent Legislation on Cadaveric Organ Donation: A Cross Country Study, *Journal of Health Economics* 25: 599-620.
- Adams, A.F. III, A.H. Barnett, D.L. Kaserman* (1999), Markets for Organs: The Question of Supply, *Contemporary Economic Policy*, 17: 147-155.
- Ablert, M., H. Kliemt* (Hg.) (2001), *Making Choices in Organ Allocation*, Stuttgart: Lucius und Lucius.
- Aumann, C., W. Gaertner* (2004), Die Organknappheit: Ein Plädoyer für eine Marktlösung, *Ethik in der Medizin* 16: 105-111.
- Blankart, C.B.* (2004), Donors Without Rights – The Tragedy of Organ Transplantation, unpubl. manuscript, Humboldt University Berlin.
- Breyer, F., W. v.d. Daele, M. Engelhard, G. Gubernatis, H. Kliemt, C. Kopetzki, H. Schlitt, J. Taupitz* (2006), *Organmangel. Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?*, Berlin: Springer.
- Deutsche Stiftung Organtransplantation* (versch. Jahre), *Organspende und Transplantation in Deutschland*, Neu-Isenburg.
- Erin, C.A., J. Harris* (1994), A Monopsonistic Market: or How to Buy and Sell Human Organs, Tissues and Cells Ethically, Pp. 134-153 in: I. Robinson (Ed.), *Life and Death under High Technology Medicine*, Manchester.
- Eurotransplant International Foundation*, Annual Reports 1996 – 2003, [www.eurotransplant.org](http://www.eurotransplant.org).
- Garçon Valdes, E.* (1995), Überlegungen zur Organtransplantation, *Analyse & Kritik* 17: 118-48.
- Goyal, M., R.L. Mehta, L.J. Schneiderman, A.R. Sehgal* (2002), Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India, *Journal of the American Medical Association* 288: 1589-1593.
- Gubernatis, G., H. Kliemt* (2000): Solidarity Model: A Way to Cope with Rationing Problems in Organ Transplantation, *Transplantation International* 13 [Suppl 1]: 607-608.

- Guttman, R.D.* (1991), The Meaning of „The Economics and Ethics of Alternative Cadaveric Organ Procurement Policies“, *Yale Journal on Regulation* 8: 453-462.
- Hansmann, H.* (1989), The Economics and Ethics of Markets for Human Organs, *Journal of Health, Politics, Policy and Law* 14: 57-85.
- Harvey, J.* (1990), Paying Organ Donors, *Journal of Medical Ethics* 16: 117-119.
- Hoerster, N.* (1997): Definition des Todes und Organtransplantation, *Universitas* 52: 42-52.
- Huber, W.* (2004), Organspende ist Nächstenliebe, *Johanniter Heft* 1/04: 28.
- Johnson, E.J., D. Goldstein* (2003), Do Defaults Save Lives?, *Science* 302: 1338-1339.
- Journal of Economic Perspectives* (2007), Symposium: Organ Transplants, Vol. 21, no. 3: 3-58.
- Kass, L.* (1992), Organs for Sale? Propriety, Property, and the Price of Progress, *The Public Interest* 107: 65-83.
- Kliemt, H.* (1993) "Gerechtigkeitskriterien" in der Transplantationsmedizin - Eine ordoliberalen Perspektive," Pp. 262-283 in: C. Fuchs, E. Nagel (Hg.), *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen. Ökonomische, ethische, rechtliche Fragen am Beispiel der Transplantationsmedizin*. Berlin et al.: Springer.
- Lederberg, J.* (1967), Heart Transfer Poses Grim Decisions. Moribund Patient's Trust is at Stake, *Washington Post* 10.12.1967, Section B1.
- Meier-Kriesche, H.-U., B. Kaplan* (2002): Waiting Time on Dialysis as the Strongest Modifiable Risk Factor for Renal Transplant Outcomes: A Paired Donor Kidney Analysis, *Transplantation* 74: 1377-1381.
- Munzer, S.R.* (1995), An Uneasy Case against Property Rights in Body Parts, Pp. 259-286 in: P. Frankel et al. (eds.), *Property Rights*, Cambridge.
- Nadel, M.S., C.A. Nadel* (2005), Using Reciprocity to Motivate Organ Donation, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* 5: 293-325.
- QuaSi-Niere gGmbH*, Bericht über Dialysebehandlung und Nierentransplantation in Deutschland 1995 – 2004.
- Radcliffe-Richards, J.* (1996), Nepharious Goings On: Kidney Sales and Moral Arguments, *The Journal of Medicine and Philosophy* 21: 375-416.
- Reddy, K.C.* (1997), Organ Donation for Material Reward: an Indian View Point, in: P. Dohrmann, D. Henne-Bruns, B. Kremer (Eds.), *Surgical Efficiency and Economy*, Proceedings of the 3<sup>rd</sup> World Congress, Stuttgart/New York.
- Scandiatriplant Foundation* (2004), Annual Report, [www.scandiatriplant.org](http://www.scandiatriplant.org).

- 
- Sheehy, E., S.L. Conrad, L.E. Brigham, R. Lusk, P. Weber, M. Eakin, L. Schkade, L. Hunsicker* (2003), Estimating the Number of Potential Organ Donors in the US, *New England Journal of Medicine* 349: 667 – 674.
- Veatch, R.M.* (2003), Why Liberals Should Accept Financial Incentives for Organ Procurement, *Kennedy School of Ethics Journal* 13: 19-36.
- Wilkinson, S., E. Garrard* (1996), Bodily Integrity and the Sale of Human Organs, *Journal of Medical Ethics* 22: 334-339.
- Wille, S.* (2006), *Die Organknappheit im Spannungsverhältnis zwischen Sozialpflicht und Selbstbestimmung. Eine rechtliche Analyse des Spender-Empfänger-Verhältnisses.* Hamburg: Verlag Dr. Kovac.



# **Zur Realisierbarkeit eines „Modells der erweiterten Zustimmungslösung mit dem Bonus der Bevorzugung“ unter Berücksichtigung des einfachen Rechts und des Grundgesetzes**

*Dipl.-Jur. Carsten Dochow  
Marc-Alexander Waschkewitz  
Alexandra Kristina Weber*

## **I. Eine ökonomische Lösung zur Behebung des Organmangels aus dem Blickwinkel des Rechts**

Dem seit Anbeginn der Transplantationsmedizin bestehenden Organmangel wurde mit verschiedenen Instrumentarien versucht zu begegnen. Stetig neu diskutiert wurde dabei die Veränderung der rechtlichen Grundkonzeption der Organgewinnung in Deutschland mit der Idee einer Einführung der sog. Widerspruchslösung.<sup>1</sup> Verschiedenartige Lösungsmodelle auf Basis ökonomischer Erkenntnisse zielen hingegen auf eine Steigerung der Bereitschaft zur Abgabe einer Spende-

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. *Vogel*, NJW 1980, 625, 628; *Hirsch/Schmidt-Didczubn*, Transplantation und Sektion, 1992, S.54 ff.; *Reiter*, VersMed 1995, 41 f.; *Kloth*, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme, 1996, S. 162 ff.; *Spranger*, in: Breyer/Engelhard (Hrsg.), Anreize zur Organspende, 2006, S. 118 ff.; *Tag*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 2007, § 4 TPG, Rn. 2 ff.; zuletzt *NER* (Nationaler Ethikrat, nunmehr Deutscher Ethikrat), Die Zahl der Organspenden erhöhen – Zu einem drängenden Problem der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2007, S. 27 ff.

erklärung in der Bevölkerung ab. Unterschieden werden können diese Modelle<sup>2</sup> in solche mit materiellen Anreizen<sup>3</sup> mit teilweise hochgradigen Kommerzialisierungstendenzen und jene mit immateriellen Anreizen, bei welchen der Gedanke der Reziprozität<sup>4</sup> im Mittelpunkt steht. Durch die Kombination von Zustimmungs- oder Widerspruchlösung (jeweils in erweiterter oder enger Form) mit verschiedenartig akzentuierten immateriellen Anreizen<sup>5</sup> soll die Motivation zur tatsächlichen Abgabe einer Spendeerklärung in der Bevölkerung erhöht werden, um dadurch eine Steigerung der Verfügbarkeit von Spenderorganen zu erreichen.<sup>6</sup> Folgt man der Annahme, dass eine Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Erklärung und der potentiellen Bereitschaft in der Bevölkerung zur Organspende<sup>7</sup> besteht, dann ist die Nichterklärung zur Organspende trotz eigentlich vorhandener Bereitschaft eine tragende Ursache für den Organmangel. So haben entsprechend einer im Mai 2009 vorgelegten Statistik 17 % der Bevölkerung mittels eines Organspendeausweises ihre Erklärung zur Organspende abgegeben<sup>8</sup>, während hingegen 67 % von befrag-

---

<sup>2</sup> Eine Darstellung verschiedener materieller wie immaterieller Anreizmodelle findet sich im Beitrag von *Breyer* in diesem Band, S. 27 ff.; des Weiteren z.B. bei: *Wille*, Die Organknappheit im Spannungsverhältnis zwischen Sozialpflicht und Selbstbestimmung, 2006, S. 57 ff.

<sup>3</sup> Sog. kommerzielle Marktmodelle: *Hebborn*, Möglichkeiten und Grenzen eines Marktes für Organtransplantate, 1998; *Reich*, Organspendeverträge: Geldzahlungen als Anreiz zur Organspende in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, 2000; w.N. bei: *Blankart*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2005, 275, 276 f.

<sup>4</sup> Reziprozität: Gegen-, Wechselseitigkeit; Wechselbezüglichkeit nach: Duden – Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 1182 linke Sp. Den Kerngedanken bildet eine reziproke Verknüpfung von eigener Spendebereitschaft mit dem Zugang zu Organen.

<sup>5</sup> Materielle Anreizmodelle sollen im Rahmen dieses Beitrags nicht behandelt werden.

<sup>6</sup> Überblick zu Formen von immateriellen Anreizen für Organspender bei: *Breyer/van den Daele* u.a., Organmangel – Ist der Tod auf der Warteliste unvermeidbar?, 2006, S. 116 ff.; Prognoseberechnung für eine höhere Spendebereitschaft durch die Einführung eines immateriellen Anreizmodells bei: *Blankart*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2005, 275, 290 ff.

<sup>7</sup> Ausführlich zum Problembewusstsein in der Bevölkerung: *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 141 ff.

<sup>8</sup> Ergebnis einer Umfrage von TNS Healthcare GmbH im Mai 2009 für die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) (Quelle: [www.organspende-info.de/static/common/files/75/Zusammenfassung\\_RepBefragung\\_20Mai09.pdf](http://www.organspende-info.de/static/common/files/75/Zusammenfassung_RepBefragung_20Mai09.pdf) <aufgerufen am: 13.09.2009>); nach der Umfrage der forsa. Gesellschaft für Sozialforschung und statistisch Analysen mbH im Auftrag der BZgA im Jahre 2008 erklärten 17 % der Befragten einen Organspendeausweis zu besitzen (Quelle: [www.dso.de/pdf/bzga2008.pdf](http://www.dso.de/pdf/bzga2008.pdf)), im Jahre 2003: 11 % (Quelle: [www.dso.de/pdf/bzga2003.pdf](http://www.dso.de/pdf/bzga2003.pdf)) und im Jahre 2001: 12 % (Quelle: [www.dso.de/pdf/bzga2001.pdf](http://www.dso.de/pdf/bzga2001.pdf)) <alle aufgerufen am: 31.10.2009>.



ten Personen grundsätzlich damit einverstanden wären, dass man ihnen nach ihrem Tod Organe entnimmt.<sup>9</sup>

Zugleich soll die Anzahl der potentiellen Organspender im medizinischen Sinne<sup>10</sup> ungeachtet einer Erklärungsabgabe nach einer Untersuchung der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) bei ca. 40,7 Personen pro Mio. Einwohner liegen.<sup>11</sup> Auf die deutsche Bevölkerung von ca. 80 Mio. Einwohnern gerechnet ergibt sich damit eine Gesamtzahl von ca. 3.200 potentiellen Spendern pro Jahr, während im Jahre 2008 dagegen tatsächlich nur 1.198 Menschen ihre Organe spendeten (ca. 14,6 Personen pro Mio. Einwohner). Unter Berücksichtigung, dass im Durchschnitt ca. drei Organe pro Spender (sog. Multiorganspender) gewonnen werden können<sup>12</sup>, lässt dies die Errechnung eines ca. 9.600 Organe umfassenden hypothetischen Spendepotentials zu, vorausgesetzt, dass all diese potentiellen Spender bei Vorliegen der Entnahmevoraussetzungen identifiziert und gemeldet werden.<sup>13</sup> Dem steht ein aktueller Bedarf von ca. 12.000 Spenderorganen, davon über 8.000 benötigte Nieren, gegenüber<sup>14</sup>, wobei aber die „angestaute“ Zahl von wartenden Patienten und der Abbau der jeweiligen Warteliste noch zu berücksichtigen sind.

Mit Blick auf die derzeit verfügbaren Organe erscheinen die Reziprozitätsmodelle geeignet auf eine optimale Erklärungslage hinzuwirken, um aus dem hypothetischen Organspendeaufkommen die größtmögliche Anzahl an Organen

---

<sup>9</sup> Ergebnis einer Umfrage von TNS Healthcare GmbH (Fn. 8); nach einer Umfrage der forsa im Auftrag der Techniker-Krankenkasse, Hamburg, im August 2008 standen 79 % der Befragten einer Organspende positiv gegenüber (Quelle: [www.dso.de/pdf/forsa2008.pdf](http://www.dso.de/pdf/forsa2008.pdf)). Auch eine Umfrage desselben Meinungsforschungsinstituts aus dem Jahre 2003 im Auftrag der BZgA weist die positive Haltung von 85 % der befragten Personen aus und 68 % wären grundsätzlich mit der Entnahme nach dem Tod einverstanden (Quelle: [www.dso.de/pdf/bzga2003.pdf](http://www.dso.de/pdf/bzga2003.pdf)), bei einer vergleichbar ausgestalteten Studie aus dem Jahre 2001 waren es 82 % der Befragten bzw. 67 % grundsätzlicher Einverständnis (Quelle: [www.dso.de/pdf/bzga2001.pdf](http://www.dso.de/pdf/bzga2001.pdf)) <alle aufgerufen am: 13.09.2009>).

<sup>10</sup> Verstorbene, bei denen der Hirntod festgestellt wurde und keine medizinischen Gründe gegen eine Organspende bestanden.

<sup>11</sup> Untersuchung in der DSO-Region-Nord-Ost von 2002 bis 2005 mittels Erhebungsbögen, auf denen alle Todesfälle auf Intensivstationen mitgeteilt wurden (Quelle: *Wesslau* u.a., *Anästhesiologie und Intensivmedizin* 2007, 506 ff.); nach anderer Schätzung 45 Personen pro Mio. Einwohner in: *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 41 f. auch mit Verweis auf eine US-amerikanische Studie (2001), die von 50 potentiellen Organspendern pro Mio. Einwohner ausgeht; gleicher Durchschnittswert bei verschiedenen Studien in den 90er Jahren in den USA (Quelle: BZgA [Hrsg.], *Der Organspendeprozess: Ursachen des Organmangels und mögliche Lösungsansätze*, Bd. 13, 2001, S. 15 f.).

<sup>12</sup> Im Jahre 2008 konnten von 1.198 Hirntoten 3.945 Organe gewonnen werden, d.h. durchschnittlich 3,29 Organe pro Spender (Quelle: [www.dso.de](http://www.dso.de) <aufgerufen am: 13.09.2009>).

<sup>13</sup> Zur geringen Befolgung der Meldepflicht nach § 11 Abs. 4 S. 2 TPG und Lösungsansätzen: *Wesslau* u.a., DÄBl. 2006, A-517 ff.; *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 53 f., 65 ff.; *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 144 ff. vgl. *Blankart/Kirchner/Thiel*, Transplantationsgesetz – Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht, 2002, S. 9: „Denn wenn die Spendebereitschaft grundsätzlich vorhanden ist, so liegt offenbar ein Koordinationsproblem vor.“

<sup>14</sup> Quelle: [www.dso.de](http://www.dso.de) <aufgerufen am: 13.09.2009>.

zu gewinnen. Daher könnten sich diese Modelle als richtiger Weg zur Eindämmung bzw. Behebung des Organmangels erweisen.

## II. Vorschlag eines Modells der erweiterten Zustimmungslösung mit dem Bonus der Bevorzugung

Verschiedene von Ökonomen vorgeschlagene Reziprozitätsmodelle bezwecken die Spendebereitschaft dadurch zu erhöhen, dass demjenigen, der seine eigene Spendebereitschaft für den Fall seines Todes erklärt, ein Bonus zugute kommt.<sup>15</sup> Dem liegt der Gedanke zu Grunde, die Untrennbarkeit von Organgewinnung und Spendebereitschaft auch auf der Ebene der Allokation zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Konkret soll die individuell erklärte Spendebereitschaft nach einem bestimmten Modus (neben den hergebrachten Kriterien) bei der Berechnung des eigenen Wartelistenplatzes im Falle der persönlichen Empfangsbedürftigkeit eines Spendeorgans berücksichtigt werden. Dabei ist grundlegend zwischen denjenigen Modellen zu unterscheiden, bei denen alle Personen außer den zustimmenden völlig vom Zugang zu Spenderorganen ausgeschlossen werden sollen<sup>17</sup>, und denjenigen, bei denen der Zustimmende bei der Organverteilung „nur“ vorrangig berücksichtigt werden soll (sog. Reziprozitäts-, Club-, Solidar-, Prioritäts-, Fairness-, oder Vorsorgemodelle).<sup>18</sup> Es entstehen dabei jeweils zwei Gruppen von Patienten: Eine Gruppe mit prioritärer Allokation und eine Gruppe der übrigen Patienten.<sup>19</sup>

Dem mit diesem Beitrag vorgeschlagenen Bonusmodell liegt der Gedanke einer prioritären Allokation zu Grunde, welcher in die geltende Rechtslage – die erweiterte Zustimmungslösung – unter Beibehaltung der staatlich organisierten Vermittlung implementiert werden soll. Der Bonus aufgrund eigener Spendebereitschaft stellt aber zunächst einmal nur die Grundidee des Modells dar, sodass es sowohl für eine ökonomische als auch juristische Bewertung weiterer Konkretisierungen bedarf. Dabei gilt es zuvörderst zu entscheiden, auf welche Art der Bonus in die Systematik der bestehenden Verteilungskriterien einzufügen ist und welche Gewichtung dieser dabei erhalten soll.

---

<sup>15</sup> Sog. Bonus-Modelle siehe z.B. Vorschläge von: *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13); *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Hrsg.), *Zur Gerechtigkeit der Organverteilung. Ein Problem der Transplantationsmedizin aus interdisziplinärer Sicht*, 1997, S. 15 ff.; *Kühn*, *Die Motivationslösung*, 1998; vgl. *Breyer/Kliemt*, in: Oberender (Hrsg.), *Transplantationsmedizin*, 1995, S. 135 ff.

<sup>16</sup> *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1564.

<sup>17</sup> Sog. Clubmodelle mit Exklusivitätsregel: *Kliemt*, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, 1993, S. 269 ff.; siehe auch *Breyer/Kliemt*, in: Oberender (Fn. 15), S. 135, 142.

<sup>18</sup> Diese Begriffe werden in der Literatur vielfach synonym und uneinheitlich verwendet.

<sup>19</sup> Vgl. *Kühn* (Fn. 15), S. 143.

## 1. Die Berechnungskriterien für die Allokation von Organen de lege lata

Die Kriterien, nach denen der Wartelistenplatz im geltenden Allokationssystem<sup>20</sup> für einen Patienten berechnet wird, ergeben sich aus § 12 Abs. 3 S. 1 TPG und der Konkretisierung durch eine Richtlinie<sup>21</sup> zur Organtransplantation der Bundesärztekammer (BÄK), die aufgrund von § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG erlassen wird.<sup>22</sup> Nach der Vorschrift des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG erfolgt die Verteilung der vermittlungspflichtigen Organe (vgl. § 9 TPG) durch die Vermittlungsstelle<sup>23</sup> i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 1 TPG nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit.<sup>24</sup> Für die Feststellung des „Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ hat der Bundesgesetzgeber der BÄK eine Richtlinienkompetenz übertragen, mittels welcher sie die im TPG beschriebenen Vermittlungsvorgaben für jedes einzelne Organ praxistauglich konkretisieren soll. Dabei hat der Gesetzgeber eine Vorgabe für die Organverteilungskriterien und deren Gewichtung insoweit selbst festgelegt, wonach die Erfolgsaussicht und die Dringlichkeit wesentliche Kriterien bilden müssen. Nach der aktuellen Richtlinie<sup>25</sup> erfolgt die Berechnung des Wartelistenplatzes (hier am Beispiel der Niere) nach folgend gewichteten Kriterien: Grad der Übereinstimmung der HLA-Merkmale<sup>26</sup> (40 %), Missmatch-Wahrscheinlichkeit<sup>27</sup> (10 %), Wartezeit (30 %), Konservierungszeit (20 %). Die ersten beiden Kriterien und die Konservierungszeit stellen die Richtlinienumsetzung des Kriteriums „Erfolgsaussicht“ nach der Vorgabe des TPG dar, während die Wartezeit auch Ausdruck der „Dringlichkeit“ sein soll.<sup>28</sup> Darüber hinaus hat der Richtliniengeber verschiedene Patientengruppen<sup>29</sup> gebildet, die aufgrund ihres gesundheitlichen

<sup>20</sup> Die nachfolgenden Ausführungen werden am Beispiel des vermittlungspflichtigen Organs Niere erörtert.

<sup>21</sup> Richtlinien zur Organtransplantation gemäß § 16 Abs. 1 Nrn. 2 u. 5 TPG i.d.F. v. 28.02.2003, zul. geändert durch Beschl. des Vorstands der Bundesärztekammer v. 25.09.2009, abrufbar auf der Homepage der BÄK unter: [www.bundesaeztekammer.de/downloads/RiliOrga20091024k.pdf](http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/RiliOrga20091024k.pdf) <aufgerufen am: 30.11.2009>.

<sup>22</sup> Durch § 16 TPG erfolgt eine Ermächtigung der BÄK zur exekutiven Normsetzung. Zu diesem Sonderfall der gesetzlichen Ermächtigung der BÄK: *Sickor*, Normhierarchie im Arztrecht, 2005, S. 180 ff.

<sup>23</sup> Diese Aufgabe wird durch die Stiftung Eurotransplant International Foundation, Leiden/NL wahrgenommen (ET).

<sup>24</sup> Kritisch zu § 12 Abs. 3 TPG: *Gutmann* (Fn. 13), S. 113 ff. m.w.N.

<sup>25</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>26</sup> (engl.) human leucocyte antigen. HLA-Alloantigene können eine immunologische Abstoßungsreaktion beim Transplantatempfänger verursachen. Daher wird die Anzahl der zwischen Spender und Empfänger übereinstimmenden HLA-Antigene durch eine Gewebetypisierung ermittelt (Pschyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 257. Aufl. 1994, Stichwort: „HLA-System“).

<sup>27</sup> Diese bezeichnet die errechnete Wahrscheinlichkeit ein weitgehend in den HLA-Merkmalen übereinstimmendes Organ angeboten zu bekommen.

<sup>28</sup> Vgl. Richtlinie für die Organvermittlung zur Nierentransplantation I. 5., 6., II. 1.2. - 1.5.

<sup>29</sup> Richtlinie für die Organvermittlung zur Nierentransplantation II. 1.6. bis 1.11.

Zustandes oder ihrer genetischen Disposition bevorzugt berücksichtigt werden: Hochimmunisierte Patienten, high urgency-Patienten, Kinder als Nierenempfänger, Patienten mit kombinierten Organtransplantationen, Spender mit zytotoxischen Antikörpern, Spender und Empfänger über 65 Jahre.<sup>30</sup>

Es ist festzuhalten, dass die Allokationsentscheidung zu 70 % von – zumindest vom Gesetzgeber als solche verstandenen – medizinischen Kriterien bestimmt wird.<sup>31</sup> Die Wartezeit hingegen bildet einen nichtmedizinischen Faktor primär gerechtigkeitsbezogener Art.<sup>32</sup> Somit erscheint dieses Kriterium der geeignete Anknüpfungspunkt für die Implementierung eines Bonus.<sup>33</sup>

## 2. Die Einfügung eines Bonus in das Allokationssystem

Für die Frage der Ausgestaltung bzw. Gewichtung des Bonus ist entscheidend, zu welchem konkreten Verhalten der einzelne potentielle Spender motiviert werden soll. Dies ist vom Verfahren der postmortalen Organspende her zu bestimmen (vgl. § 3 TPG). Der (erweiterten) Zustimmungslösung sind zwei Absichten immanent: Erstens, dass der Einzelne seine Spendebereitschaft überhaupt erklärt und zweitens, dass er seine Entscheidung in der Folge möglichst nicht revidiert. Auf diese Weise liegt bei möglichst vielen Personen im Falle ihres (plötzlichen) Todes die Einwilligung zur Organentnahme vor, nur nachrangig ist die Entnahme mit Zustimmung anderer Personen zulässig (vgl. § 4 TPG). Daher müssen mit dem Bonusmodell zwei Motivationsanreize in Form von Handlungsanreizen geschaffen werden: Zunächst ein Anreiz, der eine „Startmotivation“ bildet und sodann ein Anreiz, der fortwährend auf die Person wirkt, ihre Spendererklärung bestehen zu lassen. Auf diese Weise wird der einzelne Mensch dazu angehalten, über eigene Heilungschancen bei einer denkbaren Erkrankung zu reflektieren, statt sich bei der Frage der Organspende primär mit der Unannehmlichkeit des eigenen Todes auseinanderzusetzen zu müssen (sog. framing-effect).<sup>34</sup> Der mit dem Anreiz verbundene Bonus verdeutlicht den eigenen Vorteil der individuell erklärten Spendebereit-

---

<sup>30</sup> Vgl. z.B. das Senioren-Programm „Eurotransplant Senior Programm“ (ESP), auch „Old-for-Old“ genannt, zu diesem Allokationskriterium z.B.: *Gutmann*, in: Schroth/König u.a., Transplantationsgesetz Kommentar, 2005, § 12, Rn. 37.

<sup>31</sup> Nach „medizinisch begründeten Regeln“ vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 26; kritisch: *Höfling*, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz Kommentar, 2003, § 12, Rn. 25 f. m.w.N.

<sup>32</sup> *Gutmann/Moghadam*, NJW 2002, 3365, 3367 f. m.w.N.; a.A. *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, 2001, S. 73; zur Diskussion *Oppen*, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, 2008, S. 213 f. m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. auch *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 17, 47; *Blankart*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2005, 275, 292 ff. für das Modell einer sog. qualifizierten Wartezeit; vgl. ebenso *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 15 ff.; *Kühn* (Fn. 15), S. 142 f.

<sup>34</sup> *Wille* (Fn. 2), S. 63 m.w.N.

schaft, sodass bereits zu Lebzeiten eine Honorierung in Form einer prioritären Allokation erfolgen kann.<sup>35</sup>

Von diesen Feststellungen ausgehend soll daher folgendes vorgeschlagen werden: Der Zustimmungende<sup>36</sup> erhält bei Abgabe seiner Erklärung einen Bonus (sog. Anfangsbonus) und einen weiteren Bonus, der ab dem Erklärungszeitpunkt fort-dauernd mit Ablauf eines z.B. nach Kalendertagen bestimmten Zeitraums ansteigt (sog. Zeitbonus).<sup>37</sup> Dies schafft einen Anreiz, möglichst frühzeitig die individuelle Spendebereitschaft zu erklären.<sup>38</sup> Dabei soll das derzeitige 30 % an der Gesamtbe-rechnung betragende Kriterium „Wartezeit“ aus zwei neu zu regelnden Unterkrite-rien zusammengesetzt werden, die zusammen den einheitlichen Wert „Wartezeit“ bilden: Der tatsächlichen Wartezeit und einem Bonus, der nach noch festzulegen-den Berechnungskriterien auf die Wartezeit angerechnet wird. Der erwartete Nut-zen soll darin bestehen, dass der Zustimmungende unmittelbar einen Bonus gegenüber anderen Personen erhält, den er sofort als Folge seines Handelns wahrnimmt, was seine Motivation sich überhaupt zu erklären steigern soll. Darüber hinaus wird durch das Anwachsen des Bonus ebenso die Motivation erhalten, die Erklärung nicht zu widerrufen.

Die ausschließliche Einbeziehung des Bonus in das Kriterium „Wartezeit“ verhindert, dass durch eine sehr lange Erklärungszeit die sog. medizinischen Krite-rien bei der Allokation zu stark zurückgedrängt werden. Der Bonus kann somit maximal 30 % der Verteilungsentscheidung ausmachen, während die übrigen Krite-rien weiterhin den Schwerpunkt der Berechnung bilden. Neben dieser Begren-zung der Bonusberücksichtigung können aber gleichwohl Situationen entstehen, in welchen Patienten ohne oder mit geringem Bonus ein Organ aufgrund sehr hoher Dringlichkeit benötigen. Dies wird nach dem geltenden Verteilungssystem mittels der oben genannten Patientengruppen berücksichtigt. Auch in dem vorgeschlage-nen Modell sollen diese Gruppen bestehen bleiben, damit bei im Einzelfall lebens-bedrohlichen Gesundheitssituationen stark bedürftigen Patienten (z.B. sog. high urgency-Patienten) kein Nachteil durch einen anderen auf der Warteliste befind-lichen Patienten gewährten Bonus erwächst.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 111.

<sup>36</sup> Zu unterscheiden ist davon derjenige, der nach § 2 Abs. 2 S. 1 Var. 3 TPG seine Entscheidung über die Organentnahme einer anderen Person überträgt. Da es sich hierbei nicht um eine Erklärung mit zustimmender Wirkung handelt, bleibt diese Erklärung für die gesamte Berechnung des Bonus außer Betracht.

<sup>37</sup> Im Folgenden ist unter Bonus der Start- und Zeitbonus als Gesamtes zu verstehen.

<sup>38</sup> Vgl. das Bonusberechnungsmodell bei *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 47; *Blankart*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2005, 275, 292 f.; Dadurch kann das System durch eine erst später abgegebene Erklärung nicht ausgenutzt werden, diese Gefahr bei einem bloßen „Einmal-Bonus“ sieht *Schott*, Patientenauswahl und Organallokation, 2001, S. 350.

<sup>39</sup> Ähnlich auch *Gubernatis*, in: *Lachmann/Meuter* (Fn. 15), S. 32 ff.: Bevorzugung (nur) in der Kategorie „mittlere Erfolgsaussicht“; ebenso *ders.*, in: BT-Ausschuss-Drs. 599/13, S. 54 ff., 62 ff.; *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 31, 49.

Die Gewährung eines Anfangsbonus und zugleich der Beginn der Berechnung für einen Zeitbonus erfolgen mit einer Spendeerklärung des Einzelnen. Erfolgt bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 1, 2 TPG) eine Aufnahme dieser Person auf die Warteliste, endet das Anwachsen des Zeitbonus und von diesem Zeitpunkt an beginnt die Berechnung der tatsächlichen Wartezeit nach den bekannten Regeln. Die schon nach derzeitiger Praxis grundsätzliche Gefahr, dass Patienten bereits in einem frühen Stadium ihrer Erkrankung (vorsichtshalber bzw. in unbegründeter Weise, trotz geringer Erfolgsaussicht) auf die Warteliste aufgenommen werden (und i.R.d. Anreizmodells ihre „bonusunabhängige“, tatsächliche Wartezeit verlängern könnten), hat auch der Gesetzgeber erkannt und daher ein transparentes Aufnahmeverfahren geschaffen.<sup>40</sup> Es stellt einen „EingangsfILTER“ in den Allokationsprozess dar und soll ausschließen, dass die Aufnahme auf die Warteliste von nichtmedizinischen, mithin finanziellen oder sozialen, Erwägungen abhängig gemacht wird.<sup>41</sup> Somit besteht ein für ausreichend erachteter Schutz vor einer solchen Missbrauchsgefahr, sodass auch i.R.d. hier vorgeschlagenen Modells insoweit keine Bedenken gegen die Beibehaltung dieser Verfahrensweise bestehen. Ebenso besteht die Gefahr, dass sich Personen erst zu dem Zeitpunkt zur Spende bereit erklären, wenn sie in absehbarer Zeit selbst ein Organ benötigen werden. Sie erhalten dann jedoch abgesehen von ihrem Anfangsbonus nur für die kurze Zeit bis zum Eintritt in die Warteliste den Zeitbonus angerechnet. Ein Handeln zum Nachteil von Personen mit langjähriger Erklärungszeit kann daher ausgeschlossen werden.<sup>42</sup>

#### *a. Begrenzung der Spendeerklärung*

Nach § 2 Abs. 2 S. 2 TPG hat jeder die Möglichkeit seine Einwilligung in die Entnahme auf bestimmte ausgewählte Organe<sup>43</sup> zu begrenzen.<sup>44</sup> Für die Berücksichtigung dieser Begrenzung im vorgeschlagenen Bonusmodell erscheinen zwei Regelungen denkbar: Entweder wird dem Zustimmungsenden der Bonus nur für die Wartelisten derjenigen Organe gewährt, die er selbst zu spenden bereit ist, oder ihm wird der Bonus auf Wartelisten auch für andere Organe angerechnet. Allerdings treten –

<sup>40</sup> vgl. §§ 10 Abs. 2 Nr. 2, 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG; Richtlinie für die Warteliste zur Nieren- und zur (Nieren-)Pankreastransplantation I, II. 1. und 2.

<sup>41</sup> Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler, Transplantationsgesetz, Kommentar, 2001, § 10, Rn. 9; BT-Drs. 13/8017, S. 42.

<sup>42</sup> Vorgeschlagen wird auch eine Karenzzeit zwischen dem Zeitpunkt der Spendeerklärung und der bevorzugten Organzuteilung: Kühn (Fn. 15), S. 143. Gubernatis, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 33.

<sup>43</sup> Die Gewebespende soll hierbei außer Betracht bleiben, weil Gewebe nach derzeitiger Praxis nicht nach einer zentralen Warteliste alloziert wird. Ob die Reziprozität zwischen der Abgabe der Erklärung zur Gewebespende und einem Empfang eines Organs hergestellt werden kann, muss bezweifelt werden und bedarf der – im Rahmen dieses Beitrags nicht möglichen – detaillierten Betrachtung.

<sup>44</sup> Im Jahre 2008 wurden bei über 85 % aller Organspender mehrere Organe entnommen, sog. Multiorganspender (Quelle: www.dso.de <aufgerufen am: 13.09.2009>).

aufgrund statistischer Erkenntnisse – Fälle, in denen ein Patient im Rahmen einer Operation mehrere Spenderorgane erhält, äußerst selten auf<sup>45</sup>, sodass es jedenfalls dem Grunde nach bei einem Verhältnis von einem gespendeten und einem empfangenen Organ bleibt. Daher soll jeder zustimmenden Person der Bonus auf sämtlichen Wartelisten angerechnet werden, unabhängig vom Umfang der individuell auf bestimmte Organe bezogenen erklärten Spendebereitschaft.

*b. Widerruf der Zustimmung und erneute zustimmende Erklärung zur Organspende*

Des Weiteren gilt es zu entscheiden, ob der Widerruf der einmal getätigten zustimmenden Erklärung zur Organspende zulässig sein soll. Verschiedentlich wird für eine Unwiderrufbarkeit der Spendeerklärung plädiert, weil demjenigen, der kurz vor seinem Tod sein Widerrufsrecht ausübt, der lebenslange Optionsnutzen der bevorzugten Allokation zu Gute kam, aber er zugleich den Preis dafür, nämlich die Zustimmung zur eigenen (postmortalen) Organspende, verweigert.<sup>46</sup> Dabei wird jedoch übersehen, dass auch diese Person während des gesamten individuellen Erklärungszeitraums im Falle ihres Todes als potentieller Spender zur Verfügung gestanden hätte.<sup>47</sup> Die Befürworter der Unwiderruflichkeit, gehen offenbar davon aus, dass der Einzelne den Zeitpunkt seines Todes voraussehen bzw. bestimmen könnte, um sich daraufhin gezielt mittels Widerrufs seiner Zustimmung der Organentnahme zu entziehen, und erliegen zudem einer verfehlten ex-post-Betrachtung, nach welcher die tatsächlich bestehende Entnahmemöglichkeit bei Eintreten des jederzeit möglichen Todes (Hirntod aufgrund eines überwiegend plötzlichen Unglücksfalls<sup>48</sup>) während des zurückliegenden individuellen Zustimmungszeitraums unberücksichtigt bleibt. Eine somit abzulehnende Unwiderruflichkeitslösung würde daher das für die Organgewinnung relevante gesamte Erklärungsverhalten in einer unvollständigen Betrachtungsweise auf den bloßen Widerruf vor dem Ableben reduzieren.

Schließlich würde der Ausschluss einer Widerrufsmöglichkeit einen erheblichen Hinderungsgrund für potentiell Erklärungswillige aufgrund der Endgültig-

---

<sup>45</sup> Im Jahre 2008 fanden 4.675 Transplantationen (einschließlich Lebendspender-Transplantationen) in Deutschland statt, davon 209 Multiorgantransplantationen nach postmortalen Organspende (121 in der Kombination Niere-Pankreas). Dies sind 5,15 % aller Transplantationen nach postmortalen Organspende bei 4.055 Transplantationen nach postmortalen Organspende (4.675 Transplantationen minus 565 Nierenlebenspende-Transplantationen und 55 Teileber-Lebenspende-Transplantationen). (Quelle: Antwortschreiben der DSO aus August 2009; [www.dso.de](http://www.dso.de) <aufgerufen am: 13.09.2009>).

<sup>46</sup> Dahingehend: *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 221 f.; *Wille* (Fn. 2), S. 95 f.; ähnlich kritisch zur Unwiderrufbarkeit: *Oppen* (Fn. 32), S. 166; *Schott* (Fn. 38), S. 350; *NER* (Fn. 1), S. 31.

<sup>47</sup> Vgl. *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 23: „Das Gleichgewicht zwischen Geben und Nehmen ist gewährleistet.“

<sup>48</sup> Zu den verschiedenen Ursachen für den Eintritt des Hirntodes siehe: [www.dso.de/grafiken/g13.html](http://www.dso.de/grafiken/g13.html) <aufgerufen am: 13.09.2009>.

keit der Entscheidung über die „postmortale Integrität“<sup>49</sup> implizieren.<sup>50</sup> Daher muss der Widerruf der eigenen zustimmenden Spendeerklärung mit Blick auf das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) jederzeit möglich bleiben.<sup>51</sup>

Als Folge der Widerrufbarkeit der Zustimmung muss unter Beachtung des (potentiell) geleisteten Beitrages zur Reduzierung des Organmangels gewährleistet sein, dass im Falle der eigenen Organbedürftigkeit diejenigen Erklärungsjahre in die Berechnung des Wartelistenplatzes einbezogen werden, die eine Person vor ihrem Widerruf „angesammelt“ hat. Andernfalls würde ein Wegfall dieser Altjahre aufgrund des Widerrufs für die betreffende Person eine unangemessene Benachteiligung mit Sanktionscharakter bedeuten.

Für eine erneute zustimmende Erklärung nach zuvor erfolgtem Widerruf ergibt sich demgemäß, dass zu dem „gesammelten“ Bonus lediglich ein erneuter sog. Zeitbonus hinzutritt. Ein sog. Startbonus kann dagegen nicht erneut erlangt werden, um insoweit einen Missbrauch der Bonusgewährung durch wechselnde Abgabe von Zustimmungs- und Widerrufserklärungen auszuschließen.

### *c. Berücksichtigung minderjähriger und einwilligungsunfähiger Personen*

Nach § 2 Abs. 2 S. 3 TPG kann die Einwilligung in die Organentnahme vom vollendeten sechzehnten Lebensjahr an erklärt werden (der Widerspruch vom vollendeten vierzehnten Lebensjahr). Angelehnt an die Testierfähigkeit nach § 2229 BGB hat der Gesetzgeber in typisierender Weise entschieden, dass Menschen ab diesem Zeitpunkt die für die Organspende benötigte Einsichtsfähigkeit besitzen.<sup>52</sup> Gleichwohl bleibt die tatsächliche Einwilligungsfähigkeit erforderlich und bei deutlichen Entwicklungsdefiziten ist eine Erklärung zur Organspende unwirksam.<sup>53</sup> Das TPG sieht die Zustimmung zur Spende als höchstpersönliche Entscheidung des Organspenders an<sup>54</sup>, weswegen eine Erklärung der Eltern als gesetzliche Ver-

<sup>49</sup> Die vom postmortalen Selbstbestimmungsrecht getragene Entscheidung über die Erhaltung des Körpers in seiner Ganzheit nach dem Tod, vgl. BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto); *Hirsch/Schmidt-Didzuhn* (Fn. 1), S. 47.

<sup>50</sup> So auch *Wille* (Fn. 2), S. 96 f.

<sup>51</sup> Ebenso *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 23; *Kühn* (Fn. 15), S. 143.; i.Erg. auch *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 222.

<sup>52</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 18; *Nickel/Schmidt-Preisikge/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 7; *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 30.

<sup>53</sup> *Schroth*, in: *Schroth/König* u.a. (Fn. 30), § 3, Rn. 3.

<sup>54</sup> *Schroth*, in: *Schroth/König* u.a. (Fn. 30), § 3, Rn. 4; *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 221; vgl. *Wille* (Fn. 2), S. 99 f.; Gleichwohl ist die Zustimmungsersetzung durch die Eltern möglich, vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 TPG.



treter eines Minderjährigen (§§ 1626, 1629 BGB) an seiner statt nicht möglich ist.<sup>55</sup> In einem Bonusmodell hat dies aber die Konsequenz, dass z.B. ein 12-jähriger, der ein Spenderorgan benötigt, niemals über die Möglichkeit verfügte, einen Bonus zu erlangen. Eine Absenkung der Altersgrenze zur Erklärungsfähigkeit kann dieses Problem jedoch nicht lösen, da die vorausgesetzte Einsichtsfähigkeit zugleich als genereller Schutz des Minderjährigen vor Entscheidungen fungiert, deren Folgen zu überschauen er noch nicht in der Lage ist. Trägt man diesem Schutzgedanken Rechnung, würde dies auf der anderen Seite mit dem gleichfalls aus Schutzgesichtspunkten nicht hinnehmbaren Nachteil der Versagung des Bonus korrespondieren, da die Gewährung desselben an die Abgabe einer wirksamen – dem Einsichtsunfähigen gerade rechtlich nicht möglichen – zustimmenden Erklärung geknüpft wird. Daher wird vorgeschlagen, Minderjährige<sup>56</sup> hinsichtlich der Zuerkennung eines Bonus, nicht jedoch hinsichtlich der postmortalen Organentnahme, wie Zustimmung zu behandeln.<sup>57</sup> Gerade bei der Zuteilung von (lebenswichtigen) Organen würden im Wachstum und Entwicklung befindliche Menschen gravierendere negative Auswirkungen durch eine längere Wartezeit hinzunehmen haben als organbedürftige Erwachsene. Schließlich ergibt sich auch aus höherrangigem Recht der Appell an den Staat Schutzmaßnahmen für Minderjährige zu treffen (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 3 und Art. 24 UN-Kinderrechtskonvention<sup>58</sup>), welcher diese Besserstellung als gerechtfertigt erscheinen lässt.

Zwei Berechnungsalternativen erscheinen dabei denkbar: Aufgrund der zu vermeidenden Schlechterstellung des Minderjährigen gegenüber dem bspw. 20-jährigen, erwachsenen Zustimmungenden, soll dem Minderjährigen in einer Variante auch der sog. Startbonus gewährt werden. Hinzu tritt ein vom Lebensalter abhängender sog. Zeitbonus, der bis zum Alter von 16 Jahren anwachsend sein soll, um wiederum eine Benachteiligung des bspw. 20-jährigen erwachsenen Zustimmungenden zu vermeiden. Andernfalls würde eine zur Vergleichsgruppe der Erwachsenen nicht erklärbare erhöhte Privilegierung auftreten.

Gleichwohl erscheint eine andere Variante auch denkbar, die dem Minderjährigen ab seiner Geburt einen starren, mithin nicht anwachsenden sog. Minderjähri-

---

<sup>55</sup> *Diederichsen*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 1626, Rn. 10. Auch die Möglichkeit, die Entscheidung einer namentlich benannten Person seines Vertrauens zu übertragen (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 Var. 3 TPG) ist erst ab 16 Jahren möglich, vgl. dazu *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 30. für einen für verbindlich betrachteten Elternwillen aber *Breyer/Kliemt*, in: Oberender (Fn. 15), S. 152.

<sup>56</sup> Minderjährige werden bereits nach der geltenden Rechtslage bevorzugt behandelt (vgl. z.B. „Richtlinie für die Organvermittlung zur Nierentransplantation II. 1.8.“).

<sup>57</sup> so auch: *Kühn* (Fn. 15), S. 180 ff.; ähnlich *Junghanns* (Fn. 32), S. 140; *Wille* (Fn. 2), S. 101: „unabhängig von „seiner“ eigenen Spendebereitschaft der gleiche Anspruch auf ein Organ“; *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 32 f.: „Kinderwarteliste als spezielle Dringlichkeitskategorie“; für Sonderregelungen für Kinder: *Breyer/Kliemt*, in: Oberender (Fn. 15), S. 153; für Ausnahmeregelungen für Kinder und Heranwachsende: *Kliemt*, in: Nagel/Fuchs (Fn. 17), S. 269; *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 50: Kinder werden wie Spender berücksichtigt.

<sup>58</sup> UN-Kinderrechtskonvention – Übereinkommen über die Rechte des Kindes (v. 20.11.1989).

genbonus gewährt, der einem über 16 Jahre anwachsenden Zeitbonus eines erwachsenen Zustimmenden entspricht. Bei der Gewährung des sog. Minderjährigenbonus als Bonus eigener Art ist die Anrechnung des sog. Startbonus entbehrlich, da dieser seiner Konzeption nach die tatsächlich erklärte Zustimmung honoriert. Schließlich ist der starre Zeitbonus vorzugswürdig, weil dieser – über den Zeitraum von 16 Jahren angewachsen – im Verhältnis zum sog. Startbonus deutlich größer ist. Gegen einen anwachsenden Zeitbonus spricht ferner, dass innerhalb der Gruppe der Minderjährigen keine Unterschiede von relevanter Art hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit zu erkennen sind, die eine differenzierte, mithin nur anwachsende Bonusvergabe rechtfertigen würden.

Der Bonus des Minderjährigen erlischt mit Vollendung des 18. Lebensjahres, es sei denn, der Bonus verfällt zuvor in Folge einer im Lebensalter zwischen 16 und 18 Jahren abgegebenen Zustimmungserklärung<sup>59</sup>. Die damit dem schon einwilligungsfähigen Minderjährigen erkennbar gewährte zweijährige Karenzzeit dient der Möglichkeit, sich in zeitlich ausreichendem Maße Informationen zur Organspende zu verschaffen und zu einer reiflich überlegten Entscheidung zur Abgabe einer Erklärung zur Organspende zu gelangen, ohne die Nachteile eines Zeitbonusverlustes in Kauf nehmen zu müssen. Es kann somit ein gemilderter Übergang in die Reziprozität ermöglicht werden.

Eine Erklärung, mit welcher der Minderjährige erst kurz vor Vollendung des 18. Lebensjahres einen „Start-“ und „Zeitbonus“ erwirbt, stellt schließlich auch keine missbräuchliche Rechtsausübung dar, vielmehr nutzt der Minderjährige die ihm damit eingeräumte Übergangsphase als Bedenkzeit.

Eine vergleichbare Situation liegt bei (unter Betreuung stehenden) einwilligungsunfähigen Personen (vgl. § 104 Nr. 2 BGB) vor<sup>60</sup>, da diese mangels wirksamer Zustimmung nicht den Bonus für sich in Anspruch nehmen können. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit dieser Entscheidung kann auch ein Betreuer die Spendeerklärung für den Betreuten nicht wirksam abgeben.<sup>61</sup> Somit ergibt sich zunächst für diese Personen bei der Gewährung des Bonus kein Unterschied zu einwilligungsunfähigen Minderjährigen<sup>62</sup>, mit der einzigen Ausnahme, dass der für diese Personengruppe geltende Minderjährigenbonus bereits mit 16 Jahren verfällt, weil der o.g. Karenzzeit aufgrund einer fortbestehenden Einwilligungsunfähigkeit keine Schutzbedeutung zukommt. Jedoch soll ab der Vollendung des 16. Lebensjahres für diese weiterhin Einwilligungsunfähigen der sog. Start- und anwachsender sog. Zeitbonus in gleichem Maße gewährt werden wie bei tatsächlich Zustimmenden. Diese Gleichsetzung begründet sich aus dem Gleichbehand-

---

<sup>59</sup> Erklärt der nunmehr einwilligungsfähige seinen Widerspruch bleibt der Bonus bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres gleichwohl bestehen.

<sup>60</sup> Weitergehend wohl *Schott* (Fn. 38), S. 350 f.: „Nicht nur Urteilsunfähige, sondern auch zahlreiche mündige Erwachsene mögen mit [...] dem bloßen Entscheid für eine Organspende überfordert sein.“

<sup>61</sup> *Diederichsen* (Fn. 55), § 1896, Rn. 23.

<sup>62</sup> So auch *Jungbanns* (Fn. 32), S. 140; *Kühn*, MedR 1998, 460.

lungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) und Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) in Zusammenschau mit der ihnen rechtlich nicht möglichen Erklärungsabgabe.

Bei Erlangung der Einwilligungsfähigkeit wächst der fiktive Zeitbonus nicht weiter an und der fingierte Startbonus verfällt, es sei denn, es erfolgt nunmehr eine Zustimmungserklärung, wobei es sich sodann um einen nach allgemeinen Regeln zu bestimmenden und erlangbaren Bonus handelt.

Tritt der Zustand der Einwilligungsunfähigkeit erst im Erwachsenenalter (z.B. durch Demenz) ein, läuft der sog. Zeitbonus bei zuvor erklärter Spendebereitschaft weiter.<sup>63</sup> Bei nicht zuvor erklärter Spendebereitschaft gelten die Regelungen für die Einwilligungsunfähigen entsprechend dem oben Ausgeführten. Freilich gelten sie nicht als Organspender.

#### *d. Verhältnis von sich nicht Erklärenden und widersprechenden Personen*

Nach § 4 Abs. 1 S. 2 TPG ist es zulässig, dass bei Nichtvorliegen und Nichtbekanntsein einer Erklärung über Einwilligung oder Widerspruch des Verstorbenen dessen Angehörige in Ausübung ihres Totenfürsorgerechts<sup>64</sup> eine eigene Entscheidung über die Entnahme treffen und somit die Einwilligung des Verstorbenen durch ihre Zustimmung ersetzen können. Klärungsbedürftig ist das Verhältnis dieser sich nicht erklärenden Personen gegenüber solchen, die der Organentnahme ausdrücklich widersprechen, da bei letzteren diese erweiterte Möglichkeit der Organentnahme ausgeschlossen ist. Trotz dieses Unterschiedes soll der sich nicht Erklärende jedoch im vorgeschlagenen Modell nicht anders behandelt werden als der Widersprechende, da nur die eigene zustimmende Erklärung zur Organspende durch den Bonus der Bevorzugung belohnt werden soll.<sup>65</sup>

#### *e. Personen, die aus medizinischen Gründen nicht postmortal spenden können*

Aufgrund verschiedener Erkrankungen können Personen nicht für eine postmortale Organabgabe in Frage kommen. Wenn diese aber gleichwohl ihre Spendebereitschaft erklären wollen, ist fraglich, ob ihnen der Bonus zugute kommen soll. Dabei ist zwischen denjenigen Personen zu unterscheiden, die schon vor jedweder Spendeerklärung aufgrund ihrer gesundheitlichen Disposition für eine Organspende nicht zur Verfügung stehen und denjenigen, die erst nach ihrer Spendeerklärung derart erkranken.

---

<sup>63</sup> Zur Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit könnten z. B. die im Rahmen des Betreuungsverfahrens regelmäßig einzuholenden Sachverständigengutachten herangezogen werden.

<sup>64</sup> Zu diesem aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Recht: *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 15.07.2009, 4. Ed., Art. 2, Rn. 6; OVG NRW NVwZ 2002, 996, 997 jew. m.w.N.

<sup>65</sup> Unter diesen veränderten Rahmenbedingungen erscheint die Ersetzungsbefugnis der Angehörigen aus § 4 Abs. 1 S. 2 TPG (also die *Erweiterung* der Zustimmungslösung) verfassungsrechtlich zweifelhaft, vgl. dazu schon zur geltenden Rechtslage: *Wille* (Fn. 2), S. 74 ff.

Grundsätzlich ist nicht feststellbar, ob eine erkrankte Person, die in jüngerem Lebensalter ihre Spendebereitschaft erklärt hat, nicht aufgrund sich fortentwickelnder medizinischer Möglichkeiten geheilt werden kann und ihre Organe zur Transplantation schließlich doch geeignet sind.<sup>66</sup> Daher soll das eigene Unvermögen, (aktuell) spenden zu können, keine Auswirkungen auf die Behandlung im vorgeschlagenen Modell haben. Ungeachtet der Frage, ob Personen bei anfänglich bestehender Erkrankung überhaupt selbst als Organempfänger in Betracht kommen<sup>67</sup>, ist freilich denkbar, dass sie eine geringere Hemmschwelle zur Abgabe einer zustimmenden Erklärung zu überwinden haben und schließlich eine mit Blick auf die Organentnahme keine Wirkung entfaltende Erklärung abgeben. Die Frage, ob und inwieweit sich daraus Missbrauchsgefahren ergeben könnten, wird hier als nicht relevant gewertet. Eine Ungleichbehandlung würde sich mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG jedoch nicht rechtfertigen lassen, auch wenn systembedingt durch diese Personen möglicherweise Leistungen in Anspruch genommen werden, ohne dass der reziproke Gegenwert von diesen Personen dem System zufließt. Allen Zustimmenden, die nach Abgabe ihrer Erklärung in einen entsprechenden Krankheitszustand verfallen, soll der Bonus daher fortwirkend gewährt werden, da durch diesen die Erklärung zur Spendebereitschaft belohnt wird, welche jedenfalls bis zum Eintritt des „Unvermögens“ eine Organentnahme auch tatsächlich zuließ. Somit bedarf es in Ansehung dieser wertungsmäßig gebotenen Ausnahmekonstellation eines Verzichts auf die Anwendung des Reziprozitätsgedankens.

*f. Berücksichtigung von Personen, die aus religiösen oder gewissenstragen Gründen nicht spenden können*

Wenngleich innere Überzeugungen schwer feststellbar sind, werden Personen existieren, die sich aufgrund ihrer religiösen Überzeugung oder aus Gewissensgründen nicht zu einer Organspende bereiterklären oder dieser widersprechen.<sup>68</sup> Dies stellt eine freie Entscheidung in einer für alle Personen gleichen äußeren Situation dar, die in Ermangelung von vergleichbaren Schutz Gesichtspunkten (z.B. Einwilligungsunfähige)<sup>69</sup> nicht zu einer Behandlung als Zustimmende hinsichtlich der Bonusgewährung führen kann. Im Rahmen des Transplantationswesens können Entscheidungen von einzelnen Religionsangehörigen nicht anders behandelt werden,

<sup>66</sup> Ebenso *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 49 f.

<sup>67</sup> Dazu u.a. *Schmidt*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, 2003, S. 25 ff. m.w.N.

<sup>68</sup> Während die Vertreter der großen christlichen Kirchen, des Islam und des Judentums die Organtransplantationen grundsätzlich befürworten, besteht für schiitische Moslems das Problem, dass sichergestellt werden muss, dass auch der Empfänger Moslem ist, vgl. *Kühn* (Fn. 15), S. 184 in Fn. 36 m.w.N.; *Körtner*, in: Oduncu/Schroth/Vossenkuhl (Hrsg.), *Transplantations – Organgewinnung und –allokation*, 2003, S. 115 f. m.w.N.

<sup>69</sup> Vgl. oben II. 2. c.

da dies auf eine Bevorzugung einzelner Bekenntnisse hinausliefe.<sup>70</sup> Diese Personen werden ebenso wie diejenigen, die sich aus Gewissensgründen nicht zu einer Organspende entscheiden, wie alle anderen Personen behandelt, die aus sonstigen Motiven heraus ihre Spendebereitschaft nicht erklären oder widersprechen.<sup>71</sup>

### *g. Keine Einbeziehung von Lebendorganspendern*

Denkbar erscheint es auch, Lebendorganspendern (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG) einen Bonus zukommen zu lassen.<sup>72</sup> Dagegen<sup>73</sup> ist jedoch einzuwenden, dass dies im vorgeschlagenen Modell nicht systemkonform erscheint, weil die Reziprozität zwischen einer zugunsten der Allgemeinheit wirkenden Erklärung zur postmortalen Organspende und der Bevorzugung hergestellt werden soll und es sich damit im Vergleich zur zugunsten eines Einzelnen wirkenden Lebendorganspende um einen anderen Organempfängerkreis handelt. Auch das TPG unterscheidet zwischen der Organengewinnung durch postmortale Spende und Lebendspende (vgl. §§ 3 ff. und § 8 TPG). Somit werden Lebendspender – ungeachtet einer zu Lebzeiten getätigten Spende – wie alle anderen Personen behandelt, wenn sie ihre zustimmende Erklärung zur postmortalen Organentnahme abgeben. Unbenommen bleibt es darüber hinaus, die Lebendspende außerhalb des hier betrachteten, allein auf die Erhöhung der postmortalen Organspenden abzielenden Systems zu honorieren.

## 3. Legislativer Anpassungsbedarf zur Implementierung des Modells der erweiterten Zustimmungslösung mit dem Bonus der Bevorzugung

### *a. Anknüpfungspunkt für Normänderungen im Bereich der Kriterien zur Berechnung eines Wartelistenplatzes*

Die Umsetzung des vorgeschlagenen Modells im bestehenden Rechtsgefüge des Transplantationswesens erfordert möglicherweise Normanpassungen im Transplantationsgesetz und den Richtlinien der BÄK für die Organvermittlung (zur Nierentransplantation)<sup>74</sup>, wobei sich der Fokus insbesondere auf die Kriterien zur Berechnung des Wartelistenplatzes eines Organbedürftigen richtet. Die Berechnung des Wartelistenplatzes ergibt sich aus den Vorgaben des TPG, welche durch die

---

<sup>70</sup> Blankart/Kirchner/Thiel (Fn. 13), S. 42 f.

<sup>71</sup> Sollten Angehörige dieser Gruppe – entgegen der hier vertretenen Ansicht – hinsichtlich der Bonusgewährung wie Zustimmungsende behandelt werden, besteht das Problem der Nachweisbarkeit einer ernsthaften Verweigerung aus religiöser Überzeugung oder Gewissensgründen. Als Lösung könnte ein Nachweisverfahren vergleichbar dem bei der Kriegsdienstverweigerung (vgl. § 5 KDVG) dienen, welches den Lebensspendekommissionen übertragen werden könnte.

<sup>72</sup> So *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 20, 33.

<sup>73</sup> *Schott* (Fn. 38), S. 344 f. m.w.N.

<sup>74</sup> Vgl. oben Fn. 20.

Richtlinien der BÄK für die einzelnen vermittlungspflichtigen Organe verbindlich<sup>75</sup> umgesetzt und konkretisiert werden.<sup>76</sup> In diesen sind entsprechende Regelungen zur Berücksichtigung eines Bonus in der hier unterbreiteten Weise aufzunehmen, wobei als Maßstab zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser geänderten Richtlinieninhalte die normativen Vorgaben nach § 12 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG zu berücksichtigen sind. Dabei ist es denkbar, dass diese Normen erforderlichenfalls selbst einer Änderung bedürfen.

*b. Berechnungskriterien de lege ferenda: Notwendige Änderungen der Richtlinien für die Organvermittlung und des Transplantationsgesetzes*

Dem hier zugrunde liegenden Vorschlag folgend, einen Bonus der Bevorzugung, bestehend aus sog. Anfangs- und sog. Zeitbonus, in das Berechnungskriterium der „Wartezeit“ zu implementieren, ist es erforderlich, grundlegende Anpassungen innerhalb dieses Kriteriums in den einzelnen Richtlinien für die Organvermittlung vorzunehmen. Eine exakte Festlegung der Gewichtung, sowohl des sog. Anfangs-, als auch des sog. Zeitbonus untereinander,<sup>77</sup> sowie im Verhältnis zur tatsächlichen Wartezeit, soll den medizinischen, ökonomischen bzw. mathematischen Fachdisziplinen überlassen sein. Zu berücksichtigen sind dabei die oben ausgeführten Vorgaben.

Als Ausgangspunkt einer einheitlichen Vorgabe für alle vermittlungspflichtigen Organe bestimmt § 12 Abs. 3 S. 1 TPG, dass die Organvermittlung nach dem „Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft [...], insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit für geeignete Patienten“ zu erfolgen hat. Die skizzierten Änderungen der Richtlinien müssten von dieser Vorgabe umfasst sein. Der Begriff „insbesondere“ verdeutlicht, dass sich die Organvermittlung maßgeblich nach diesen beiden Kriterien richten soll.<sup>78</sup> Zugleich eröffnet der Gesetzgeber dem Richtliniengeber jedoch die Möglichkeit weitere in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG unbenannte Kriterien zu bestimmen. Ein Vergleich zu § 12 Abs. 1 S. 4 TPG mit der Formulierung „insbesondere mit den Grundrechten“ verdeutlicht durch Verwendung dieser Regelungstechnik nochmals den beispielhaft hervorhebenden Charakter von benannten Kriterien.<sup>79</sup> Das – wenngleich geänderte<sup>80</sup> – Kriterium der „Wartezeit“ mit einem Anteil von 30 % an der Gesamtberechnung des Wartelistenplatzes erscheint daher von dieser Vorgabe erfasst zu sein. Gleichwohl soll

<sup>75</sup> Vgl. Richtlinie für die Organvermittlung zur Nierentransplantation I. 1. (S. 3): „Diese Richtlinien sind für die Vermittlungsstelle verbindlich.“

<sup>76</sup> Siehe bereits oben II. 1.

<sup>77</sup> Verhältnis von Anfangs- und Zeitbonus, siehe oben II. 2.

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 26: „in erster Linie“; vgl. Duden, www.duden.de <aufgerufen am: 11.11.2009>: „insbesondere“ steht für „im Besonderen“ bzw. „vor allem“.

<sup>79</sup> Vgl. BT-Drs. 13/8017, S. 42.

<sup>80</sup> Vgl. oben II. 2. bei Fn. 39.

§ 12 Abs. 3 S. 1 TPG so zu verstehen sein, dass alle Verteilungsregeln an die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft gebunden sind.<sup>81</sup> Folgt man dieser Auffassung<sup>82</sup> widerspräche eine Verteilung nach dem zusätzlichen Unterkriterium der individuell erklärten Spendebereitschaft innerhalb der Wartezeit jedoch dieser Vorgabe<sup>83</sup>, sodass es einer Normänderung mit dem Ziel der Aufnahme des Kriteriums der Wartezeit und seiner Unterkriterien in § 12 TPG bedarf. Auch aus Gründen der Rechtsklarheit sowie wegen der seit Erlass des TPG bestehenden erheblichen Kritik an der Ausgestaltung von § 12 Abs. 3 S. 1 TPG im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie und der fehlenden Bestimmtheit<sup>84</sup> wird eine Normänderung als notwendig angesehen, durch welche alle Verteilungskriterien und ihre Gewichtung zueinander, unter Beachtung der aufgeführten Sonderregelungen für die benannten Gruppen<sup>85</sup> im TPG beschrieben werden, um auf diese Weise die skizzierten Änderungen für den Richtliniengeber präzise vorzugeben.<sup>86</sup>

### III. Die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Modells mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Überall dort im Gesundheitswesen, wo Rationierung und Allokation knapper Güter in verschiedenen Formen auf unterschiedlichen, strukturell voneinander abhängigen Ebenen stattfindet<sup>87</sup>, muss den verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine angemessene Verteilung begrenzter Ressourcen und deren verfahrensrechtlicher Ausgestaltung Rechnung getragen werden. Dabei stehen für das öffentliche Gesundheitswesen besonders zwei Aspekte im Fokus: Die Verfahrens- und Organisationsstrukturen für notwendige Verteilungsentscheidungen<sup>88</sup> und die prägenden

---

<sup>81</sup> Vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 26; vgl. *Schreiber*, in: Honnefelder/Streffer (Hrsg.), Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 5, 2000, S. 141, 144; *ders.*, in: Beckmann/Kirste/Schreiber, Organtransplantation, 2008, S. 83.

<sup>82</sup> Zur Kritik an der Charakterisierung als „medizinische Kriterien“ und siehe oben Fn. 31.

<sup>83</sup> So *Schreiber*, in: Dierks/Neuhaus/Wienke (Hrsg.), Die Allokation von Spenderorganen, 1999, S. 67; vgl. *Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, 2002, S. 123 f.

<sup>84</sup> Vgl. nur *Gutmann* (Fn. 13), S. 113 ff.; *ders.*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 12, Rn. 21 ff.; *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 37 ff.; *Höfling*, in: Höfling (Fn. 31), § 16, Rn. 7 ff. jew. m.w.N.

<sup>85</sup> Vgl. oben II. 1. c.

<sup>86</sup> § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 TPG stellt ohne einen über § 12 Abs. 3 S. 1 TPG hinausgehenden Regelungsinhalt bezüglich der Allokationskriterien eine Aufgaben- und Befugniszuweisungsnorm (Richtlinienermächtigung) dar und bedarf daher für die Einführung des vorgeschlagenen Modells nicht notwendig einer Änderung.

<sup>87</sup> *Taupitz*, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 122.

<sup>88</sup> Zur Ausgestaltung der Verfahren im Transplantationswesen, vgl. *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 37 ff.; *Taupitz*, NJW 2003, 1147 ff.

Grundrechtspositionen der Betroffenen.<sup>89</sup> Da das System der Organvermittlung in Deutschland als Teil des öffentlich-rechtlichen Gesundheitswesens konstituiert ist und sich daher als ein in hohem Maße grundrechtsrelevanter Bereich darstellt<sup>90</sup>, hat der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass die knappen Spenderorgane möglichst gerecht und nach transparenten Kriterien an geeignete Empfänger im Rahmen der Möglichkeiten des gesundheitlichen Versorgungssystems verteilt werden.<sup>91</sup>

1. Vereinbarkeit des Modells mit den Grundrechten von Zustimmenden, sich nicht Erklärenden und Widersprechenden unter dem Blickwinkel ihrer jeweiligen Betroffenheit als (potentielle) Organspender und -empfänger

*a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)*

Die vom vorgeschlagenen Modell vorgesehene Berücksichtigung der erklärten Spendebereitschaft bei der Organallokation und das durch intensive Aufklärungsarbeit<sup>92</sup> zu verschaffende Wissen um die Bevorzugung spendebereiter Organbedürftiger führt dazu, dass der Einzelne – sofern eine Auseinandersetzung mit der Thematik stattfindet – im eigenen Interesse eine persönliche Abwägung hinsichtlich seiner Spendebereitschaft vornehmen wird.<sup>93</sup> Die in Aussicht gestellte Bevorzugung im Fall erklärter Spendebereitschaft ist der Sache nach geeignet, eine individuelle Anreizwirkung gegenüber dem Einzelnen zu entfalten und ihn mit der Situation einer möglicherweise im Laufe seines Lebens einsetzenden eigenen Organbedürftigkeit sowie der Möglichkeit einer postmortalen Organentnahme zu konfrontieren.<sup>94</sup> Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Einflussnahme auf die Entscheidung über eine mögliche Spendebereitschaft in nicht zu rechtfertigender Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreift.

Mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts* ist es die Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Ergänzung der benannten Freiheitsrechte, „im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht

<sup>89</sup> *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 9.

<sup>90</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 89), S. 22.

<sup>91</sup> *Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler* (Fn. 41), § 12, Rn. 1.

<sup>92</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 TPG, der einen Auftrag für eine Vielzahl von Behörden begründet, die Bevölkerung über die Möglichkeit der Organspende, die Voraussetzungen der Organentnahme und die Bedeutung der Organübertragung aufzuklären.

<sup>93</sup> *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1565.

<sup>94</sup> So auch *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1565; *Kühn* (Fn. 15), S. 189.



abschließend erfassen lassen.<sup>95</sup> Dem Einzelnen soll ein abgeschirmter Bereich persönlicher Entfaltung zur Verfügung stehen, in dem er Intimität wahren, sich dem Einblick des Staates und Dritter entziehen kann, den er selbst gestalten kann ohne sich öffentlicher Einflussnahme unterwerfen zu müssen.<sup>96</sup> Wie sich aus der Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ergibt, enthält das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein „Element der freien Entfaltung der Persönlichkeit“, das sich als Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs von dem „aktiven“ Element dieser Entfaltung – der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) – abhebt.<sup>97</sup> Zu den Schutzgütern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört auch das Recht auf individuelle Selbstbestimmung<sup>98</sup>, welches vor Beeinträchtigungen autonomer Selbstbestimmung, Selbstdarstellung und Selbstentfaltung schützen soll.<sup>99</sup> Die für die Eigenständigkeit des Selbstbestimmungsrechts maßgebliche Exklusivität wird dabei besonders hervorgehoben, wenn das *Bundesverfassungsgericht* das Recht betont, in bestimmten persönlichen Bereichen „selbst und allein zu bestimmen“.<sup>100</sup> Als Kehrseite dieser aktiven Selbstbestimmung wird auch das negative Selbstbestimmungsrecht vom Schutzbereich umfasst, d.h. das Recht, sich nicht mit persönlichen Fragestellungen oder einem Sachverhalt auseinandersetzen zu müssen, von bestimmten Gegebenheiten keine Notiz nehmen und keine Entscheidung treffen zu müssen.<sup>101</sup> Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG garantiert daher auch das Recht, sich mit Fragen, die den eigenen Tod betreffen, gedanklich nicht beschäftigen und darüber nicht entscheiden zu müssen.<sup>102</sup> Die Auseinandersetzung mit dieser Frage ist aber notwendige Voraussetzung für die persönliche Entscheidungsfindung über die Bereitschaft zur Abgabe einer Erklärung zur postmortalen Organspende, sodass die individuelle Entscheidung für oder gegen eine Beschäftigung mit der Thematik der Organspende vom Gewährleistungsgehalt des Selbstbestimmungsrechts erfasst ist.

<sup>95</sup> BVerfGE 54, 148, 153; 72, 155, 170.

<sup>96</sup> Vgl. BVerfGE 27, 1, 6; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 2, Rn. 69.

<sup>97</sup> *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, 2002, Art. 2 I, Rn. 45.

<sup>98</sup> BVerfGE 54, 148, 154; 72, 155, 167, 170f.; besonders zum Autonomieschutz des Organspenders: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 53. Aufl. 2009, Art. 2 Abs. 1, Rn. 206; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1, 1988, S. 642 f.; *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 2, Rn. 5; *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 2009, Art. 2, Rn. 6.

<sup>99</sup> Vgl. *Höfling*, ZEFQ 2009, 286, 287.

<sup>100</sup> *Stern* (Fn. 98) S. 643.

<sup>101</sup> *Albrecht*, Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1986, S. 50; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 98), Art. 2 Abs. 1, Rn. 206; *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), 217; *Tag*, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 4, Rn. 3.; *dies.*, in: Kern/Wadler u.a. (Hrsg.), *Humaniora – FS für Laufs*, 2006, S. 1099; *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1565; *Hofler*, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, 2006, S. 61 f.; *Jungbanns* (Fn. 32), S. 143.

<sup>102</sup> *Hirsch/Schmidt-Dickzuhn* (Fn. 1), S. 47; *Jungbanns* (Fn. 32), S. 143.

Durch das vorgeschlagene Modell wird dem Einzelnen zwar keine Entscheidungs- oder Äußerungspflicht hinsichtlich seiner eigenen Spendebereitschaft aufgebürdet und somit auch keine Verpflichtung begründet, sich möglicherweise gegen den persönlichen Willen mit dem eigenen Tod zu beschäftigen, denn es besteht dem Grunde nach die freie Wahlmöglichkeit zwischen den folgenden Optionen: Erklärung der eigenen Spendebereitschaft, Widerspruch gegen die postmortale Organspende oder Passivität im Hinblick auf eine Auseinandersetzung mit der Abgabe einer Spendeerklärung. Die Motivation zur Abgabe einer individuellen Erklärung zur Organspende zu steigern ist das Ziel des vorgeschlagenen Modells, die Beschäftigung mit der Situation sowohl der postmortalen Organspende als auch der potentiellen eigenen Organbedürftigkeit eine davon untrennbare Nebenfolge. Dadurch könnte das negative Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen dahingehend verletzt sein, dass es zukünftig nicht mehr möglich sein wird, sich der Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende zu entziehen, und darüber hinaus ein aktives Handeln notwendig wird: So kann nur die Abgabe einer zustimmenden Erklärung zur Organspende für den Fall der eigenen Bedürftigkeit die Anrechnung eines Bonus i.R.d. Ermittlung des Wartelistenplatzes sichern. Mithin erscheint die Selbstbestimmung als Grundbedingung freier Entfaltung im Bereich der engeren persönlichen Lebenssphäre aufgrund der nicht zu vernachlässigenden Anreiz- und Druckwirkung im Zusammenhang mit dem einzuführenden Kriterium der eigenen Spendebereitschaft nicht mehr uneingeschränkt möglich.

Zur Bestimmung von Grundrechtseingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann der weite Eingriffsbegriff herangezogen werden, da die individuelle Selbstbestimmung als konkreter Schutzgegenstand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in ihrer Integrität gesichert werden soll.<sup>103</sup> Demnach liegt ein Eingriff in jedem staatlichen Handeln, welches dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt<sup>104</sup>, mithin eine Verkürzung des grundrechtlichen Gewährleistungsgehaltes darstellt.<sup>105</sup> Die Steuerungsmittel des Staates bestehen heute insbesondere im Steuer- und Sozialrecht in weiterem Umfang in der Steuerung durch Anreize mittelbarer Art, durch Beeinflussung von Rahmenbedingungen und durch Informationen, als in der Einwirkung durch Befehl oder Zwang.<sup>106</sup> Auch im Rahmen des vorgeschlagenen Modells soll mithilfe eines Anreizes bewirkt werden, dass eine Beschäftigung mit der The-

---

<sup>103</sup> *Siekmann/Duttge*, Staatsrecht I, Grundrechte, 3. Aufl. 2000, Rn. 859; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 2, Rn. 84; faktisch-mittelbare Beeinträchtigungen genügen hingegen nach umstr. Auffassung für einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG nicht, vgl. *di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 98), Art. 2 Abs. 1, Rn. 49.

<sup>104</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, Rn. 240.

<sup>105</sup> *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 64), Art. 2, Rn. 51.

<sup>106</sup> *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 185; Seiler, NZS 2007, 617, 618 ff.

matik der Organspende stattfindet und potentiell Spendewillige ihre Zustimmung zur postmortalen Organspende erklären. Die Gewichtung des Bonus im vorgeschlagenen Modell muss eine derartige Motivationswirkung auf den Einzelnen entfalten, dass eine Steigerung der Anzahl der abgegebenen Spendeerklärungen erreicht werden kann. Hierin liegt eine gezielt indirekte Verhaltenssteuerung, welche den Einzelnen durch eine erreichbare vorteilhafte Rechtsfolge<sup>107</sup> zu einem bestimmten Verhalten motivieren soll. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung liegt dabei, unabhängig von der Absicht des Staates, generell bei verhaltenssteuerndem Effekt<sup>108</sup> vor, wenn die dafür ursächliche Regelung in die Verantwortlichkeit des Staates fällt und diesem zuzurechnen ist.<sup>109</sup> Im Bereich der Organtransplantation hat der Staat jedenfalls mit Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes (TPG) im Jahre 1997 das Transplantationswesen umfassend öffentlich-rechtlich ausgestaltet<sup>110</sup>, sodass auch die zu wählenden Kriterien für die Allokation in die Verantwortung der staatlichen Gewalt fallen. Der Staat kann auch nicht dadurch von der Verantwortung für die Integrität der Grundrechtssphären seiner Bürger entbunden sein, dass diesen letztlich die Entscheidungsfreiheit über ihr Verhalten verbleibt<sup>111</sup>, mithin, ob sie sich der verhaltenssteuernden Motivation unterwerfen oder ob sie sich im Rahmen des vorgeschlagenen Modells für einen Widerspruch gegen eine Organentnahme oder die Aufrechterhaltung einer indifferenten Position entscheiden. Auf die Entschließungsfreiheit des Einzelnen wird mit dem Mittel des „Vorsorgedrucks“ eingewirkt. Wer möchte nicht im Falle der eigenen Organbedürftigkeit alle Möglichkeiten nutzen und durch eine bevorzugte Organzuteilung die eigenen Heilungschancen erhöhen? Die Erlangung dieses Vorteils ist allerdings unmittelbar mit der Abgabe der Erklärung zur Organspende verbunden. Jemand, der sich in Ausübung seines individuellen Selbstbestimmungsrechts nicht mit dem Thema Tod und Organspende beschäftigen möchte<sup>112</sup>, wird folglich auf eine bevorzugte Organallokation verzichten müssen. Auf Verhaltensteuerung abzielende staatliche Maßnahmen sind als Grundrechtseingriffe zu qualifizieren, wenn sie die konkreten Möglichkeiten einschränken, im grundrechtlich geschützten Freiheitsbe-

---

<sup>107</sup> Ebenso gilt dies für Nachteile, die der Staat an ein Tun oder Unterlassen knüpft, statt ein Verhalten zu verbieten oder zu gebieten. Vgl. *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 59, 69.

<sup>108</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 1505, 1516 sowie 1506 zum faktischen Grundrechtseingriff durch automatisierte Kennzeichenerfassung; auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit; *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 59, 70, 97, „Nicht-imperative Beeinträchtigung von Verhaltensfreiheiten“.

<sup>109</sup> *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 137 ff.; Beispiel bei *Siekmann/Duttge* (Fn. 103), Rn. 166; Grundrechtsbeeinträchtigungen durch gezielt indirekte Verhaltenssteuerung bei Steuerbegünstigungen und -belastungen: BVerfGE 70, 35, 53; 72, 200, 244 f.; 85, 238, 247; vgl. auch *Waechter*, DÖV, 1999, 138 ff., zur „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung.

<sup>110</sup> *Oppper* (Fn. 32), S. 31.

<sup>111</sup> *Siekmann/Duttge* (Fn. 103), Rn. 166.

<sup>112</sup> Dazu BVerfG NJW 1999, 3403, 3404.

reich unter Verhaltensalternativen zu wählen.<sup>113</sup> Im vorgeschlagenen Modell bewirkt die gezielte Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit gleichsam als Kehrseite der Bonusgewährung eine Freiheitsbeschränkung<sup>114</sup>, die durch die Implementierung des Anreizes die Notwendigkeit schafft, sich mit dem Thema Organspende und dem eigenen Tod auseinanderzusetzen, was einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

Das allgemeine Persönlichkeitsrechts unterliegt der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, mit der Folge der Einschränkung durch einfachen Gesetzesvorbehalt<sup>115</sup>, sodass im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter auf gesetzlicher Grundlage unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Eingriffe zulässig sind, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen.<sup>116</sup> Die Anforderungen an die Angemessenheit als Verhältnismäßigkeit i.e.S. sind jedoch aufgrund der maßgeblichen Impulse<sup>117</sup> der absolut geschützten Würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG für die Schutzverstärkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts deutlich strenger gefasst als im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>118</sup> Je näher die staatlichen Eingriffe dem Kernbereich der Persönlichkeitssphäre der betroffenen Personen stehen, desto strengere Anforderungen sind an die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stellen.<sup>119</sup> So sind in Anerkennung eines letzten unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, welcher der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist, Eingriffe in die Intimsphäre nicht zu rechtfertigen und daher einer Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zugänglich.<sup>120</sup> Als Ausdruck personaler Autonomie i.S.e. eigenen Entscheidungsbefugnis über die individuelle Willenssphäre liegt die Ausübung des positiven wie negativen Selbstbestimmungsrechts im Schutz der Individualspä-

---

<sup>113</sup> *Murswiek*, DVBl. 1997, 1021 ff.; von einem engeren Verständnis bzgl. der Anforderungen an den Grundrechtseingriff geht aus: *Seiler*, NZS 2007, 617, 620, der verhaltenslenkende Vergünstigungen im Steuer- und Sozialrecht erst dann als freiheitsrechtlich relevant betrachtet, wenn der gesetzte Anreiz eine Intensität annimmt, auf Grund derer der Begünstigte das Angebot vernünftigerweise nicht mehr ausschlagen kann, so dass ihm die Entscheidung faktisch aus der Hand genommen ist.

<sup>114</sup> Vgl. *Murswiek*, DVBl. 1997, 1021 ff.

<sup>115</sup> *Hirsch/Schmidt-Didzgehn* (Fn. 1), S. 47; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 2, Rn. 103.

<sup>116</sup> *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens (Fn. 97), Art. 2 I, Rn. 48; *Antoni*, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, 2007, 1, Rn. 17.

<sup>117</sup> *Siekmann/Duttge* (Fn. 103), Rn. 860; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 2, Rn. 103.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 104), Rn. 382.

<sup>118</sup> *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 64), Art. 2, Rn. 52; *Siekmann/Duttge* (Fn. 103), Rn. 860 f.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 98), Art. 2 Abs. 1, Rn. 157.

<sup>119</sup> BVerfGE 89, 69, 82f.; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2004, Art. 2 I, Rn. 87.

<sup>120</sup> *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 64), Art. 2, Rn. 52.

re<sup>121</sup> und ist somit unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zugunsten überwiegender Allgemeininteressen einer Abwägung zugänglich.<sup>122</sup>

Legitimes Ziel des vorgeschlagenen Modells ist es, durch die zustimmende Erklärung zur Organspende das Organaufkommen zu erhöhen und damit eine im Allgemeininteresse<sup>123</sup> stehende verbesserte Versorgung schwerkranker Menschen zu erzielen und letztlich der Erhaltung von Leben zu dienen. Die Steigerung der Motivation zur Erklärung einer Zustimmung in die Organentnahme müsste eine geeignete Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels darstellen. Im Rahmen einer Prognoseentscheidung darf davon ausgegangen werden, dass mit der Implementierung eines Anreizes eine größere Zahl von Personen ihre Spendebereitschaft registrieren lässt und damit das Spendeaufkommen erhöht werden kann. Statistische Erhebungen der Meinungsforschungsinstitute belegen, dass ein Großteil der Bevölkerung der postmortalen Organspende grundsätzlich positiv gegenübersteht<sup>124</sup>, in der gegenwärtigen Lage allerdings keine Zustimmung zur Organentnahme äußert. Dies deutet darauf hin, dass bei einem überwiegenden Teil der Bevölkerung die thematische Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer postmortalen Organspende stattgefunden hat und eine grundsätzliche Befürwortung derselben gegeben ist, gleichwohl diese Haltung aus mannigfaltigen Motiven<sup>125</sup> jedoch nicht in Form einer Erklärung artikuliert wird. Das vorgeschlagene Modell könnte mittels eines Anreizes die Motivation steigern, die eigene reflektierte Entscheidung bzgl. der Organspendebereitschaft mittels Erklärung zur Organspende zu manifestieren. Dem wird entgegengebracht, eine Beschäftigung mit einem möglicherweise erst in ferner Zukunft konkret werdenden Thema könne durch den Anreiz nicht erreicht werden, da die Privilegierungs- und Vorsorgemöglichkeit genauso abstrakt wie der damit verbundene Krankheitsverlauf sei.<sup>126</sup> Dagegen kann jedoch eingewandt werden, dass jeglicher Abschluss von Versicherungen oder Vorsorgemaßnahmen ebenfalls mit dem Eintritt einer bisher nur abstrakt bestehenden Gefahr verbunden

---

<sup>121</sup> *Stern* (Fn. 98), S. 641.

<sup>122</sup> BVerfGE 27, 344, 350; 34, 238, 245.

<sup>123</sup> Vgl. zum überragend wichtigen Gemeinschaftsgut Gesundheitsversorgung: BVerfGE 7, 377, 414 (Apotheken-Urteil); 121, 317, 349 (Rauchverbot, Nichtraucherchutzgesetz).

<sup>124</sup> Vgl. zu den statistischen Erhebungen Fn. 9.

<sup>125</sup> *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 158, Tabelle 9.8: Gründe für das Nichtausfüllen eines Spendeausweises: Keine Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende, Angst, im Notfall zu schnell aufgeben zu werden, derzeitige Rechtsunsicherheit, Bequemlichkeit, Ängste oder Bedenken ggü. einem möglichen Organmissbrauch; vgl. dazu auch Bericht zur Situation der Transplantationsmedizin in Deutschland zehn Jahre nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes, BT-Drs. 16/13740, S. 32.

<sup>126</sup> *Hofer* (Fn. 101), S. 192; In Bezug auf das vorgeschlagene Modell kann davon ausgegangen werden, dass es vom Selbstbestimmungsrechts umfasst erscheint, dass der Einzelne veranlasst wird, über ein zukünftiges ungewisses Ereignis zu disponieren, da hinreichende Tatsachengrundlagen – die wenngleich nur zu einem geringem Prozentsatz eintretende Wahrscheinlichkeit der eigenen Spendebedürftigkeit – geboten werden und in der Folge der Entscheidung keine existenziellen Vitalinteressen betroffen sind, sondern bei einer Nichtentscheidung oder einem Widerspruch eine lediglich keine bevorzugte Berücksichtigung bei der Allokationsentscheidung vorgenommen wird.

ist, der einen alsbald oder auch in ferner Zukunft möglicherweise eintretenden Schadens- oder Bedürftigkeitsfall absichern soll. Mag zudem der eigene Todeszeitpunkt aus dem Blickwinkel des potentiellen Spenders noch so fern erscheinen, tritt jedoch der für die Organspende relevante Hirntod zumeist plötzlich und unerwartet ein, d.h. die Vorstellung, in hohem Alter zu versterben und eine Beschäftigung mit dem eigenen Tod auf einen späten Zeitpunkt zu verlagern ist zu eng gefasst und kann daher als Argument nicht überzeugen. Ein weiteres gegen Anreizmodelle vorgebrachtes Argument, das die Möglichkeit eines plötzlichen, auch bereits im jungen Alter, eintretenden Hirntodes verkennet, ist das des (möglichen) Widerrufs der eigenen Spendebereitschaft kurz vor dem Tod.<sup>127</sup> Dies kann ebenfalls aus den vorgenannten Gründen nicht überzeugen, da die Unvorhersehbarkeit des Hirntodes und damit der Eintritt eines unerwarteten Ereignisses zumeist keine Möglichkeit für eine bewusste und geplante Willensänderung in Bezug auf die eigene Spendebereitschaft eröffnet. Da die Maßnahme somit dem angestrebten Zweck sachlich förderlich ist, wäre ein das Modell umsetzendes Gesetz mangels objektiver Untauglichkeit des Mittels nicht bereits im Vorfeld als verfassungswidrig anzusehen.<sup>128</sup>

Die Erforderlichkeit der Implementierung eines Anreizes zur Abgabe einer zustimmenden Erklärung zur Organspende kann bejaht werden, wenn sich keine Möglichkeiten einer vergleichbar effektiven Ausgestaltung der Methoden zur Organgewinnung bieten, die mit einem schonenderen Eingriff in die Rechtspositionen der Beteiligten einhergehen. Bundesweite Informationskampagnen, wie sie von § 2 Abs. 1 S. 1 TPG gefordert und seit Erlass des TPG im Jahre 1997 vor allem von der *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)* durchgeführt werden<sup>129</sup>, haben bisher nicht den gewünschten Erfolg herbeiführen können.<sup>130</sup> Als Intensivierung der bisherigen Informationspraxis wäre es denkbar, sämtliche Personen zu einem bestimmten Zeitpunkt, bspw. bei Ausgabe des Personalausweises, zur Abgabe einer Spendeerklärung zu motivieren.<sup>131</sup> Eine dem vorgeschlagenen Modell vergleichbare Wirkung kann jedoch bezweifelt werden, da die in Aussicht gestellte Bonusgewährung im Vergleich zu der intensivierten Informationsarbeit einen unmittelbar dem Zustimmungenden zugute kommenden Vorteil darstellt, während es nicht ersichtlich ist, warum der bloß auf bestimmte Zeitpunkte festgelegten Informationsarbeit ein steigendes Erklärungsverhalten folgen soll, sodass diese Alternative schließlich nicht in gleicher Weise geeignet ist, das Organaufkommen zu erhöhen.

---

<sup>127</sup> Zur verfehlten ex-post Betrachtung vgl. bereits oben II. 2. b.

<sup>128</sup> BVerfGE 67, 157, 173; 85, 191, 212.

<sup>129</sup> Vorschlag z.B. auch bei *Schott* (Fn. 38), S. 354: Informationskampagnen, Zusendung von Spendeausweisen oder Aufruf zur Eintragung in ein öffentliches Register; vgl. dazu auch *Hofer* (Fn. 101), S. 202; vgl. zur Arbeit der BZgA: BT-Drs. 16/13740 (Fn. 125), S. 29 ff.

<sup>130</sup> BT-Drs. 16/13740, S. 23; Schmidt, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 10.

<sup>131</sup> So auch *Kühn* (Fn. 15), S. 143.

Weitergehend wird die Pflicht zur Abgabe einer Erklärung über die Organspende, etwa bei Erwerb des Führerscheins oder bei der geplanten Ausgabe der elektronischen Gesundheitskarte, vorgeschlagen.<sup>132</sup> Mit den Worten des *Nationalen Ethikrates* „wird der Staat verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Bürger in einem geregelten Verfahren zu einer persönlichen Erklärung darüber aufgefordert werden, ob sie der Organspende (gegebenenfalls bezogen auf bestimmte Organe) zustimmen oder ihr widersprechen, und darüber informiert sind, dass die Organentnahme bei unterbliebener Erklärung gesetzlich erlaubt ist, sofern die Angehörigen ihr nicht widersprechen.“<sup>133</sup> Die Pflicht zur Abgabe einer Erklärung folgt hierbei dem faktischen Zwang, eine widersprechende Erklärung abzugeben, will man nicht kraft gesetzlicher Fiktion de lege ferenda als Spender behandelt werden. Die Notwendigkeit des Tätigwerdens zur Abwendung nachteiliger postmortalen Folgen<sup>134</sup> kann jedenfalls im Vergleich zum vorgeschlagenen Modell nicht als milderer Mittel angesehen werden.

Auch die dem Stufenmodell des Nationalen Ethikrates ähnliche Widerspruchslösung konstituiert die Pflicht zur Erklärung eines Widerspruchs, um einer postmortalen Organentnahme zu entgehen, und stellt daher gleichermaßen einen intensiveren Eingriff im Vergleich zu dem dargelegten Modell dar.<sup>135</sup> Dies ist in noch stärkerem Maße beim Notstandsmodell<sup>136</sup> festzustellen, bei dem ein zu Lebzeiten geäußerter Widerspruch des Verstorbenen gegen die Organentnahme unbeachtlich ist.

Daher ist das Anreizmodell, welches reziprokes Verhalten bei weiterhin freier Entscheidungsmöglichkeit mit einem Bonus belohnt auch das relativ mildeste Mittel, um eine Erhöhung des Organaufkommens zu erreichen.

Schließlich müsste der dem Grundrechtsträger drohende Nachteil, sich mit der Organspende beschäftigen zu müssen, um einen Bonus zu erhalten, in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der Erhöhung des Organaufkommens stehen.

In diesem Kontext begründet das Modell keinen direkten Zwang zur Aufopferung höchstpersönlicher Rechtswerte i.S.e. Entscheidungs- und Erklärungspflicht, sondern ermöglicht dem Recht auf Selbstbestimmung folgend, dass der potentielle Spender jederzeit die Möglichkeit hat, seine Entscheidung zu ändern und neu mitzuteilen oder sich nicht zu erklären.<sup>137</sup> Diese unbegrenzte Widerrufbarkeit verstärkt

---

<sup>132</sup> NER (Fn. 1), S. 40.

<sup>133</sup> NER (Fn. 1), S. 53.

<sup>134</sup> Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Pflicht zur Erklärung eines Widerspruchs zur Abwehr der Ersetzungsbefugnis der Angehörigen: BVerfG NJW 1999, 3403 f.

<sup>135</sup> So auch *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1566; vgl. auch *Kühn* (Fn. 15), S. 189, der eine Anreizlösung als milderen Eingriff ggü. einer Erklärungspflichtlösung beurteilt.

<sup>136</sup> Zu diesem Modell: *Wille* (Fn. 2), *Organknappheit*, S. 131 ff.; *dies.*, *MedR* 2007, 91 ff.; vgl. auch: *Dietrich*, *Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?*, 2003.

<sup>137</sup> Vgl. *Hirsch/Schmidt-Didczubn* (Fn. 1), S. 59, die für eine Revision der ursprünglichen Entscheidung nicht die Form der erstmaligen Erklärung fordern.

die Freiheit, seiner eigenen Überzeugung gemäß eine einmal erklärte Zustimmung zu revidieren, da diese Entscheidung nicht den Verlust des bis dato angesammelten Bonus nach sich zieht.<sup>138</sup>

Darüber hinaus führt die Anreizwirkung der Bonusregelung nicht ausschließlich zu einer Auseinandersetzung mit dem eigenen Tod, um durch die erklärte Spendebereitschaft allein die Organbedürftigen zu unterstützen, sondern fordert in gleicher Weise eine Auseinandersetzung „für und über das eigene Leben“<sup>139</sup> ein, nämlich in der Beantwortung der Frage, ob im Falle der eigenen Organbedürftigkeit eine privilegierte Wartelistenposition zum Zwecke einer prioritären medizinischen Versorgung angestrebt wird.<sup>140</sup> Die Notwendigkeit, sich mit der vorgenannten Thematik zu beschäftigen, kann auch durch den aus § 1 S. 2 SGB V ableitbaren allgemeinen Gedanken zur Mitverantwortlichkeit in Gesundheitsbelangen im Sinne einer Auseinandersetzung mit Fragen der eigenen Gesundheit begründet werden.<sup>141</sup>

Auch denjenigen, die einen Widerspruch zur Organspende erklären oder die sich nicht erklären möchten, könnte möglicherweise durch das prognostizierte erhöhte Organaufkommen im Falle eigener Organbedürftigkeit eine schnellere (und durch den größeren Organpool auch bessere<sup>142</sup>) Versorgung zu Gute kommen.<sup>143</sup>

Ferner bietet das vorgeschlagene Modell in Gewährung auch der postmortalen Selbstbestimmung Anreize für autonome Entscheidungen und die Förderung ihrer Durchsetzung<sup>144</sup>, da durch die eigene Erklärung zur postmortalen Organspende dem tatsächlichen Willen der Erklärenden entsprochen werden kann. In der heutigen Praxis wird im Rahmen der erweiterten Zustimmungslösung die weit überwiegende Zahl der Organe gemäß dem mutmaßlichen Spenderwillen sowie durch die

<sup>138</sup> Siehe dazu oben II. 2.; Zur unbegrenzten Widerrufbarkeit II. 2. b.

<sup>139</sup> Zurecht: *Junghanns* (Fn. 32), S. 147, in Fn. 500.

<sup>140</sup> 98 % der Befragten gaben an, im Falle der Organbedürftigkeit ein Spendeorgan erhalten zu wollen, FAZ v. 27.12.2006, zit. bei: *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562.

<sup>141</sup> Zu diesem keine rechtliche Obliegenheit begründenden Programmsatz, *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V Kommentar, 2008, § 1 Rn. 7 f.

<sup>142</sup> Die Auswahl passender Spender in Bezug auf Gewebemerkmale, Blutgruppe, Größe und Gewicht der Empfänger würde sich bspw. vergrößern.

<sup>143</sup> Vgl. *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 39 f., die von einer Entspannung der Versorgungslage ausgehen, was letztlich aus den Nichtspendern zugute komme; *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1567, gehen von einer verbesserten medizinischen Versorgung nicht spendebereiter Organbedürftiger im Vergleich zum status quo aus; vgl. auch *Gubernatis*, in *Lachmann/Meuter* (Fn. 15), S. 22.

<sup>144</sup> *Junghanns* (Fn. 32), S. 146.



Ersetzung des Willens durch die Angehörigen gewonnen.<sup>145</sup> Durch eine Erklärung zur Organspende nach dem vorgeschlagenen Modell erhält der Betroffene Rechtsicherheit über das Verfahren der Organspende nach dem Tod, da den Angehörigen bei erklärter Zustimmung zur Organentnahme oder erklärtem Widerspruch gegen die Organentnahme keinerlei Mitwirkungsrechte gem. § 4 Abs. 1 S. 2 TPG zustehen.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kommt neben seiner abwehrrechtlichen Funktion auch eine sog. schutzrechtliche Komponente i.S. objektiv-rechtlicher Handlungsgebote an den Staat und seine Organe zu, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit umfassend zu schützen und zu fördern.<sup>146</sup> Die Schutzpflicht des Staates betrifft dabei nicht nur die klassische Dreieckskonstellation „Störer-Staat-Gefährdeter“<sup>147</sup>, in welcher Grundrechtsbeeinträchtigungen durch den Eingriff ebenfalls eines Grundrechtsträgers drohen, sondern umfasst ebenso umfangreich die Vorsorge gegen Gefahren natürlichen Ursprungs.<sup>148</sup> Der Staat bleibt zur Erfüllung seiner Pflicht grundsätzlich frei in der Auswahl seiner Regelungs- und Handlungsmöglichkeiten, der Spielraum verengt sich jedoch, je größer die Gefahren für Leben und Gesundheit sind.<sup>149</sup> Im Hinblick auf die Erfüllung der bestehenden Schutzpflicht und die Zahl der wartenden (und sterbenden) Patienten auf den Wartelisten<sup>150</sup> ist es angesichts des großen therapeutischen Nutzens von Transplantationen für das Leben und die Gesundheit von Schwer- und Schwerstkranken dem Einzelnen zumutbar, sich mit der Frage der Organspendebereitschaft und der Behandlung seines Körpers nach dem Tode zu beschäftigen<sup>151</sup>, letztlich auch, um bei einer anschließenden Spendeerklärung den persönlichen Bonus bei der Wartelistenplatzberechnung erlangen zu können. Diesem geringen Eingriff steht das Rechtsgut Leben gegenüber, das innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung als vitale Basis der Menschenwürde und Voraussetzung aller anderen Grundrechte einen Höchstwert darstellt<sup>152</sup> und für eine größere Zahl von Menschen erhalten werden kann, wenn durch die Einführung des vorgeschlagenen Modells die Zahl der verfügbaren Organe gesteigert werden kann. Das Selbstbestimmungsrecht hin-

---

<sup>145</sup> Im Jahr 2008 wurden nur 6,3 % der Spenderorgane aufgrund einer vorherigen schriftlichen Erklärung des Spenders gewonnen und 19,9 % aufgrund des mündlich erklärten Willens. Die weit überwiegende Zahl, 60 %, wurde gemäß des mutmaßlichen Spenderwillens gewonnen und 12,9 % durch die Ersetzung des Willens durch die Angehörige. Von einer Ausnahme bei Nichtvorliegen einer autonomen Entscheidung kann daher nicht mehr gesprochen werden. Quelle: DSO ([www.dso.de/grafiken/g92.html](http://www.dso.de/grafiken/g92.html)).

<sup>146</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 76.

<sup>147</sup> *Brech*, *Triage und Recht*, 2008, S. 189; *Siekmann/Duttge* (Fn. 103), Rn. 224.

<sup>148</sup> *Sachs*, in: ders. (Fn. 96), Vor Art. 1, Rn. 38; *Brech* (Fn. 147), S. 189.

<sup>149</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 88 ff.

<sup>150</sup> Vgl. zu den Zahlen organbedürftiger Patienten das Vorwort, S. II.

<sup>151</sup> Vgl. zur Argumentation bzgl. der Einführung der eingriffsintensiveren Widerspruchslösung: *Hirsch/Schmidt-Didczubn* (Fn. 1), S. 55; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 98), Art. 2 Abs. 1, Rn. 206.

<sup>152</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1, 42; wiederholt in BVerfGE 45, 187, 254 f.; 46, 160, 164; 88, 203, 251.

gegen würde überzogen, wollte man das Interesse, sich nicht mit einer eigenen Organbedürftigkeit und der Frage des eigenen Todes befassen zu müssen, höher bewerten, als das Interesse der leidenden und sterbenden Patienten an der Erhaltung ihres Lebens und der Wiederherstellung ihrer Gesundheit.<sup>153</sup> Trotz der hohen Wertigkeit des Rechts auf negative Selbstbestimmung muss dieses hier zugunsten der Wichtigkeit des bezweckten Vorteils, der besseren Versorgung von bedürftigen Transplantationspatienten, zurückstehen.

Die Abwägung der Interessen fällt daher zugunsten der mit dem Modell verfolgten Zielsetzung aus, sodass die Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis zur Förderung der Erhöhung des Organaufkommens steht. Angesichts vor allem des gewichtigen Allgemeininteresses der Lebens- und Gesundheitserhaltung kann die Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung somit bejaht werden.

#### *b. Die abwehrrechtliche Dimension von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG*

Nach seiner Entstehungsgeschichte gilt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als klassisches Abwehrrecht, das „elementare Werte der Körperlichkeit“ gegen staatliche Eingriffe schützen soll.<sup>154</sup> Das Recht auf Leben wird durch jede rechtliche wie faktische Maßnahme der öffentlichen Gewalt beeinträchtigt, die den Tod des Menschen objektiv zurechenbar bewirkt.<sup>155</sup> Ebenfalls sichert das Recht auf körperliche Unversehrtheit den Einzelnen gegen staatliche Maßnahmen, die lediglich mittelbar, aber der staatlichen Tätigkeit als adäquate Folge normativ zurechenbar, zu einer greifbaren Verletzung der körperlichen Unversehrtheit führen.<sup>156</sup> Beeinträchtigungen sind auch durch Unterlassen möglich, etwa durch staatliche Unterbindung des Zugangs zu prinzipiell verfügbaren Therapieoptionen.<sup>157</sup>

Für das Verbot der Lebendorganspende durch mit dem Empfänger nicht verwandte oder sonst nahe stehende Personen (§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG) wurde ein mittelbarer Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Empfängers im Sinne einer nicht mehr als sozialadäquat einstuftbaren Nebenfolge bejaht.<sup>158</sup> Als Abwehrrecht könnte Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Bezug auf das vorgeschlagene Modell aktiviert werden, da eine staatliche Maßnahme, nämlich die prioritäre Allokation von Organen an selbst Spendebereite zu einer nachrangigen und somit möglicherweise schlechteren Versorgung mit nachteiligen gesundheitlichen Folgen für nicht selbst spendebereite Organbedürftige führen kann. Um einen Eingriff in das

<sup>153</sup> So ebenfalls *Hirsch/Schmidt-Didzahn* (Fn. 1), S. 56.

<sup>154</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 89), S. 17; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 42.

<sup>155</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 28.

<sup>156</sup> *Hermes*, in: Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 37.

<sup>157</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 48.

<sup>158</sup> BVerfG NJW 1999, 3399, 3401, aber i.E. als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 2, Rn. 159 a, 187 a; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 51; *Hermes*, in: Badura (Fn. 156), Rn. 37; Zur Möglichkeit eines Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 S. 1 durch die mangelnde Bereitstellung von Organen seitens des Staates: *Jungbanns* (Fn. 32), S. 41 f.

Rechtsgut Leben oder die körperliche Unversehrtheit annehmen zu können, müsste eine nachrangige Behandlung mit der Situation der Vorenthaltung von Organen durch eine Begrenzung des Spenderkreises<sup>159</sup> vergleichbar sein, die letztlich auch auf eine nachrangige (oder sogar ausbleibende) Versorgung gemäß den Möglichkeiten der Warteliste hinausläuft. Bei dem vorgeschlagenen Modell handelt es sich jedoch nicht – wie bei dem in Bezug genommenen Fall der Lebendorganspende – um eine grundsätzliche Verkürzung medizinisch möglicher Therapiemaßnahmen i.S.d. staatlichen Verhinderung einer Gewinnung neuer „Organ-Ressourcen“, sondern um die Verteilung von bereits vorhandenen und durch den Staat nicht in beliebigem Umfang bereitstellbaren Gütern. Die Konsequenz einer nachrangigen Behandlung bei Nichterklärung der eigenen Spendebereitschaft liegt in der Notwendigkeit einer generellen Normierung von Verteilungskriterien für chronisch knappe Ressourcen begründet und stellt daher die Folge der Ausgestaltung eines öffentlich-rechtlich strukturierten Verteilungssystems dar. Damit ist die leistungs- bzw. teilhaberechtliche Dimension von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG betroffen. Die abwehrrechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kann auf die hier relevante Frage, nach welchen Kriterien eine prinzipiell allen Bedürftigen zustehende und zugängliche Therapie in der Situation chronischer Ressourcenknappheit zu verteilen ist, also keine Antworten geben.<sup>160</sup>

*c. Die leistungs- bzw. teilhaberechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>161</sup>*

Solange Knappheit bei der medizinischen Ressource Organ herrscht, werden mit jeder Auswahlentscheidung in hohem Maße existenzsichernde Therapieoptionen vergeben, m.a.W. wird eine „Verteilung von Lebens-“<sup>162</sup> und Gesundheitschancen vorgenommen.

Neben der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliches Handeln kommt ihnen unter engen Voraussetzungen auch ein leistungs- bzw. teilhaberechtlicher Gewährleistungsgehalt zu. Unterschieden werden muss dabei zwischen originären Leistungsansprüchen, die dem Anspruchsinhaber eine bestimmte Leistungserbringung seitens des Staates gewähren<sup>163</sup>, und derivativen Teilhaberechten, die eine auf gleichen Zugang gerichtete Teilhabe an bestehenden staatlichen

---

<sup>159</sup> Vgl. dazu Fn. 158.

<sup>160</sup> Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 64.

<sup>161</sup> In ständiger Rspr. des BVerfG wird die teilhaberechtliche Seite der Grundrechte aus dem einschlägigen Grundrecht i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet, vgl. Murswiek, in: Sachs (Fn. 96), Art. 2, Rn. 28, m.w.N.

<sup>162</sup> BVerfGE 33, 303, 332, 338 (numerus clausus).

<sup>163</sup> Epping, Grundrechte, 3. Aufl. 2007, Rn. 15; Beispielhaft sei der Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG genannt, vgl. dazu, Dreier, in: Dreier (Fn. 119), Vorb., Rn. 89, m.w.N.

Leistungs- und Versorgungssystemen sichern.<sup>164</sup> Einem originären Leistungsanspruch auf Zuteilung eines Organs sind von vornherein systemimmanente und rechtliche Grenzen gesetzt, da vom Staat, unabhängig von der jeweiligen Nachfrage, nicht mehr Organe zu Transplantationszwecken bereit gestellt werden können, als nach den geltenden Regeln des TPG mit Einwilligung des Spenders oder seiner Angehörigen gewonnen werden dürfen. Dagegen kann dem Einzelnen ein derivatives Teilhaberecht auf gleichen Zugang zu den variablen Kapazitäten der Ressource Organ zustehen.<sup>165</sup> Bezogen auf das Gesundheitswesen ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG als grundlegendem Gebot staatlicher Gerechtigkeit<sup>166</sup> i.R.d. Verteilung knapper Güter für den Einzelnen ein derivativer Teilhabeanspruch nach der „Wenn-Dann-Formel“<sup>167</sup>: Wenn ein staatliches Monopol in Bezug auf die Grundrechtsausübung besteht und Leistungen bereits an Dritte gewährt worden sind, dann folgt daraus ein Anspruch auf gleichheitsgerechte Verteilung.<sup>168</sup> Jedenfalls mit Inkrafttreten des TPG im Jahre 1997 hat der Staat ein faktisches und rechtliches Monopol bei der Verteilung von Spenderorganen inne, wurde doch die Möglichkeit der Entnahme sowie die Vermittlung und Übertragung „umfassend in die staatliche Regie“<sup>169</sup> genommen.<sup>170</sup> Daraus folgt das Recht aller organbedürftigen Patienten zunächst am Verteilungsverfahren teilzunehmen, also Zugang zur Warteliste zu erhalten.<sup>171</sup> Da die vorhandenen Ressourcen nicht für alle Patienten ausreichen, gebietet die dem Teilhaberecht zugrunde liegende Rechtsgleichheit eine Patientenauswahl gemäß dem Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG nach sachlich gerechtfertigten und der Werteordnung der Verfassung entsprechenden Kriterien.<sup>172</sup> Eine den beteiligten Interessen gerechte Organisation der Verteilungsentscheidungen ist damit das eigentliche Verfassungsproblem der grundrechtlichen Teilhaberechte.<sup>173</sup>

Durch eine Einführung des vorgeschlagenen Modells würde das Allokationskriterium der erklärten Spendebereitschaft dazu führen, dass ein sich zur Organspende bereit Erklärender im Gegensatz zu einem der Organspende Widersprechenden oder einem sich nicht Erklärenden durch den Bonus der Bevorzugung

<sup>164</sup> *Epping* (Fn. 163), Rn. 685; in Bezug auf das Teilhaberecht an vorhandenen Transplantationskapazitäten vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 96.

<sup>165</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 67.

<sup>166</sup> *Brech* (Fn. 147), S. 197; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1996, S. 357.

<sup>167</sup> *Osterlob*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 3, Rn. 53.

<sup>168</sup> Dazu grundlegend BVerfGE 33, 303, 330 ff. (numerus clausus); *Osterlob*, in: Sachs (Fn. 96), Art. 3, Rn. 53;

*Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 119), Art. 2 II, Rn. 96; *Pieroth/Schlink* (Fn. 104), Rn. 95 ff.

<sup>169</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 69.

<sup>170</sup> Zum staatlich organisierten Vermittlungsverfahren durch Organisationen wie DSO und ET vgl. §§ 11, 12 TPG.

<sup>171</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 81 ff.

<sup>172</sup> *Epping* (Fn. 163), Rn. 685.

<sup>173</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 89), S. 21.

einen vorrangigen Wartelistenplatz erhält und somit Inhaber eines ausgeprägteren Teilhabeanspruchs (i.S.e. besseren medizinischen Versorgung) an den vorhandenen Transplantationskapazitäten wird.

Dies stellt eine auf die Teilhabedimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bezogene Ungleichbehandlung dar, welche einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

Nach dem sog. „verteilungsrechtlichen Gleichheitssatz“ als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes<sup>174</sup>, soll jedem Patienten ohne Ansehen der Person<sup>175</sup> der gleiche Zugang zu Gesundheitsleistungen möglich sein.<sup>176</sup> Prima facie steht damit allen Personen, welche ein Organ benötigen, unabhängig von Statuskriterien wie Geschlecht, Alter oder sozialer Stellung, das gleiche Recht auf Teilhabe an den vorhandenen Transplantationskapazitäten zu.<sup>177</sup>

Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, zuvörderst eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, ist für eine verfassungsgemäße Ungleichbehandlung von Personengruppen die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich. Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten nähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie knüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.<sup>178</sup> Die striktere Bindung ist nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt, bei verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung allerdings davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Überdies ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso kleiner, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>179</sup> Würde daher mit Einführung des vorgeschlagenen Modells ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen, dürfte zwischen den Patientengruppen der Zustimmenden und der sich nicht Erklärenden bzw. der Widersprechenden kein Unterschied von solcher Art und solchem Gewicht vorliegen, der eine ungleiche Behandlung rechtfertigen könnte. Eine Ungleichbehandlung wäre hingegen verhältnismäßig<sup>180</sup>, wenn ein zulässiges Differenzierungsziel mit zulässigen Differenzierungskriterien verfolgt und zwischen beiden unter Beachtung des eingeschränkten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers ein angemessenes Verhältnis gefunden werden könnte.

---

<sup>174</sup> Wille (Fn. 2), S. 97; Breyer/van den Daele u.a. (Fn. 6), S. 220.

<sup>175</sup> Gutmann/Fateb-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 87, 209.

<sup>176</sup> Kühn (Fn. 15), S. 173.

<sup>177</sup> Gutmann/Fateb-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 39, 102, 243, 259.

<sup>178</sup> BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96, m.w.N.

<sup>179</sup> Vgl. nur Osterloh, in: Sachs (Fn. 96), Art. 3, Rn. 32 m.w.N.

<sup>180</sup> Epping (Fn. 163), Rn. 727; Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist i.ü. nach oben zu verweisen, vgl. III. 1. a.

Ausgangspunkt ist zunächst die Überlegung, ob die Bevorzugung selbst spendebereiter Personen als zulässiges Differenzierungskriterium für Allokationsentscheidungen überhaupt herangezogen werden darf.

Dagegen wird vorgebracht, dass in Anerkennung der „Lebenswertindifferenz“ des Grundgesetzes<sup>181</sup> und der Verbürgung der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG ein an das persönliche Vorverhalten geknüpftes Allokationskriterium nicht in die Verteilungsentscheidungen einbezogen werden kann.<sup>182</sup> Eine dergestalt vorgenommene Differenzierung zwischen mehr oder weniger lebenswertem Leben sei mit den Vorgaben der Verfassung nicht vereinbar und dem Einzelnen daher per se unzumutbar. Wo es um elementare Lebens- und Gesundheitschancen eines Menschen gehe, seien bei konsequenter Betrachtung sämtliche persönlichkeits- und verhaltensbezogene Kriterien unzulässig – die Verteilung hätte in diesem Sinne ohne Ansehen der Person zu erfolgen.<sup>183</sup> Ein derivativer Teilhabeanspruch an den Transplantationskapazitäten bedürfe keiner Vorleistungen und aktualisiere sich voraussetzungslos; er könne nicht verwirkt werden.<sup>184</sup> Des Weiteren sei es zu verneinen, dass bedürftigen Transplantationskandidaten ihr Vorverhalten bzgl. der eigenen Spendebereitschaft im Zusammenhang mit der sie betreffenden Organallokation überhaupt in rechtlich relevanter und einwandfreier Weise zugerechnet werden kann; Fragen der effektiven Organgewinnung seien nicht mit denen der Organvermittlung zu verknüpfen<sup>185</sup>. Vor allem sei es nicht legitim, dass einerseits die Entscheidung über eine Registrierung der Organspendebereitschaft im Rahmen der erweiterten Zustimmungslösung bei den Bürgern verbleibe, die diesbezügliche Entscheidung dann aber als Differenzierungskriterium herangezogen werde. Stehe es dem Bürger frei, seine Spendebereitschaft zu erklären oder nicht, dann dürfe die nicht geäußerte Spendebereitschaft nicht in nachteiliger Weise bei der Allokation berücksichtigt werden.<sup>186</sup>

Von der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Prämisse ausgehend muss hier jedoch bei differenzierter Betrachtung festgehalten werden, dass nach dem vorgeschlagenen Modell ausnahmslos jede Person, die eine Organtransplantation benötigt, wie bisher auf die Warteliste aufgenommen wird und nach den derzeit geltenden Kriterien an der Organallokation teilnimmt. Somit wird niemand von seinem grundrechtlichen Teilhabeanspruch aus Art. 2 Abs. 2 GG ausgeschlossen. Das BVerfG stellt an Differenzierungskriterien, nach denen eine Auswahl zwischen

<sup>181</sup> Gutmann, in: Höfling (Fn. 31), § 12, Rn. 45; Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 87; Bausch/Kohlmann, NJW 2008, 1562, 1567.

<sup>182</sup> Schott (Fn. 38), S. 354.

<sup>183</sup> Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 79; Oppper (Fn. 32), S. 164.

<sup>184</sup> Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann/Schneewind u.a. (Fn. 67), S. 88; a.A. Kingreen, in: Kingreen/Laux (Hrsg.), Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, S. 155, der bei nicht Spendebereiten im reziproken Modell einen Grundrechtsverzicht für möglich hält und damit einen Eingriff durch nachrangige Behandlung ablehnt.

<sup>185</sup> In Bezug auf das Solidarmodell, Conrads, Rechtliche Grundsätze der Organallokation, 2000, S. 176.

<sup>186</sup> Hofer (Fn. 101), S. 196; im Ganzen zustimmend Oppper (Fn. 32), S. 164.

prinzipiell gleichberechtigten Bewerbungen getroffen werden soll, folgende Anforderungen: Sie müssen „objektiv sachgerecht und individuell zumutbar sein“<sup>187</sup>. Diese Anforderungen werden von dem vorgeschlagenen Modell erfüllt, da zunächst jeder (mit Ausnahme derjenigen, die wie Zustimmungse behandelt werden)<sup>188</sup> für sich selbst und persönlich entscheiden kann, ob er überhaupt durch eine erklärte Spendebereitschaft den Bonus in eigener Sache in Anspruch nehmen möchte. Die objektive Sachgerechtigkeit des Kriteriums der eigenen Spendebereitschaft i.R.d. Verteilungsentscheidung folgt dabei aus einem transplantations-systemspezifischen Zusammenhang von Organgewinnung und Organverteilung: Ohne spendebereite Bürger wäre das gesamte Transplantationswesen mithin nicht existent. Bei gänzlich fehlender Spendebereitschaft würde sich überdies die Frage nach der Normierung von Verteilungskriterien gar nicht erst stellen, sodass das Allokationskriterium der eigenen Spendebereitschaft in einem unmittelbaren Zusammenhang zu der Organverfügbarkeit steht.<sup>189</sup> Da es sich bei der individuellen Spendebereitschaft, die überhaupt erst die Erhaltung anderer Leben ermöglicht, zudem um ein Kriterium handelt, das grundsätzlich von jedem Bürger unabhängig von seinem sozialen Status erfüllt werden kann, vor allem, da alle Spendeberechtigten theoretisch die gleiche Anzahl an Organen zur Verfügung stellen könnten<sup>190</sup>, überzeugen die vorgenannten Argumente in Bezug auf dieses Modell nicht. Eine nachrangige Behandlung ist all denen zumutbar, die eine eigene Spendebereitschaft nicht erklären können oder wollen, da ihnen der grundsätzliche Teilhabeanspruch an den vorhandenen Kapazitäten nicht verwehrt, sondern lediglich um den Bonus der Bevorzugung der Spendeberechtigten verkürzt gewährt wird<sup>191</sup>. Um die individuelle Zumutbarkeit auch bei den Personengruppen zu gewährleisten, die von sich aus keine wirksame Spendeerklärung abgeben können, wurde die Einordnung von Kindern und Menschen, die sich aus sonstigen Gründen nicht erklären können, als Zustimmungse im Rahmen des vorgeschlagenen Modells vorgenommen.<sup>192</sup>

Aus diesen Gründen können der Gedanke einer „Erosion der moralischen Grundlagen des Medizinsystems“<sup>193</sup> und die Warnung, die Einführung eines Reziprozitätsgedankens würde das Transplantations-system in die Zeiten des „Talionsprinzips“<sup>194</sup> zurückversetzen, aufgrund der Zielsetzungen und der eingesetzten Mittel des Modells nicht entgeggehalten werden.

---

<sup>187</sup> BVerfG NJW, 1977, 569, 570.

<sup>188</sup> Siehe oben II. 2. c.

<sup>189</sup> *Bausch/Kohlmann*, NJW 2008, 1562, 1567.

<sup>190</sup> Zu den Personen, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen können vgl. II. 2. c., e.

<sup>191</sup> Vgl. *Junghanns* (Fn. 32), S. 147, in Fn. 500: „Das Recht zur Nichtentscheidung führt nicht zum Recht gleicher Teilhabe.“

<sup>192</sup> Siehe dazu oben II. 2. c.; Ebenfalls einer Nichtdiskriminierung von Kindern und geistig Behinderten durch das „Günstigkeitsprinzip“ zustimmend: *Hofer* (Fn. 101), S. 190.

<sup>193</sup> *Ach/Anderheiden u.a.*, Ethik der Organtransplantation, 2000, S. 203.

<sup>194</sup> *Koch*, in: Arnold/Burkhardt u.a. (Hrsg.), FS für Albin Eser zum 60. Geburtstag, 1995, S. 317, 339.

Eine von sämtlichen verhaltensbezogenen Kriterien freie Allokationsentscheidung wird auch schon nach geltendem Recht nicht konsequent umgesetzt.<sup>195</sup> Die Verteilung der Spenderorgane im Rahmen des Eurotransplantverbundes wird nach den Spenderraten aus den einzelnen Ländern quotiert<sup>196</sup>, um aufgrund des unterschiedlich hohen Spendeaufkommens im Eurotransplantverbund Patienten auf den Wartelisten der Transplantationszentren eines Landes nicht zu Lasten oder zu Gunsten der entsprechenden Patienten in anderen Ländern zu bevorzugen oder zu benachteiligen.<sup>197</sup> Ferner wurden verhaltensgebundene Kriterien bereits direkt als Bestandteil von Verteilungsentscheidungen aufgenommen, wird doch das Kriterium der Compliance (d.h. der Disziplin und Kooperation des Patienten für den Therapieerfolg einer Transplantation<sup>198</sup>) ebenfalls in die Punktevergabe für die Wartelistenplatzberechnung und damit direkt in die Verteilungsentscheidung einbezogen.<sup>199</sup> Auch dieses Kriterium dürfte keine verteilungsrelevante Wirkung entfalten, würde man der Ansicht zustimmen, dass derzeit die Verteilung lebenswichtiger Ressourcen ohne Ansehen der Person erfolge.

Zudem aktualisiert sich bereits im Gesundheitswesen ein Anspruch auf medizinische Behandlung nicht gänzlich voraussetzungslos, erwartet doch das Sozialrecht eine nach Beitrags- bzw. Leistungsfähigkeit gestufte Beteiligung des Einzelnen, bspw. an der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>200</sup> Die Erteilung von einseitigen Hilfeleistungen gegenüber jenen, die zu einer Beteiligung nichts beitragen können, wird zwar von dem Gedanken der Solidarität im Gesundheitswesen getragen, welche aber zugleich verlangt, dass jeder nach seinen Fähigkeiten zu dem System beiträgt.<sup>201</sup> Diese weitreichende Erwartung wird von dem vorgeschlagenen Modell gar nicht erst konstituiert, da die Mitwirkung bei der Organgewinnung nicht gefordert, sondern lediglich mit einem Bonus honoriert wird.

Ferner kann der Vorwurf nicht überzeugen, mit dem vorgeschlagenen Modell würde ein Verstoß gegen die Systemgerechtigkeit und damit eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG einhergehen. Nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* liegt ein Indiz für die Verletzung des Gleichheitssatzes vor, wenn die differenzierende Regelung im inneren Widerspruch zu der Gesamt-

---

<sup>195</sup> So *Schmidt-Aßmann* (Fn.89), S. 22 f., der für eine Erstreckung des bereits heutigen Einflusses der regionalen und nationalen Spendebereitschaft auf die individuelle Solidarität plädiert und diese Kriterienweiterung für verfassungsgemäß hält.

<sup>196</sup> *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 120.

<sup>197</sup> *Rahmel*, in: *Krukemeyer/Lison* (Hrsg.), *Transplantationsmedizin*, 2006, S. 65.

<sup>198</sup> *Schott* (Fn. 38), S. 355.

<sup>199</sup> Vgl. *Oelert* (Fn. 83), S. 109, die Compliance als medizinisches Kriterium wertet.

<sup>200</sup> *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 114f.

<sup>201</sup> *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 115.



konzeption des Regelungssystems, dem sie angehört, steht.<sup>202</sup> Ein innerer Widerspruch zwischen Erklärungsfreiheit einerseits und der Bonusgewährung nur bei erfolgter Spendebereitschaftserklärung andererseits, ist im Rahmen des vorgeschlagenen Modells jedoch nicht erkennbar, da die Komponenten Selbstbestimmung und Selbstverantwortung auch im Bereich der Gesundheitsversorgung ihre grundrechtlich verbürgte Ausübungsmöglichkeit beanspruchen. Gerade das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht sichert im vorgeschlagenen Modell die Reziprozität.<sup>203</sup> Daher kann der aktiven Ausübung der persönlichen Autonomie kein Verstoß gegen die Systemgerechtigkeit entgegengehalten werden. Überall dort, wo die Möglichkeit zu Vorsorge und Versicherung geboten wird, muss sich der Vorsorgende im Schadensfall das Ergebnis seiner Vorsorge (oder eben sein Unterlassen) zurechnen lassen, soweit man dem Einzelnen die individuelle Beteiligung am System zumuten kann. Dieser Gedanke muss auch im Transplantationswesen Geltung beanspruchen, sodass eine erklärte Spendebereitschaft als zulässiges Differenzierungskriterium angesehen werden kann.

Schließlich müsste zwischen Differenzierungskriterium und -ziel ein angemessenes Verhältnis bestehen. Das Differenzierungsziel stellt die Erhöhung des Organspendeaufkommens und somit eine verbesserte Versorgung bedürftiger Patienten mit Transplantaten dar. Die erklärte Spendebereitschaft als Differenzierungskriterium kann im Hinblick auf die Erreichung des angestrebten Ziels trotz des engen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers als geeignet und angemessen erachtet werden, insbesondere, da die Differenzierung in einem sachlichen – dem Transplantationssystemspezifischen – Zusammenhang mit dem angestrebten Ziel steht.

Die Bevorzugung selbst Spendebereiter stellt somit eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen dar, die keine Zustimmung zur Organspende erklären und deren Teilhabeanspruch durch den nicht gewährten Bonus verkürzt wird.

*d. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund der Religionszugehörigkeit (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG)*

Schließlich müsste das vorgeschlagene Modell mit den speziellen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar sein. Im Widerspruch stehen könnte das Verbot der Diskriminierung aufgrund der religiösen Anschauung<sup>204</sup>, ist doch der Zusammenhang zwischen dem Verfügungsrecht über den eigenen Körper und den Jenseitsvorstellungen als gewichtiger Bestandteil religiöser Überzeu-

---

<sup>202</sup> Brech (Fn. 147), S. 205 mit Verweis auf BVerfGE 9, 20, 28; 34, 103, 115; 36, 383, 394; ders. verneint schon das Vorliegen eines historisch gewachsenen gesetzlichen Systems, in das sich die Verteilung knapper medizinischer Ressourcen einfügen ließe, so dass eine Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Systemkonsequenz in Bezug auf die Patientenauswahl bei der Verteilung lebensrettender Ressourcen ausscheide.

<sup>203</sup> Hofer (Fn. 101), S. 191.

<sup>204</sup> Siehe bereits oben II. 2. g.

gungen naheliegend.<sup>205</sup> Die bevorzugte Allokation von Organen an Personen, die selbst ihre Organe nach dem Tod zur Transplantation freigeben, birgt für Anhänger derjenigen Religionsgruppen, die eine Organspende ablehnen, Konfliktpotential<sup>206</sup>: Möchten auch sie am vorgeschlagenen Modell teilnehmen, müssten sie entgegen ihren Bekenntnissen handeln.<sup>207</sup> Im Grenzbereich zwischen religiösem und weltlichem Leben gibt es für die Angehörigen aller Bekenntnisse eine Vielzahl von Entscheidungen zu treffen, die Fragen der eigenen Gesundheit betreffen.<sup>208</sup> Aus Gründen der Gleichberechtigung in Gesundheitsfragen mit den Personen, die aus Gewissens- oder sonstigen Gründen keine Zustimmung zur Organspende erklären wollen, können einzelne Bekenntnisse nicht bevorzugt werden, indem Angehörigen dieser Gruppe der Bonus gewährt wird. Die weltanschauliche Neutralitätspflicht des Staates<sup>209</sup> steht der positiven Diskriminierung einzelner Bekenntnisse entgegen. Daher fordert Art. 3 Abs. 3 GG auch nicht die Schaffung von Ausnahmetatbeständen für Angehörige von Religionsgruppen, die einer Organspende ablehnend gegenüberstehen.

## 2. Verfassungsmäßigkeit des vorgeschlagenen Modells

Mit der verfassungsrechtlichen Betrachtung konnten die wesentlichen Argumente, die gegen auf Reziprozität basierende Modelle vorgebracht werden, in Bezug auf das vorgeschlagene Modell entkräftet werden. Die Einführung des Kriteriums der eigenen Spendebereitschaft im Rahmen der Verteilungsentscheidung ist im Zusammenhang mit der Bonusgewährung bei größtmöglicher Wahrung des Selbstbestimmungsrechts als verfassungsgemäß anzusehen.

## IV. Die technische Umsetzung und rechtliche Probleme

### 1. Dokumentationsoptionen für Spendeerklärungen

Für das vorgeschlagene Modell ist es erforderlich eine verlässliche Dokumentation der Spendeerklärungen vorzunehmen, damit die Berechnung des Bonus erfolgen kann, der bei der Vergabe eines Wartelistenplatzes für den bedürftigen Patienten zu berücksichtigen ist. In diesem Zusammenhang wird das Problem der Doku-

<sup>205</sup> Schott (Fn. 38), S. 353 in Fn. 600.

<sup>206</sup> Siehe z.B. oben in Fn. 68.

<sup>207</sup> Blankart/Kirchner/Thiel (Fn. 13), S. 42; Soweit angenommen werden kann, dass ein Anhänger einer Religion zur Erlangung des Bonus seinem religiösen Bekenntnis abzuschwören genötigt wäre (vgl. Fn. 71) und somit seine Religion nicht mehr i.S.d. Gewährleistungsgeltes von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG ausüben kann, vgl. Kühn (Fn. 15) S. 184 ff.

<sup>208</sup> BVerfGE 23, 98, 106 f. m.w.N. (Gesundbeter).

<sup>209</sup> BVerfGE 102, 370, 376 (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas).

mentation von Erklärungen zur Organspende virulent, wie es auch i.R.d. der Widerspruchslösung nach österreichischem Recht<sup>210</sup>, sowie aufgrund einer Stellungnahme des *Nationalen Ethikrates*<sup>211</sup> besteht. Ausweislich des darin enthaltenen Vorschlages biete sich für die Dokumentation der Erklärung neben dem Organspendeausweis zum Beispiel die Krankenversicherungskarte beziehungsweise die Gesundheitskarte oder ein zentrales Register an. Letzteres ist etwa im Transplantationswesen Österreichs implementiert und bietet dort eine sachgerechte Möglichkeit der Dokumentation des erklärten Widerspruchs.

Eine Erklärung der Spendebereitschaft auf dem bisherigen zumeist papierernen Organspendeausweis bereitet für die Berechnung eines Bonus im hier verhandelten Kontext Probleme bzgl. der Kenntnisnahme<sup>212</sup> und Letztgültigkeit sowie der Dokumentation verschiedener unter Umständen geänderter Erklärungen. Eine Erfassung der Erklärung auf der bisherigen Krankenversicherungskarte (KVK) erscheint vor dem Hintergrund der bevorstehenden flächendeckenden Ausgabe der elektronischen Gesundheitskarte (eGK)<sup>213</sup> nicht mehr umsetzbar und ist – soweit es sich nicht um eine physische Speicherung der Erklärung handelt – technisch ohnehin nicht realisierbar.<sup>214</sup>

Relevanz entfalten damit allein die zwei anderen genannten Dokumentationsoptionen: Die elektronische Gesundheitskarte und ein zentrales Organspenderegister, die jeweils ihrerseits rechtliche Fragestellungen aufwerfen, mit welchen es sich zu befassen gilt.<sup>215</sup>

## 2. Errichtung eines zentralen Organspende(erklärungs-)registers?

Eine Option, die (auch eingeschränkte) Einwilligung zur Organspende, sowie etwaige jederzeit mögliche Widerrufe<sup>216</sup> derselben, den Widerspruch oder die Über-

---

<sup>210</sup> Zum österreichischen Widerspruchsregister vgl. § 62 a Abs. 1, S. 2, § 62 d und § 62 e Abs. 1 Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), BGBl. Nr. 1/1957, zul. BGBl. I Nr. 49/2008; vgl. ferner *Hobmann*, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2002, S. 69, 146 ff.

<sup>211</sup> *NER* (Fn. 1), S. 40, 54.

<sup>212</sup> Vgl. in anderem Kontext aber in der Sache hier ebenfalls zutreffend *Rixen*, NJW 1999, 3389, 3389.

<sup>213</sup> Zumindest in der sog. Rollout-Region Nordrhein ist seit dem 01.10.2009 die „Einführung der elektronischen Gesundheitskarte im Plan [...]“, vgl. Pressemitteilung Nr. 52 des BMG v. 09.06.09; siehe zum derzeit verhängten Moratorium vgl. Pressemitteilung Nr. 113 des BMG v. 18.11.09; zum Ganzen: *Dutge/Dochow* (Hrsg.), Gute Karten für die Zukunft? – Die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte, 2009.

<sup>214</sup> Eine Realisierung über die KVK ist schon in Ermangelung der Lesbarkeit im Bedarfsfall sowie aufgrund der geringen Speicherkapazität von nur 300 Bytes auf der bisherigen KVK nicht denkbar, vgl. zum Letzteren *Warda/Noelle*, Telemedizin und eHealth in Deutschland, Materialien und Empfehlungen für eine nationale Telematikplattform, Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information, 2002, S. 98.

<sup>215</sup> In dieser Hinsicht nicht weiterführend der *NER* (Fn.1), S. 40, 54.

<sup>216</sup> *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 42; *Schroth*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 2, Rn. 6.

tragung der Entscheidung über die Zustimmung zur Organspende auf andere Personen zu dokumentieren, bietet ein zentrales Organspende(erklärungs-)register.<sup>217</sup> § 2 Abs. 3 S. 1 TPG sieht die Möglichkeit der Errichtung eines Organspenderegisters vor, in welchem Erklärungen zur Organspende auf Wunsch der Erklärenden<sup>218</sup> gespeichert werden können und berechnigte Personen Auskunft über das Vorliegen dieser Erklärungen erhalten können. Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG), dem die Befugnis im Wege einer zustimmungsbedürftigen Rechtsverordnung<sup>219</sup> eingeräumt ist, dieses Register z.B. bei Krankenkassen oder Behörden<sup>220</sup> einzurichten, hat davon bisher – vermutlich aus fiskalischen Gründen<sup>221</sup> – keinen Gebrauch gemacht.<sup>222</sup>

Ein solches Register bietet zuvörderst einen entscheidenden Vorteil im Hinblick auf die nach Feststellung des Hirntodes jederzeit mögliche Kenntnisnahme und Berücksichtigung von Erklärungen zur Organspende durch klinisches Personal in der Entnahmesituation, da Spendeausweise oder anderweitige Vermerke, z.B. auf dem Führerschein oder der KVK, unter Umständen nicht rechtzeitig entdeckt werden oder verloren gegangen sein könnten.<sup>223</sup> Auch die (freilich unberechnigten) Urängste über eine Schlechterbehandlung oder einen vorzeitigen Abbruch der Lebensrettung bei Vorliegen eines Spendeausweises verlieren ihr faktisches Fundament, was letztlich auch zur „Wahrhaftigkeit in der Willensentscheidung und Willensumsetzung“<sup>224</sup> beiträgt und das Organspendeaufkommen erhöhen kann. Zudem können die Belastungen eines Angehörigengesprächs<sup>225</sup> sowie Konflikte mit Angehörigen<sup>226</sup> vermieden werden und schließlich bleiben auch im Rahmen von § 4 Abs. 1 S. 2 TPG bedeutsame – möglicherweise bewusst geheim gehaltene<sup>227</sup> und den nächsten Verwandten nicht offenbarte – Widersprüche in der konkreten Entnahmesituation nicht unbekannt. Damit kann auch nach Einschätzung

<sup>217</sup> Für ein zentrales Register: *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 29; *Kühn* (Fn. 15), S. 143: „zentrale computergestützte Erfassung der Spendeerklärungen“; auch *Hobmann* (Fn. 210), S. 119 hält zur praktischen Umsetzung der erweiterten Zustimmungslösung ein Register für geboten.

<sup>218</sup> *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 43.

<sup>219</sup> Zu den darin notwendig zu treffenden Regelungen vgl. § 2 Abs. 3 S. 3 Nr. 1-6 TPG; vgl. *Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 17 ff.; *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 44.

<sup>220</sup> Vgl. *Schroth*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 2, Rn. 13.

<sup>221</sup> *Rixen*, NJW 1999, 3389, 3389; *ders.*, DuD 1998, 75, 76 m.w.N.

<sup>222</sup> In Österreich bspw. besteht ein vergleichbares Register in Form eines Widerspruchsregisters, worin – wegen der dort geltenden Widerspruchsregelung – sämtliche Widersprüche gegen eine Organspende des Einzelnen eingetragen werden.

<sup>223</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 17; *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 56; siehe auch *Rixen*, NJW 1999, 3389, 3389; *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 45.

<sup>224</sup> *Gubernatis*, in: Lachmann/Meuter (Fn. 15), S. 29; vgl. auch *Hobmann* (Fn. 210), S. 119.

<sup>225</sup> *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 80.

<sup>226</sup> *Bruns/Dehong*, ArztR 1998, 283, 285; vgl. zur Verfälschung des Spenderwillens durch Angehörige: *Hobmann* (Fn. 210), S. 69 m.w.N.

<sup>227</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 17.

des Gesetzgebers gerade das Register mit größtmöglicher Sicherheit garantieren, dass der zu Lebzeiten erklärte Wille auch beachtet wird<sup>228</sup>, sodass ein von den Betroffenen beanspruchter Grundrechtsschutz effektiv sichergestellt werden kann.<sup>229</sup> Entscheidend ist auch, dass ein Organspendeerkklärungsregister – je nach organisatorischer Ausgestaltung mehr oder minder effektiv – bewirken kann, dass die einmal schriftlich abgegebene Erklärung zur Organspende nach erfolgtem Widerruf infolge eines Sinneswandel<sup>230</sup> entfernt und damit das Problem der Letztgültigkeit bzw. der Aktualität dieser Erklärungen gelöst und dem tatsächlich aktuellsten Willen entsprochen werden kann.

Explizit diese vollständige Dokumentation im Wege einer zentralen Speicherung von Erklärungen könnte aber auch zur Berechnung des Bonus dienlich sein. Dazu ist erforderlich, die Erklärung zur Organspende zu registrieren, um von dem Datum der Erklärung Kenntnis zu erlangen und anhand dessen eine Berechnung des Bonus vornehmen zu können. In gleicher Weise sind dabei zu dokumentierende Widerrufe und Neuerklärungen bei der Berechnung zu berücksichtigen.

Zur Gewährleistung der Verfügbarkeit und Möglichkeit der Kenntnisnahme dieser Erklärungen durch die zugriffsberechtigten Personen müsste vorzugswürdigerweise eine zentrale Speicherung erfolgen. Die Führung eines zentralen Registers erfolgt bei einer dafür zu bestimmenden Institution. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den vom Gesetz genannten sog. Anlaufstellen, welche Erklärungen zur Organspende oder deren Änderung zum Zwecke der Registrierung entgegennehmen könnten (vgl. in der Verordnungsermächtigung § 2 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 TPG), und der das Register verwaltenden Institution, welcher die Erklärungen von den Anlaufstellen übermittelt werden. Als Anlaufstellen kommen dabei z.B. (Einwohnermelde-)Behörden, Krankenkassen oder andere Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie andere geeignete Organisationen bzw. unabhängige Stellen in Betracht.<sup>231</sup> Das Register selbst soll ausweislich der Gesetzesbegründung ebenfalls bei

---

<sup>228</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 17, vgl. dazu auch weiterführend bei *Rixen*, NJW 1999, 3389, 3389; *ders.*, DuD 1998, 75, 76: der die reale Wirksamkeit der höchstpersönlichen Entscheidung durch die Einrichtung eines Organspenderegisters besser gesichert sieht; vgl. ferner *Breyer/van den Daele* u.a. (Fn. 6), S. 80, welche die Errichtung eines Registers insbesondere zur Sicherung der Berücksichtigung von Widersprüchen für wünschenswert erachten.

<sup>229</sup> Vgl. dazu *Sachs*, JuS 2000, 393, 393; Für den Fall des geheimen Widerspruchs eröffne nach *Rixen*, NJW 1999, 3389, 3389 (mit Verweis auf BT-Drs. 13/4355, S. 17) die Möglichkeit nach § 2 Abs. 3 S. 1 TPG ein Organspenderegister einzurichten, keinen Ausweg.

<sup>230</sup> Vgl. *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 42, der feststellt, dass das TPG keine Möglichkeit vorsieht, einen solchen Sinneswandel zu berücksichtigen. Der *NER* (Fn.1), S. 40, ließ bei der Darstellung seines sog. Stufenmodell das Problem der (im Rahmen seines letztlich modifizierten Widerspruchsmodells noch bedeutsameren) notwendigen Sicherstellung der Beachtung des letzten, möglicherweise gewandelten, noch zu Lebzeiten geäußerten Willens bei der Aufzählung der o.g. Dokumentationsoptionen offenbar konsequent außer Acht.

<sup>231</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 17; *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 45; es kommt auch das Organspenderegister selbst als Anlaufstelle in Betracht, vgl. *Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 17.

diesen Stellen bzw. Institutionen errichtet werden können<sup>232</sup>, was jedoch bei einigen der benannten Stellen eine bundesweit zentrale Speicherung (bei der Vielzahl von z.B. Krankenkassen) schwerlich ermöglichen wird. Es könnte sich daher eine bei der praktizierten Erfassung von Vorsorgevollmachten vergleichbare Lösung finden lassen. Diese werden aus ähnlich gelagerten Gründen gem. § 78 a Abs. 1 BNotO<sup>233</sup> in einem zentralen Register bei der Bundesnotarkammer erfasst.<sup>234</sup> Denkbar ist aber auch eine gesonderte räumlich, organisatorisch und personell eigenständige zentrale Registerstelle im Geschäftsbereich des BMG mit entsprechender Rechts- und Fachaufsicht<sup>235</sup> einzurichten, welche gebührenfrei<sup>236</sup> Organspendeerkklärungen registriert.

Bei einer an dieser Stelle vorzunehmenden zentralen Speicherung von personenbezogenen Daten ergeben sich regelmäßig Bedenken im Hinblick auf die Sicherstellung der aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben<sup>237</sup> fließenden Grundsätze für die Datenverwendung<sup>238</sup>. Die Erhebung der Daten erfolgt daher grundsätzlich unter Mitwirkung (vgl. § 4 Abs. 2 BDSG) und mit der höchstpersönlichen<sup>239</sup> freiwilligen<sup>240</sup> Abgabe der Einwilligungserklärung des Betroffenen (vgl. § 2 Abs. 3 S. 1 TPG: *auf Wunsch des Erklärenden*) nach zuvor erfolgter Aufklärung gem.

<sup>232</sup> BT-Drs. 13/4355, S. 17; so auch *Schroth*, in: *Schroth/König u.a.* (Fn. 30), § 2, Rn. 13; *Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 16.

<sup>233</sup> Bundesnotarordnung (BNotO) i.d.F. v. 24.02.1964 (BGBl. I S. 98), zul. geänd. durch Gesetz v. 30.07.2009 (BGBl. I S. 2449).

<sup>234</sup> *Kilian/Viefbues/Pischel*, in: *Kilian/Heussen* (Hrsg.), *Computerrechts-Handbuch*, 26. Erg.Lfg. 2008, Rn. 55; vgl. weiterführend: *Görk*, FPR, 2007, 82 ff.; *ders.*, DNotZ 2005, 87 ff.; vgl. im Detail § 78a Abs. 3 BNotO i.V.m. VRegV (Vorsorgeregister-Verordnung) v. 21.02.2005, (BGBl. I S. 318) m.W.z. 01.03.2005.

<sup>235</sup> vgl. § 2 Abs. 2 Hess.KRG (Hessisches Krebsregistergesetz) v. 17.12.2001 (GVBl. I S. 582), zul. geänd. durch ÄndG v. 04.12.2006 (GVBl. I S. 647), GVBl. II 351-65; vgl. auch die Rechtsaufsicht des Bundesministerium für Justiz über die Registerbehörde für das Vorsorgeregister, § 78 a Abs. 1 S. 3 BNotO.

<sup>236</sup> Zu den zwischen 10 und 20 Euro betragenden, aufwandsbezogenen Gebühren beim Vorsorgeregister: VRegGebS (Vorsorgeregister-Gebührensatzung); vgl. näher *Görk*, FPR, 2007, 82, 83.

<sup>237</sup> BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählungsurteil): Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

<sup>238</sup> Der Terminus „Verwendung“ dient als Oberbegriff für alle Phasen des Umgangs (§ 1 S. 1 BDSG) mit Daten und umfasst, anders als der Begriff der Datenverarbeitung (§ 3 Abs. 4 BDSG), auch das Erheben (§ 3 Abs. 3 BDSG) und die Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG) von Daten, vgl. dazu *Dammann*, in: *Simitis* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, 6. Aufl. 2006, § 3, Rn. 78, 111; *Gola/Schomerus*, *Bundesdatenschutzgesetz*, Kommentar, 7. Aufl. 2002, § 3, Rn. 25.

<sup>239</sup> Vgl. dazu *Simitis*, in: *ders.* (Fn. 238), § 4 a, Rn. 30 m.w.N.

<sup>240</sup> *Rixen*, in: *Höfling* (Fn. 31), § 2, Rn. 45.

§ 4 Abs. 3 BDSG<sup>241</sup>. Das weitere Verfahren der Übermittlung und Speicherung von bspw. auf dem Postweg oder mittels EDV-gestützter Kommunikationsmittel erhobenen Daten ist entsprechend § 2 Abs. 3 S. 3 TPG in einer Rechtsverordnung zu regeln.<sup>242</sup> Bei § 2 Abs. Abs. 4 TPG handelt es sich um eine bereichsspezifische Spezialregelung des Datenschutzes<sup>243</sup>, die in nicht abschließend geregelten Bereichen subsidiär einen Rückgriff auf das allgemeine Datenschutzrecht zulässt<sup>244</sup>. Sie ist als „andere Rechtsvorschrift“ i.S.v. § 4 Abs. 1 Alt. 2 BDSG einzuordnen und eröffnet damit eine Datenverwendungsmöglichkeit, sodass insoweit keine gesonderte Einwilligung für die Nutzung der bereits auf Wunsch des Erklärenden erhobenen Daten zum Zweck der Auskunftserteilung an dazu befugte Adressaten erforderlich ist. Dies ist letztlich unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Erfordernisses der verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage mit dem im Allgemeininteresse stehenden Zweck zu rechtfertigen<sup>245</sup>, die anhand der Spendeerklärung zu bestimmende Verfügbarkeit von Spenderorganen ohne erheblichen Zeitverlust zu gewährleisten. Dem von Verfassungs wegen geforderten datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung<sup>246</sup> Rechnung tragend<sup>247</sup> darf eine Abfrage personenbezogener Daten i.S.v. § 3 Abs. 1 BDSG<sup>248</sup> nur zum Zwecke der Feststellung erfolgen, ob bei demjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, eine postmortale Entnahme von Organen nach § 3 und § 4 TPG zulässig ist und dies

---

<sup>241</sup> Vgl. auch § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG; für das Landesrecht z.B. § 4 Abs. 2 S. 4 Nds.DSG (Niedersächsisches Datenschutzgesetz) i.d.F. v. 29.01.2002 (Nds.GVBl. S. 22) zul. geänd. durch Gesetz v. 25.03.2009 (Nds.GVBl. S. 71). Diese Aufklärungspflicht besteht u.a. im Hinblick auf die speichernde Institution, die Speicherung sowie die anschließende Datenverwendung. Eine Aufklärungspflicht über die postmortale Organspende selbst ist dagegen anders als bei der Lebensspende (§ 8 Abs. 1 TPG) nicht vorgesehen.

<sup>242</sup> Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler (Fn. 41), § 2, Rn. 18; im Einzelnen dazu ausführlich: Rixen, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 44 f.

<sup>243</sup> Vgl. Rixen, DuD 1998, 75, 75: Das TPG sei eine „bereichsspezifische Datenschutzregelung für weite Bereiche des Transplantationswesens“.

<sup>244</sup> § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG; § 2 Abs. 6 Nds.DSG; Walz, in: Simitis (Fn. 238), § 1, Rn. 155 ff.; vgl. auch Rixen, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 45.

<sup>245</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 43 f.; Roßnagel, APuZ 2006, 9, 10.

<sup>246</sup> BVerfGE 65, 1, 46; BVerfG NJW 2008, 1505, 1516; BVerfG v. 10.03.2008, Az: 1 BvR 2388/03 = BeckRS 2008 33822; zum Grundsatz der Zweckbestimmung bzw. -bindung vgl. auch § 4 Abs. 3 Nr. 2, § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG sowie § 14 Abs. 2 S. 3 und § 2 Abs. 3 S. 2 TPG.

<sup>247</sup> Der Grundsatz der strikten Zweckbindung findet in den datenschutzspezifischen Regelungen des TPG seine Berücksichtigung, siehe neben § 2 Abs. 3 S. 2 auch § 14 Abs. 2 S. 3; vgl. Rixen, DuD 1998, 75, 77; BT-Drs. 13/4355, S. 27.

<sup>248</sup> Es handelt sich bei den Informationen auf einem Organspendeausweis nicht um eine besondere Art personenbezogener Daten i.S.d. § 3 Abs. 9 BDSG, vgl. Hornung, Die digitale Identität, 2005, S. 278 f. mit Fn. 1639; anders wohl Sokol, 19. Datenschutzbericht des LfDI NRW, 2009, S. 103, soweit diese – mit dem herkömmlichen Begriffsverständnis – unter sensiblen Daten „besondere Arten personenbezogener Daten“ i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG bzw. „besondere Kategorien personenbezogener Daten“ i.S.v. Art. 8 EGDatenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) versteht; zum Begriff siehe Schnabel, ZUM, 2008, 657, 660 mit Fn. 50; Simitis, in: ders. (Fn. 238), § 3, Rn. 250 ff, insb. 263.

auch nur ab dem Zeitpunkt, in welchem der Hirntod des Organspenders festgestellt ist.<sup>249</sup>

Schließlich ist entsprechend dem Grundsatz der Erforderlichkeit<sup>250</sup> darauf zu achten, dass der jeweilige Datenverwendungsvorgang zur zulässigen Zweckerreichung auch notwendig ist. Dieser Grundsatz findet auch im Hinblick auf eine Registerauskunft ausreichend Beachtung, da auf diese insbesondere für die Erreichung des hier gegenständlichen Zwecks der Bonusberechnung nicht verzichtet werden kann.

Der Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist ferner durch festgelegte Zugriffsrechte zu bewirken, sodass nur ein begrenzt definierter Kreis von Personen oder Institutionen berechtigt ist, Auskünfte aus dem Register zu erhalten. Auskunftsberechtigt aus dem Organspendeerkklärungsregister sind gem. § 2 Abs. 4 TPG ausschließlich der sich zur Organspende Erklärende selbst sowie ein dem Register vom Krankenhaus als auskunftsberechtigt benannter Arzt<sup>251</sup>, der jedoch weder an der Entnahme noch der Übertragung der Organe des möglichen Spenders beteiligt ist oder Weisungen eines beteiligten Arztes untersteht<sup>252</sup>. Eine Weitergabe erteilter Auskünfte darf außer an den Arzt, der eine Entnahme vornehmen soll, nur an einen nächsten Angehörigen (§ 3 Abs. 3 S. 1 TPG) und den Zustimmungsberechtigten nach § 4 TPG erfolgen.<sup>253</sup> Eine Erteilung oder Weitergabe einer Auskunft entgegen § 2 Abs. 4 S. 1 bzw. 3 TPG an nicht auskunftsberechtigte bzw. nicht zu unterrichtende Personen ist als Vergehen nach § 19 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 TPG bei Strafe verboten.<sup>254</sup>

Dieses den datenschutzrechtlichen Grundprinzipien hinreichende Regelungskorsett wird flankiert von der notwendigen Gewährleistung der Datensicherheit. Um die persönlichen Daten insbesondere vor missbräuchlichen Fremdzugriffen zu schützen, ist es erforderlich organisatorische<sup>255</sup> und verfahrensmäßige Vorkehrungen<sup>256</sup> zu treffen, wozu die in der Anlage zu § 9 BDSG beschriebenen Prinzipien

<sup>249</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 und Abs. 4 S. 2 TPG; siehe dazu auch *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 47; beachte auch das dem § 203 StGB verwandte strafbewehrte Offenbarungsverbot gem. § 14 Abs. 2 S. 1 u. 2 i.V.m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG, das eine Offenbarung der Daten außerhalb des Zwecks der Transplantation durch die nach § 2 Abs. 4 TPG beteiligten Personen verhindern soll; zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen der weiteren Datenflüsse nach dem TPG vgl. nur *Rixen*, DuD 1998, 75, 77 ff.

<sup>250</sup> *Kühling/Elbracht*, Telekommunikationsrecht, 2008, Rn. 392.

<sup>251</sup> Zum Nachweis der Auskunftsberechtigung *Nickel/Schmidt-Preisike/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 20.

<sup>252</sup> Vgl. *Pelchen*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 169. Aufl. 2008, § 2 TPG, Rn. 5; *Rixen*, DuD 1998, 75, 77; *Schroth*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 2, Rn. 14.

<sup>253</sup> *Pelchen* (Fn. 252), § 2 TPG, Rn. 6; *Rixen*, DuD 1998, 75, 77.

<sup>254</sup> *Pelchen* (Fn. 252), § 2 TPG, Rn. 8 (sofern nicht § 203 StGB eingreift), § 19 TPG, Rn. 7.

<sup>255</sup> *Schurig*, in: Niederlag/Dierks u.a., Rechtliche Aspekte der Telemedizin, 2006, S. 41, 45.

<sup>256</sup> BVerfGE 65, 1, 44, 46; *Müller*, BGBI 2006, 629, 629.



gehören.<sup>257</sup> Es ist hierbei v.a. die Vertraulichkeit und der Schutz der Daten durch Zugangsbeschränkungen<sup>258</sup>, Protokollierungsverfahren<sup>259</sup> und Verschlüsselungstechnologien zu bewahren.<sup>260</sup> Letztlich hängt die Realisierung der Datensicherheit von der technischen-organisatorischen Ausgestaltung der Infrastruktur ab, in welche ein solches zentrales Organspendeklärungsregister implementiert werden kann. Mit entsprechenden Verfahren und Methoden kann die Datensicherheit realistischere Weise sichergestellt werden.<sup>261</sup> Hier liegen schließlich nicht die durchgreifenden Bedenken gegen die Errichtung eines zentralen Organspendeklärungsregisters.

Probleme bereitet vielmehr die einem denkbaren Sinneswandel folgende Änderbarkeit der Erklärung zur Organspende zu einer ggf. letztgültigen Erklärung gegen die Spende (Widerspruch), die durch die Vernichtung des bisherigen papierenen Organspendeausweises vergleichsweise einfacher zu realisieren ist, als durch den Gang zu einer so bezeichneten Anlaufstelle.<sup>262</sup> Für sich betrachtet bietet das Register allein dabei keine befriedigende Lösung und wird hierbei dem Anspruch nach einer einfachen und rationellen Möglichkeit zur Abgabe<sup>263</sup> sämtlicher Erklärungen nicht vollends gerecht.

---

<sup>257</sup> Dazu ausführlich: *Mand*, MedR 2003, 393, 397; *Müller*, BGBl 2006, 629, 632; *Schurig*, in: *Niederlag/Dierks* u.a. (Fn. 255), S. 42; siehe z.B. auch die landesrechtliche Regelung des § 7 Abs. 2 Nds.DSG.

<sup>258</sup> Siehe dazu auch bereits oben bei Fn. 252 ff.; § 2 Abs. 4 S. 1 und 3 TPG.

<sup>259</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 TPG.

<sup>260</sup> Ferner ist die Unversehrtheit und Vollständigkeit sowie die Gültigkeit und Widerspruchsfreiheit der Daten durch geeignete Verfahren zu gewährleisten; siehe dazu die Nachweise in Fn. 257.

<sup>261</sup> Siehe zur Telematikinfrastruktur im Gesundheitswesen unten bei Fn. 323.

<sup>262</sup> Dies – für den Fall, dass einem Angehörigen eine gegenteilige als die im Register geführte Erklärung vorliegt – als einen verdeckten Vorbehalt bezeichnend *Schott* (Fn. 38), S. 350.

<sup>263</sup> *Kühn* (Fn. 15), S. 142; *Rixen*, in: *Höfling* (Fn. 31), § 2, Rn. 45: „[...] muss einfach, übersichtlich und zuverlässig ausgestaltet bzw. praktiziert werden“.

### 3. Erklärung zur Organspende auf der elektronischen Gesundheitskarte?

#### a. Speicherort der Erklärung zur Organspende

Verschiedentlich wird gefordert, die Organspendeerklärung auf der elektronischen Gesundheitskarte (eGK) zu speichern.<sup>264</sup> Diese werde in der Regel mit sich geführt und sei in der Entnahmesituation mit der Erklärung zur Organspende verfügbar.<sup>265</sup> Entsprechend dem Fachkonzept für die elektronische Gesundheitskarte der *gematik*<sup>266</sup> soll die Organspendeerklärung im *Notfalldatensatz* gespeichert werden.<sup>267</sup> Innerhalb der Notfalldaten müsse es eine separate Darstellung der Organspendeerklärung geben, die sowohl Hinweismöglichkeiten plus „Flag“<sup>268</sup> zur Erkennung der Organspendebereitschaft ermögliche.<sup>269</sup> Bestandteil der auf der eGK zu speichernen Notfalldaten kann eine vollständige Organspendeerklärung sein. Im Fachkonzept ist daher vorgesehen, dass das „Nein“ oder ein „Ja“ zur Organspende dokumentiert werden kann, wobei bei Letzterem auch Dokumentationen von Einschränkungen bzw. Nennungen von nur einzelnen Organen sowie erläuternde

<sup>264</sup> Teilbericht zur Situation der Transplantationsmedizin des *Instituts für Gesundheits- und Sozialforschung (IGES)*, vorgelegt durch das *BMG*, BT-Drs. 16/12554, S. 5 u. 24; vgl. ferner neben dem *NER*, o. bei Fn. 211 sogar für eine verpflichtende Erklärung auf der eGK die damalige bayerische Sozialministerin *Stevens*, [www.welt.de/politik/deutschland/article917575](http://www.welt.de/politik/deutschland/article917575); für eine Speicherung auf der eGK aus der Politik auch die SPD-Abgeordnete *Reimann*, [www.carola-reimann.de/](http://www.carola-reimann.de/); die ehemalige Gesundheitsministerin *Schmidt*, [www.heute.de/ZDFheute/inhalt/6/0,3672,7128710,00.html](http://www.heute.de/ZDFheute/inhalt/6/0,3672,7128710,00.html); *dies.* *WAZ* vom 16.06.2008; der ehemalige gesundheitspolitische Sprecher der CSU *Zöller*, vgl. bei [www.heise.de/newsticker/meldung/58304/](http://www.heise.de/newsticker/meldung/58304/) und [www.heise.de/newsticker/meldung/99804/](http://www.heise.de/newsticker/meldung/99804/); ablehnend aus nicht weiter benannten datenschutzrechtlichen Gründen der Vorsitzende der Ständigen Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer (BÄK) *Lilie*, bei [www.heise.de/newsticker/meldung/88896](http://www.heise.de/newsticker/meldung/88896) <alle aufgerufen am: 16.08.2009>.

<sup>265</sup> *Bundesverband Niere e.V.*, Pressemitteilung der Interessengemeinschaft (IG) Niere Rhein-Ahr-Eifel e.V. vom 30. Mai 2008, [www.nephro.de](http://www.nephro.de); *Grandt/Müller-Oerlinghausen*, DÄBl. 2004, A-2102, 2105.

<sup>266</sup> Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH.

<sup>267</sup> *gematik*, Speicherstrukturen der eGK für Gesundheitsanwendungen, Version: 1.5.0, Stand: 29.02.2008, S. 2: „Vorkehrungen für die Organspendeerklärung (als Teil der Notfalldaten) wurden berücksichtigt“; *dies.*; Speicherstrukturen der eGK für Gesundheitsanwendungen, Version: 1.8.0, Stand: 31.07.2009, S. 31: „Der Container für Notfalldaten wurde für die Aufnahme der Erklärung zur Organspende angepasst.“.

<sup>268</sup> Binäre Variable, welche streng genommen die Erklärung zur Organspende in den Varianten „Ja“ und „Nein“ ermöglicht, was jedoch die im Einzelfall notwendige eingeschränkte Erklärungsmöglichkeit bzw. die Übertragung der Entscheidung auf eine andere Person nach § 2 Abs. 2 TPG nicht berücksichtigt.

<sup>269</sup> *BMG*, Meldung AR-0471; zit. bei *gematik*, Fachkonzept, „Daten für die Notfallversorgung (Notfalldaten)“, Version: 1.4.0, Stand: 10.07.2008, S. 18; *BMG*, Meldung AR-0492 zit. bei *gematik*, ebd.: „Notfalldaten und Daten des Organspendeausweises müssen in einem XML-Dokument mit einer Signatur im Notfalldatencontainer stehen“; *gematik*, Speicherstrukturen (Fn. 267), S. 32: „Der Container für Notfalldaten wurde für die Aufnahme der Organspendeerklärung vergrößert. Falls eine eGK keine qualifizierte Signatur bekommen soll, ist der dafür vorgesehene Bedarf von 1900 Byte von der Gesamtsumme abzuziehen.“.

Informationen zur Organspendebereitschaft möglich sind.<sup>270</sup> Festgehalten wird ebenso das Datum der Spendeerklärung, was im vorliegenden Kontext für die Berechnung des sog. Zeitbonus von Bedeutung ist.

Vorteil einer Ablage der Organspendeerklärung an diesem Speicherort ist freilich, dass auf die offline<sup>271</sup> verfügbar zu haltenden Daten des Notfalldatensatzes gem. § 291 a Abs. 3 Nr. 1, wie aus § 291 a Abs. 5 S. 2 SGB V zu schließen ist, auch ohne Autorisierung durch den Karteninhaber zugegriffen und damit ohne sein Zutun die Erklärung zur Organspende zur Kenntnis genommen werden kann.

Dagegen wird jedoch eingewandt, dass die Einsichtnahme in die Willenserklärung zur Organspende praktisch bei jedem Arztbesuch ohne PIN-Eingabe (durch den Karteninhaber) möglich<sup>272</sup> und diese für Notärzte, welche frühzeitig auf die Erklärung stoßen würden<sup>273</sup>, in der präklinischen Versorgung irrelevant sei und eine Vermischung der Bereiche Organspende und Notfallmedizin zu Irritationen führen könnte, die in der öffentlichen Diskussion Schaden anrichten würden.<sup>274</sup> Inwiefern Letzteres – ungeachtet der häufig schon heute zwangsläufigen Kenntnisnahme des „Papierorganspendeausweises“ in der Brieftasche des Spendewilligen – Urängste vor einem Behandlungsabbruch in Ansehung einer erwarteten Organspende bewirkt, kann hier dahinstehen, denn nach § 2 Abs. 4 S. 2 TPG soll die Auskunft über das Vorliegen einer Spendeerklärung erst eingeholt werden dürfen, wenn der Tod eines möglichen Spenders festgestellt wurde, was die Speicherung im Notfalldatensatz aufgrund der zwangsläufigen Kenntnisnahme nicht gewährleisten kann. Diese Wertung der datenschutzspezifischen Regelung des TPG, die für den Fall der Errichtung eines Organspenderegisters festgelegt wurde, muss wegen des datenschutzrechtlichen Grundsatzes der Zweckbindung<sup>275</sup> auch für eine Datenverwendung vermittelt der eGK ihre Wirkung entfalten.

Entscheidend ist jedoch die Frage, ob es sich überhaupt um einen Notfall handelt, der eine Speicherung an diesem Ort zulässt. Sofern man annehmen möchte, dass es sich in der Situation, in der die Organspendeerklärung benötigt wird, um einen Notfall für den Organempfänger handelt<sup>276</sup>, so erfolgt ihre Verwendung jedoch nicht zur Notfallversorgung des Organspenders und Karteninhabers selbst.<sup>277</sup> Unter Notfall ist jedoch im Allgemeinen „eine Sachlage, in der plötzlich und un-

---

<sup>270</sup> Vgl. dazu *gematik*, Fachkonzept (Fn. 269), S. 40 und 46.

<sup>271</sup> Nach § 291 a Abs. 3 S. 1, 2. HS müssen die Daten nach Nr.1 auf der Karte ohne Netzzugang verfügbar sein.

<sup>272</sup> *Holst*, 31. Jahresbericht des Brem. LfDI, 31.03.2009, S. 46.

<sup>273</sup> *Kluckhuhn*, ZM 13/2008, 30 ff.

<sup>274</sup> So die *BÄK*, vgl. bei *Krieger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833.

<sup>275</sup> Vgl. zum Grundsatz der Zweckbindung schon o. bei Fn. 246.

<sup>276</sup> *Hornung* (Fn. 248), S. 226, Fn. 1335, der dies nur für ein vom Karteninhaber personenverschiedenes Subjekt (also die individuell im Einzelfall einem Notfall nahe stehende Situation der dringenden Bedürftigkeit eines Spenderorgans) verstehen wird.

<sup>277</sup> *Hornung* (Fn. 248), S. 226, Fn. 1335.

vorhergesehen *für den Betroffenen* nachteilige Veränderungen eintreten [...]“<sup>278</sup> zu verstehen. Ebenso ist nach dem Fachkonzept „Daten für die Notfallversorgung“ ein „Notfall ein Ereignis, das unverzüglich [...] *bei Notfallpatienten am Notfallort* lebensrettende Maßnahmen oder Maßnahmen zur Verhinderung schwerer gesundheitlicher Schäden [...]“<sup>279</sup> erfordert. § 291 a Abs. 3 Nr. 1 SGB V bezweckt also, dass Informationen im Interesse des möglicherweise nicht (mehr) mitwirkungsfähigen Versicherten<sup>280</sup> im Notfall auch ohne dessen ausdrückliche Zustimmung abgefragt werden können.<sup>281</sup> Entgegen dieses Begriffsverständnisses wurde im genannten Fachkonzept jedoch nachträglich hinzugefügt, dass Bestandteil der Notfalldaten auch die Erklärung zur Organspende des Versicherten ist.<sup>282</sup> Richtigerweise ist der Begriff „Notfall(versorgung)“ nach dem Normverständnis und den typischerweise für Notfälle erforderlichen und originär auch zur Speicherung auf der eGK vorgesehenen Informationen (über das Vorliegen chronischer Erkrankungen, Allergien, Arzneimittelunverträglichkeiten usw.)<sup>283</sup> jeweils nur personenbezogen auf jene durch die Norm geschützte Person<sup>284</sup>, mithin hier den Karteninhaber, zu verstehen, zu dessen Gunsten die Notfallinformationen schließlich gespeichert werden.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass eine jederzeitige Änderung der Organspendeerklärung durch den Spendewilligen in der bisher bekannten Weise nicht mehr ohne Weiteres möglich wäre, weil eine Änderung im Notfalldatensatz gem. § 291 a Abs. 5 S. 3 SGB V nach der Zwei-Karten-Sicherheitskonzeption der eGK auch die Einbeziehung des Heilberufsausweises (HBA) eines Arztes erfordert, der über eine Möglichkeit der sicheren Authentifizierung und über eine entsprechende qualifizierte elektronische Signatur verfügt.<sup>285</sup> Somit bestehen den Erklärungswillen jedes Einzelnen betreffende Hindernisse, die Organspendeerklärung nach Belieben und jederzeit entsprechend einer denkbaren Willensänderung zu löschen, einzuschränken oder auch zu erweitern.

Eine weitere denkbare Option ist daher die Speicherung der Organspendeerklärung im sog. *Patientenfach*, da bei dieser Anwendung ausnahmsweise das Zwei-Karten-Prinzip gem. § 291 a Abs. 5 S. 3, 1. HS SGB V nicht greift, der Versicherte jederzeit auch ohne HBA zugreifen und u.a. seine Erklärung zur Organspende verändern, widerrufen oder löschen kann, sofern der Versicherte über eine eigene

<sup>278</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 23.4.1997 – Az. 4 L 5793/96 = BeckRS 1997 21791.

<sup>279</sup> *gematik*, Fachkonzept (Fn. 269), S. 8.

<sup>280</sup> Auf das Interesse des Versicherten abstellend noch BT-Drs. 15/1525, S. 1444.

<sup>281</sup> *gematik*, Fachkonzept (Fn. 269), S. 8; *Bales/Dierks u.a.* (Hrsg.), Die elektronische Gesundheitskarte, Rechtskommentar, 2007, § 291 a, Rn. 32.

<sup>282</sup> *gematik*, Fachkonzept (Fn. 269), S. 8; so auch *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 63.

<sup>283</sup> *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 32.

<sup>284</sup> Vgl. für den Begriff des Unfalls gem. § 142 StGB und dessen Beteiligtenbezogenheit, *Zopf*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/2, 2005, § 142, Rn. 25.

<sup>285</sup> BT-Drs. 15/1525, S. 145; *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 61, 85 ff., 90 ff.; vgl. auch *Krüger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833.

Signaturkarte mit der Möglichkeit zur Erstellung einer elektronischen Signatur verfügt (§ 291 a Abs. 5 S. 3, 2. HS SGB V).<sup>286</sup>

Das Patientenfach (§ 291 Abs. 3 Nr. 5 SGB V) ist jedoch aus einem entscheidenden Grund für die Speicherung der Erklärung zur Organspende ungeeignet: Ohne eine entsprechende Autorisierung mittels PIN<sup>287</sup> durch den Versicherten kann auf die Informationen in diesem Fach nicht zugegriffen werden.<sup>288</sup> Dies ist aus Datenschutzerwägungen – nicht zuletzt wegen der in diesem Fach gespeicherten u.U. im Einzelfall sensiblen Daten – auch folgerichtig, führt jedoch im Falle des Hirntodes – mit der unzweifelhaften Folge der Einwilligungsunfähigkeit – des Karteninhabers dazu, dass eine Autorisierung des Datenzugriffs und eine Kenntnisnahme der Organspendeerklärung nicht mehr erfolgen kann. Der denkbare Einzelfall der Autorisierung durch einen über die PIN verfügenden Angehörigen oder eine andere „eingeweihte“ Person (sog. „Treuhand“<sup>289</sup>), bietet hier in Ermangelung durchschlagender Praktikabilität keinen Ausweg.

Schließlich wird daher auch die Speicherung in einem eigenen *Fach* „*Organspende*“ erwogen<sup>290</sup>, für welche es jedoch noch der detaillierten – den speziellen Bedürfnissen der Organentnahmesituation gerecht werdende – Regelung differenzierter Zugriffsrechte bedarf.<sup>291</sup> So muss ein alleiniger Zugriff des Karteninhabers mittels einer PIN zur jederzeitigen Änderung seiner Erklärung ohne Zugriffsbarrieren möglich sein. Ferner muss den Bedenken Rechnung getragen werden, die bei der Speicheroption „Notfalldatensatz“ bestehen und zudem sind Notfallmediziner zunächst von der Kenntnisnahme auszuschließen.<sup>292</sup> Gleichwohl sollte aber unter Berücksichtigung der Vorgaben des TPG (zur Regelung des Organspenderegisters) im Falle des Hirntodes eine Abfrage der Informationen durch auskunftsberechtigte Personen möglich sein, wovon jene die Transplantation durchführenden Ärzte wiederum ausgeschlossen sein müssen.

---

<sup>286</sup> *Bales/Dierkes u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 45, weiterführend: Rn. 100.

<sup>287</sup> Neben der PIN ist z.B. auch ein Token mit biometrischem Fingerprint als Autorisierungswerkzeug denkbar; s.a. BT-Drs. 15/1525, S. 145; *Hornung* (Fn. 248), S. 63 mit Fn. 254.

<sup>288</sup> Vgl. *Bales/Dierkes u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 45; *Hornung* (Fn. 248), S. 226.

<sup>289</sup> *Holst*, 31. Jahresbericht des Brem. LfDI, 31.03.2009, S. 46.

<sup>290</sup> *Schmidt* (Fn. 264); *Kluckbuhn*, ZM 13/2008, 30 ff.; einschränkend lediglich für einen „Hinweis auf einen hinterlegten Organspendeausweis“ in diesem Fach plädierend: *Ständige Kommission Organtransplantation der BÄK*, vgl. bei *Krüger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833 sowie der SPD-Abgeordnete *Wodarg*, vgl. bei [www.heise.de/newsticker/Gesundheitsministerin-fuer-Organ Spendefach-auf-der-Gesundheitskarte-/meldung/99804](http://www.heise.de/newsticker/Gesundheitsministerin-fuer-Organ Spendefach-auf-der-Gesundheitskarte-/meldung/99804) <aufgerufen am: 01.11.2009>.

<sup>291</sup> Vorschläge liefern *Hornung* (Fn. 248), S. 227, 440 und *Bales/Dierkes u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 62.

<sup>292</sup> s.o. bei Fn. 274.

*b. Allgemeine und kontextbezogene Probleme der Verwendung der eGK zur Speicherung einer Erklärung zur Organspende*

Ein Problem der Speicherung auf der eGK ist die im Zusammenhang mit dem vorgestellten Modell stehende notwendige Dokumentation der gesamten Erklärungshistorie zur Berechnung eines Bonus. Da es denkbar ist, dass einer Spendeerklärung ein Widerruf derselben folgt (und diesem sogar eine erneute Spendeerklärung folgen kann usw.) muss sichergestellt werden, dass zur Berechnung des Bonus sämtliche Erklärungen mit dem Datum ihrer Abgabe dauerhaft dokumentiert werden. Demgemäß kann anhand der ersten Spendeerklärung der sog. Startbonus ohne Weiteres gutgeschrieben werden. Der sog. Zeitbonus wird dann anhand des (Netto-)Spendebereitschaftszeitraums berechnet, wobei schließlich Zeiträume, in denen die Spendebereitschaft (ggf. vorübergehend) nicht gegeben war, orientiert an den jeweiligen Erklärungsdaten, abgezogen werden können. Ungeachtet der Frage, ob der dazu erforderliche Speicherplatz auf der eGK (32 KByte) überhaupt zur Verfügung steht<sup>293</sup>, leistet auch das in § 291 a Abs. 6 S. 2 SGB V vorgesehene Protokollierungsverfahren keine Abhilfe. Würde man dieses verwenden wollen, um Rückschlüsse auf Erklärungen und Widersprüche durch die im Einzelnen protokollierten Zugriffe (Eintragungen und Löschungen) ziehen zu können, so erweist sich dieses Verfahren letztlich als ungeeignet, weil nur mindestens die letzten 50 Zugriffe erfasst werden und somit – selbst wenn man die Zahl der zu protokollierenden Zugriffe erhöhen wollte – bei einer lebenslangen Erklärungshistorie zur Organspende eine umfassende Dokumentation wegen der zur Zeit noch limitierten Speicherkapazität auf der eGK nicht zu gewährleisten ist. Entscheidend gegen eine derartige Nutzung des Protokollierungsverfahrens ist jedoch anzuführen, dass es streng an den Zweck der Datenschutzkontrolle gebunden ist<sup>294</sup>, was eine Verwendung zur Bonusberechnung nach allgemeinen Datenschutzgrundsätzen<sup>295</sup> ausschließt.

Dieses Problem verschärfend ist den genannten Speicherortoptionen ferner der gemeinsame Nachteil immanent, dass im Falle des Verlustes der Karte<sup>296</sup> die Erklärung zur Organspende einschließlich der gesamten Historie irreversibel verloren ist und schließlich eine Kenntnisnahme der Erklärung in der Entnahmesituation nicht ermöglicht werden kann. Für das vorgestellte Bonusmodell bedeutet dies

<sup>293</sup> Nach *Grandt/Müller-Oerlinghausen*, DÄBl. 2004, A-2102, 2105 sollen speicherintensivere Daten außerhalb der Karte abgelegt werden und die Karten als Zugangsschlüssel fungieren. Zu den künftig zu erwartenden neuen Kartenvarianten mit deutlich erweiterten Speicherkapazitäten eGK-M (bis zu 2 MByte) und eGK-M+ (bis zu 2 GByte) vgl. die Studie des *Fraunhofer-Instituts für Offene Kommunikationssysteme (FOKUS)* im Auftrag der gematik „Untersuchung zur Forderung nach Tests mit zusätzlichen dezentralen Speichermedien“ vom 30.04.2009, S. 23 ff.; abrufbar unter: [www.gematik.de/upload-/Untersuchung\\_Dezentrale\\_Speichermedien\\_\\_4879.pdf](http://www.gematik.de/upload-/Untersuchung_Dezentrale_Speichermedien__4879.pdf) <aufgerufen am: 01.11.2009>.

<sup>294</sup> § 291 a Abs. 6 S. 3 SGB V; *Hornung* (Fn. 248), S. 64.

<sup>295</sup> Zum Grundsatz der Zweckbindung schon oben bei Fn. 246.

<sup>296</sup> Dazu vgl. *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 51 f.

zudem, dass der Organspender den Verlust seines „Anspruchs“, auf der Warteliste besser gestellt zu werden, hinnehmen muss.

Die eGK kann daher die Bedürfnisse an die erforderliche Dokumentation (allein) nicht oder nur unzureichend bzw. mit erheblichen Bedenken befriedigen und es ist schließlich zweifelhaft, ob sie im betrachteten Kontext überhaupt Verwendung finden darf. Einer Speicherung auf der eGK könnte entgegenstehen, dass nach der Verbotsnorm § 291 a Abs. 8 SGB V eine Datenverwendung nur zum Zweck der „Versorgung der Versicherten“ zulässig ist.<sup>297</sup> Einer grammatikalischen Auslegung folgend könnte man die Versorgung *der Versicherten* global im Gesamtsystem der gesundheitlichen Versorgung begreifen und damit eine Datenverarbeitung zur Versorgung eines vom Karteninhaber personenverschiedenen Versicherten für zulässig erachten. Der Normzweck intendiert jedoch den Datenschutz zugunsten des einzelnen Karteninhabers, sodass die *Versorgung* freilich den Versicherten betrifft, der auch Karteninhaber ist. Für eine umfassende Erklärung zur Organspende<sup>298</sup> und andere<sup>299</sup> fremdnützige Datenverarbeitungsvorgänge, die sich im Allgemeininteresse stehend rechtfertigen ließen, bedarf es daher einer Änderung des § 291 a SGB V, wonach unter Berücksichtigung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes mit Hilfe einer abschließend zu formulierenden Aufzählung die Verarbeitung dieser Daten auch für die Versorgung anderer Versicherter zulässig wäre.

### *c. Besondere Anforderungen an die elektronische Erklärung zur Organspende*

Fernerhin ist fraglich, welche Form für eine Erklärung zur Organspende im elektronischen Verfahren bei einer Speicherung auf der eGK vorzusehen ist. Es wird behauptet, der Organspendeausweis als rechtswirksame Erklärung erfordere die (qualifizierte) elektronische Signatur.<sup>300</sup> Die Notwendigkeit einer solchen Signatur bestimmt sich aber auch für den Bereich des Gesundheitswesens allgemein danach, ob ein gesetzliches Schriftformerfordernis besteht.<sup>301</sup> Tatsächlich kann daher bspw. gem. § 36 a Abs. 2 SGB I im Bereich des Sozialrechts<sup>302</sup> eine durch Rechtsvor-

---

<sup>297</sup> Vgl. *Hornung* (Fn. 248), S. 65; siehe *ders.* bei *Krüger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833; vgl. auch § 291 a Abs. 4 SGB V.

<sup>298</sup> Auch der bloße Hinweis auf das Vorliegen dieser Erklärung ist eine personenbezogene Angabe i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG und damit ein Datum, vgl. *Dammann*, in: *Simitis* (Fn. 238), § 3, Rn. 5 ff.

<sup>299</sup> Z.B. Informationen über die Knochenmarkspendebereitschaft.

<sup>300</sup> *Krüger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833; *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 60.

<sup>301</sup> *Dierks/Püschel*, in: *Duttge/Dochow* (Fn. 213), S. 31; vgl. auch *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 97: „wenn Rechtsvorschriften die Unterschrift [...] bezogen auf [...] Daten vorschreiben“.

<sup>302</sup> Vgl. auch die für die gesetzlichen Schriftformerfordernisse in anderen Rechtsbereichen geltenden Vorschriften § 126 a Abs. 1 BGB, § 3 a Abs. 2 S. 2 VwVfG, § 87 a Abs. 3 S. 2 AO.

schrift<sup>303</sup> angeordnete Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden, mit der Folge, dass das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen ist. Das TPG sieht jedoch für die Rechtswirksamkeit der Erklärung zur postmortalen Organspende und den Widerruf derselben gerade keine Schriftform vor<sup>304</sup>, da gem. § 4 Abs. 1 S. 1 TPG bei Nichtvorliegen einer schriftlichen Erklärung auch die Angehörigen über das Bekanntsein einer *mündlich abgegebenen Erklärung* zu befragen sind.<sup>305</sup> Auch die aus der Organspendeausweis-VwV<sup>306</sup> herleitbare Notwendigkeit der Abgabe einer Unterschrift auf einem papierenen Organspendeausweis führt nicht zwingend zum Erfordernis der qualifizierten elektronischen Signatur, denn ungeachtet der ohnehin begrenzten Bindungswirkung dieser Rechtsnorm<sup>307</sup> und der Frage, ob sie überhaupt als Rechtsvorschrift i.S.d. § 36 SGB I einzuordnen ist<sup>308</sup>, bleibt jedenfalls jede andere durch höherrangiges Recht zugelassene Form der Erklärung zur Or-

<sup>303</sup> Rechtsvorschrift ist hier i.S.e. Gesetzes im formellen Sinne oder einer wirksamen untergesetzlichen Regelung (Verordnung, Satzung) zu begreifen, vgl. *Seenwald*, in: Leitherer (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 60. Erg.Lfg. 2009, § 36 a SGB I, Rn. 25; mithin sind dies alle materiellen Rechtsnormen mit Außenwirkung, vgl. *Walz*, in: Simitis (Fn. 238), § 1, Rn. 164 f. u. § 4, Rn. 9; *Wolff/Bachof* u.a., Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 24, Rn. 20; anders aber *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 18, Rn. 4; ebenso *Ehlers*, in: ebd., § 2, Rn. 62.

<sup>304</sup> *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 32; *Schroth*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 2, Rn. 8 u. 10; *Walter*, FamRZ 1998, 201, 202 u. 210; anders aber *Duttge*, in: Duttge (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, 2007, S. 14; anders für die Lebendorganspende: § 8 Abs. 2 S. 4 TPG.

<sup>305</sup> *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 32; *Schroth*, in: Schroth/König u.a. (Fn. 30), § 2, Rn. 9.

<sup>306</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Festlegung eines Musters für einen Organspendeausweis vom 29.05.1998 (BAnz. Nr. 103a v. 06.06.1998).

<sup>307</sup> *Ossenbühl* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 6, Rn. 41; vorsichtiger: *Merten*, in: Staudinger, BGB, 2005, Art. 2 EGBGB, Rn. 36 f. m.w.N.; Verwaltungsschriften als Rechtsätze bezeichnend *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 24, Rn. 3 sowie § 4, Rn. 3; siehe ferner die Nachweise in Fn. 303 a.E.; zur Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften siehe BVerfGE 2, 237, 242; *Ossenbühl*, ebd., § 6, Rn. 42 ff.; *Wolff/Bachof* u.a. (Fn. 303), § 24, Rn. 26; *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 303), § 19, Rn. 19; wenngleich dagegen die Bindungswirkung der durch Unterschrift bestätigten, schriftlichen Erklärung auf dem Organspendeausweis insoweit für die Zulässigkeit der Organentnahme nicht bezweifelt wird, vgl. dazu *Rixen*, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 36 ff.

<sup>308</sup> Vgl. schon Fn. 303; Verwaltungsvorschriften werden auch im allgemeinen Datenschutzrecht nicht als Rechtsvorschriften begriffen, vgl. *Walz*, in: Simitis (Fn. 238), § 1, Rn. 168; *Gola/Schomerus* (Fn. 238), § 1, Rn. 23; auch i.R.v. § 47 VwGO werden Verwaltungsvorschriften nicht per se als Rechtsvorschriften begriffen, vgl. BVerwGE 75, 109, 117; *Gerhardt/Bier*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Erg.Lfg. 2008, § 47, Rn. 25 f. m.w.N.; *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2009, § 47, Rn. 29; *Ossenbühl* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 307), § 6, Rn. 45.



ganspende möglich.<sup>309</sup> Ein zwingendes Formerfordernis besteht damit also auch nicht kraft der Organspendeausweis-VwV<sup>310</sup>.

Die Notwendigkeit einer schriftlichen Erklärung zur Organspende ergibt sich im vorliegenden Kontext jedoch aus dem Bedürfnis, die Erklärung zugunsten des Spenders für eine etwaige spätere Bonusberechnung nachvollziehbar zu dokumentieren, wozu eine mündlich abgegebene Erklärung nicht ausreichen wird.

Sofern die Schriftform gewählt wird, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen<sup>311</sup> das Erfordernis der Unterschrift, was seinerseits für die Erklärung zur Organspende im elektronischen Verfahren zur Folge hat, dass diese durch eine qualifizierte elektronische Signatur gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 SigG<sup>312</sup> zu ersetzen ist.<sup>313</sup> Dies ist letztlich auch sinnvoll, um die Integrität der übermittelten Daten zu garantieren und die Authentifizierung der Kommunikationspartner zu ermöglichen.<sup>314</sup> Die Verwendung der qualifizierten elektronischen Signatur sichert also durch die rechtliche Gleichsetzung mit der eigenhändigen Unterschrift die Rechtswirksamkeit und Beweisqualität der Erklärung.<sup>315</sup>

---

<sup>309</sup> *Schroth*, in: *Schroth/König u.a.* (Fn. 30), § 2, Rn. 16; vgl. zur „rechtsscheinähnlichen Wirkung des Organspendeausweises“ im Verhältnis zum mündlich erklärten Widerruf *Rixen*, in: *Höfling* (Fn. 31), § 2, Rn. 42, *Walter*, *FamRZ* 1998, 201, 206 u. 210 mit Anm. 62.

<sup>310</sup> *Walter*, *FamRZ* 1998, 201, 210; Insbesondere muss eine gesetzsergänzende Funktion der Verwaltungsvorschrift hier in Ermangelung der „untergeordneten Bedeutung“ als Verfahrensvorschrift wegen des Gesetzesvorbehalts verneint werden; vgl. *BVerfGE* 40, 237, 248 ff.; dazu auch *Merten* (Fn. 307), Rn. 37.

<sup>311</sup> Vgl. zur Funktion der Unterschrift *Einsele*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2006, Bd. 1/1, § 126, Rn. 10 ff.; *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. 2007, § 126, Rn. 1 f.; *Köhler*, in: *Bundesnotarkammer* (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Schippel*, 1996, S. 209 ff.; *Spindler/Weber*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 1. Aufl. 2008, § 126 BGB, Rn. 3: „Kennzeichen der Schriftform ist die eigenhändige Namensunterschrift“.

<sup>312</sup> Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz) v. 16.05.2001 (BGBl. I S. 876), zul. geänd. durch Gesetz v. 26.02.2007 (BGBl. I S. 179).

<sup>313</sup> Zu den Anforderungen an das elektronische Äquivalent zur Schriftform vgl. *Wendland* in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, BGB*, Ed. 13, Stand: 1.5.2009, § 126 a, Rn. 3 ff; ferner zur Funktion und den Voraussetzungen der qualifiziert elektronischen Signatur *Gramlich*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 311), § 2 SigG, Rn. 10; zur Funktionsweise siehe *Seewald* (Fn. 303), § 36 a SGB I, Rn. 27 f.; *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 10. Aufl. 2008, § 3 a, Rn. 22.

<sup>314</sup> *BT-Drs.* 14/9000, S. 27; *Seewald* (Fn. 303), § 36 a SGB I, Rn. 5; *Rofsnagel*, *NJW* 2001, 1817 ff.; *ders.*, *NJW* 2005, 385 ff.; vgl. *Hornung* (Fn. 248), S. 226, der u.a. den Einsatz einer elektronischen Signatur zur Sicherung gegen unberechtigte Veränderungen und zur Nachvollziehbarkeit berechtigter Änderungen nennt.

<sup>315</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturrichtlinie), 1999/93/EG v. 13.12.1999, (ABl. L 13 v. 19.1.2000, S. 12); *Bales/Dierkes u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 96; siehe auch *BT-Drs.* 14/9000, S. 26; *Steinbach*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch SGB I, Allgemeiner Teil, Kommentar*, 24. Erg.Lfg. 2005, § 36 a, Rn. 1: „Gleichwertigkeit [...] mit einer durch Rechtsvorschrift angeordneten Schriftform“; *Seewald* (Fn. 303), § 36 a SGB I, Rn. 5; s. auch die Nw. in Fn. 311.

Zu beachten ist schließlich, dass sich aus datenschutzrechtlicher Sicht im Hinblick auf die elektronische Erfassung der Erklärung zur Organspende aus § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG<sup>316</sup> das Erfordernis der Schriftform ergibt, was somit jedenfalls bei der denkbaren kombinierten Abgabe beider Erklärungen die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur nach sich zieht.<sup>317</sup>

Hinsichtlich übriger datenschutz- und datensicherheitsrechtlicher Fragestellungen kann das Konzept der fortwährend umstrittenen elektronischen Gesundheitskarte in weiten Teilen den verfassungsrechtlich geprägten Anforderungen gerecht werden, denn die grundlegend patientenorientierte Konzeption des § 291 a SGB V mit klar definierten Zugriffsrechten, asymmetrischen Verschlüsselungsverfahren und funktionaler Zweiteilung in einen verpflichtenden administrativen und einen freiwilligen medizinischen Teil räumt dem Patienten die Möglichkeit eigenverantwortlicher Bestimmung über seine Daten ein.<sup>318</sup>

#### 4. Vorschlag der Kombination von Organspenderegister und eGK zur Dokumentation der Erklärung zur Organspende

Die hier favorisierte Lösung stellt eine Kombination aus der Speicherung der Organspendeerklärung in einem zentralen Organspendeklärungsregister unter der Verwendung der eGK dar.

Der Verordnungsgeber nach § 2 Abs. 3 TPG ist dabei nicht verpflichtet, das Registerverfahren über die sog. Anlaufstellen abzuwickeln, wenn ein direkter Zugang in gleicher Weise die Registrierung und Identitätsprüfung ermöglicht.<sup>319</sup> Der Bürger erhält durch die elektronische Kommunikation letztlich einen einfachen und schnellen Zugang<sup>320</sup>, was mit Blick auf mögliche Aktualisierungen der Erklärungen zu begrüßen ist.

Unbenommen davon verbleibt im System der Organtransplantation auch im Kontext des hier vorgeschlagenen Modells weiterhin die Möglichkeit, die Erklärung zur Organspende auf den bisher bekannten Wegen abzugeben; die Berechnung eines Bonus erfordert dagegen eine Registrierung.

<sup>316</sup> Vgl. ferner § 4 Abs. 2 S. 1 Nds.DSG; § 67 b Abs. 2 S. 3 SGB X.

<sup>317</sup> *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 54; *Dierks/Püschel*, in: *Duttge/Dochow* (Fn. 213), S. 31 mit Fn. 21; *Hornung* (Fn. 248), S. 62; *Similis*, in: ders. (Fn. 238), § 4 a, Rn. 33; *Weichert*, DuD 2004, 391, 399. § 291 a SGB V setzt die Schriftform mit der in § 291 a Abs. 3 S. 4 SGB V genannten Pflicht zur Dokumentation der Einwilligungserklärung auf der Karte voraus, sodass ein ergänzender Rückgriff auf § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG erforderlich ist. Keine Anwendung findet hingegen § 4 a Abs. 3 BDSG, weil es sich bei der Erklärung zur Organspende nicht um Daten i.S.v. § 3 Abs. 9 BDSG handelt, vgl. Fn. 248.

<sup>318</sup> Vgl. bei *Dochow*, GesR 2009, 221, 221; umfassend dazu *Duttge/Dochow* (Fn. 213).

<sup>319</sup> *Nickel/Schmidt-Preisikge/Sengler* (Fn. 41), § 2, Rn. 17.

<sup>320</sup> Für den Bereich der Verwaltung: BT-Drs. 14/9000, S. 27.

### a. Abgabe und Registrierung der Erklärung zur Organspende

Die Erklärung kann wahlweise unter Verwendung der eGK an einem sog. e-Kiosk<sup>321</sup>, einem Terminal in der Arztpraxis oder gegenüber dem behandelnden (Haus-)Arzt abgegeben werden. Dazu kann jeweils ein elektronisches Formular verwendet werden, das in seinen Angaben denen des heute bekannten Organspendeausweises entsprechen kann bzw. die Möglichkeit eröffnet, weitere detailliertere Erklärungen abzugeben.<sup>322</sup> Wird die Erklärung gegenüber dem behandelnden (Haus-)Arzt abgegeben, besteht zudem die zusätzliche und vorteilhafte – gesetzlich nicht zwingende – Möglichkeit einer qualifiziert medizinischen Beratung vor Abgabe der Erklärung.

In allen Fällen soll die Erklärung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (durch den Patienten) versehen werden und in ein zentrales Organspendeklärungsregister, welches Teil der Telematikinfrastruktur<sup>323</sup> sein sollte, eingespeist und zur Abfrage durch die Berechtigten zur Verfügung gestellt werden. Zusätzlich sollte das Dokument in Kopie zur Sicherung von Auskunfts- und Leserechten des Karteninhabers<sup>324</sup> zusätzlich auf dessen Wunsch hin im Patientenfach abgelegt werden.

Aufgrund des datenschutzrechtlichen Erfordernisses der Abgabe einer schriftlichen Erklärung gem. § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG<sup>325</sup> bei Verwendung der eGK bietet

---

<sup>321</sup> „Der eKiosk ist ein Primärsystem zur Verwaltung von Anwendungen und Daten durch den Versicherten“, vgl. *Telematik*, Glossar, Version: 1.5.0., Stand: 31.10.2006, S. 22. Diese sollen etwa in Apotheken oder Arztpraxen bereitstehen. Ferner wurde vorgeschlagen Geldautomaten dafür zu nutzen, vgl. [www.heise.de/newsticker/meldung/121450](http://www.heise.de/newsticker/meldung/121450) <aufgerufen am: 01.11.2009>. Schließlich können e-Kiosks auch bei den im TPG erwähnten Anlaufstellen eingerichtet werden.

<sup>322</sup> Freilich kann wegen des Prinzips der „medialen Selbstbestimmung“ (*Rossnagel*, NJW 2003, 469, 472; s. auch *Seewald* [Fn. 303], § 36 a SGB I, Rn. 15) auch ein formloses, unterschriebenes, alle erforderlichen Angaben zur Organspendeerklärung enthaltendes Schriftstück oder der bisherige Organspendeausweis (direkt gegenüber dem Register oder bei einer Anlaufstelle) eingebraucht werden, um sodann (mit Einverständnis des Betroffenen) elektronisch erfasst und in das zentrale Organspenderegister eingespeist zu werden.

<sup>323</sup> Eine Online-Anbindung der e-Kiosks und Arztpraxen bzw. eine Partizipation in einer sicheren Telematikinfrastruktur ist dabei eine notwendige Voraussetzung. Derzeit werden Anstrengungen unternommen eine solche durch Informations- und Telekommunikationstechnik unterstützte Infrastruktur im Gesundheitswesen unter etablieren, vgl. zum Ganzen: *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), S. 8 ff.; *Dierks/Nitz/Grau*, *Gesundheitstelematik und Recht*, 2003, S. 17 f., 80 f.; *Kraft*, *Telematik im Gesundheitswesen*, 2003, S. 13 ff.; *Mand*, *MedR* 2003, 393 ff.; *Müller*, *BGBI* 2005, 629 ff.; *Rienhoff*, in: *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), S. 332 ff.; *Ernestus*, in: dies., S. 294 ff.; *Pitschas*, *NZS* 2009, 177, 178 ff.; kritisch: *Sokol*, 19. Datenschutzbericht des LfDI NRW, 2009, S. 103; zur Freiwilligkeit bei der Online-Anbindung: *Bartmann*, in: *Duttge/Dochow* (Fn. 213), S. 45 f.; *Forderungskatalog der Ärzteschaft zum Projekt elektronische Gesundheitskarte auf Grundlage der Beschlüsse des 111. Deutschen Ärztetages*, abrufbar unter: [www.bundesaezrztekammer.de](http://www.bundesaezrztekammer.de); vgl. zu insbesondere den datenschutzrechtlichen Anforderungen im Bereich der Gesundheitstelematik im Überblick auch *Dochow*, in: *Lohmann/Preusker* (Hrsg.), *Kollege Computer – Moderne Medizin durch Telematik*, 2009, S. 123 ff. m.w.N.

<sup>324</sup> *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 78. 98 ff.

<sup>325</sup> Siehe dazu schon Fn. 316 u. insb. in Fn.317.

es sich aus Praktikabilitätsgründen an, die Organspendeerklärung verbunden mit der Einwilligung zur Datenverwendung abzugeben<sup>326</sup>, wobei letztere gem. § 4 a Abs. 1 S. 4 BDSG einer besonderen Hervorhebung bedarf. Die Abgabe dieser Erklärung erfordert die Schriftform und Unterschrift des Betroffenen und kann mit Hilfe der qualifizierten elektronischen Signatur erfolgen. Für die Signierung kann eine separate oder in die eGK integrierte Signaturkarte des Patienten verwendet werden.<sup>327</sup> Alternativ besteht die Gelegenheit, die Erklärung in Abhängigkeit vom HBA signieren zu lassen, was allerdings die Möglichkeit zur jederzeitigen und barrierefreien Änderung der Erklärung erschweren würde.

Die Einwilligungserklärung zur Datenverwendung ist gem. § 291 a Abs. 3 S. 4 SGB V auf der eGK zu dokumentieren<sup>328</sup> und jederzeit widerruflich. Aus diesem Grund ist die o.g. durchaus praktikable kombinierte Abgabe der Erklärung zur Organspende nach § 2 Abs. 3 S. 1 TPG mit der Erklärung über die Einwilligung zur Datenverwendung gem. § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG nicht möglich. Die Erklärung zur Organspende soll gerade nicht auf der eGK gespeichert werden, damit insbesondere sichergestellt ist, dass diese gem. § 2 Abs. 4 S. 2 TPG erst nach dem Tode zur Kenntnis genommen wird.

Zusätzlich sollte aber in einem zu schaffenden automatisierten Verfahren jeweils ein nicht näher konkretisierter Hinweis über das bloße Vorliegen einer Erklärung zur Organspende an einem anderen Speicherort als dem Patientenfach festgehalten werden. Dieser Hinweis dient gleichsam als eine Art „Pointer“ auf eine vorliegende Erklärung und kann z.B. durch eine „Häkchensetzung“ an geeigneter Stelle auf der eGK erfolgen. Dafür bietet sich der sog. Notfalldatensatz oder wahlweise ein auf der eGK zu errichtendes separates Fach „Organspende“ an, welches aber ebenfalls Zugriffsrechte über einen HBA gewährleisten muss. In beiden Fällen wird im Bedarfsfall eine unverzügliche Kenntnisnahme über die Existenz einer Erklärung zur Organspende ermöglicht (Hinweischarakter der eGK<sup>329</sup>), wenn und soweit der Patient sich (bereits) im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit befindet. Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass im Rahmen der freiwilligen Anwendungen des § 291 a Abs. 3 SGB V (im Patientenfach) zumindest *Verweise auf Patientenverfügungen und Organspendeausweise denkbar*<sup>330</sup> sind.

<sup>326</sup> Dies gilt für jene die eGK betreffenden Anwendungen, da die Erklärung gegenüber dem Organspenderegister gem. § 2 Abs. 3 S. 1 TPG diese Erklärung zur Datenverwendung bereits umfasst. Zu den Anforderungen an diese datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung siehe nur *Weichert*, DuD 2004, 391, 399.

<sup>327</sup> Vgl. dazu *Dierks/Püschel*, in: Duttge/Dochow (Fn. 213), S. 39 mit Fn. 55; *Hornung* (Fn. 248), S. 371.

<sup>328</sup> *Hornung* (Fn. 248), S. 62; a.A. *Weichert*, DuD 2004, 391, 400.

<sup>329</sup> Vgl. *Grandt/Müller-Oerlinghausen*, DÄBl. 2004, A-2102, 2105; ebenfalls zum Vorschlag über eine Hinweiskarte im Bereich der Vorsorgevollmachten: *Reimer*, DuD 2006, 319.

<sup>330</sup> BT-Drs. 15/1170, S. 123 (Erster Entwurf); BT-Drs. 15/1525, S. 145 erwähnt dagegen nur noch Verweise auf Patientenverfügungen; für einen „Hinweis auf einen hinterlegten Organspendeausweis“ in einem gesonderten Fach „Organspende“ plädierend auch die *Ständige Kommission Organtransplantation der BÄK*, vgl. bei *Kröger-Brandt*, DÄBl. 2008, A-833.

Da es sich hierbei nicht um ein echtes Äquivalent zum Organspendeausweis oder der umfassenden schriftlichen Erklärung zur Organspende handelt, ist eine qualifiziert elektronische Signatur zur Implementierung dieses Hinweises nicht erforderlich.

*b. Willenswandel und barrierefreie sowie jederzeitige Änderungsmöglichkeit*

Sollte der Spender seine Erklärung widerrufen wollen, weil sich seine Haltung zur Spendebereitschaft geändert hat, so kann er dies mit Hilfe seines (Haus-)Arztes oder durch eine Erklärung z.B. am e-Kiosk vornehmen. Dabei wird das elektronische Formular entsprechend dem o.g. Prozedere mit einer willensgetragenen Änderung versehen neu abgefasst. Gültigkeit erlangt jeweils nur die zuletzt an das Register abgegebene Erklärung. Eine vollständige Löschung der dort bereits vorhandenen Erklärung(en) aus dem zentralen Organspenderegister wäre denkbar und sollte dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung tragend auch generell möglich sein<sup>331</sup>; diese würde sich jedoch nachteilig auf die Berechnung eines Bonus nach dem hier vorgetragenen Modell auswirken, denn dazu ist eine Dokumentation der gesamten Erklärungshistorie mit den jeweiligen Erklärungsdaten im Register nötig.

*c. Umfang und Inhalt der zu speichernden Daten im Organspendeklärungsregister*

Im Organspendeklärungsregister wird die Erklärung zur Organspende gem. § 2 Abs. 3 S. 1 TPG in ihrer jeweils aktuellsten Fassung sowie etwaige Widerrufe und die gesamte Erklärungshistorie gespeichert.

Aus nachvollziehbaren Gründen<sup>332</sup> werden Daten über das Bestehen oder Nichtbestehen der Einwilligung(un)fähigkeit erwachsener Menschen nicht erhoben, weil dies zur Berechnung des Bonus nicht erforderlich ist. Zudem würde eine so gelagerte Speicherung dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit (vgl. § 3 a BDSG) widersprechen. In gleicher Weise verbietet sich daher eine Speicherung sonstiger medizinischer Informationen im Register. Das Organspenderegister beschränkt sich daher als *Organspendeklärungsregister* auf die Speicherung von Erklärungen.

*d. Abruf der Erklärung zur Organspende in der Organentnahmesituation*

Im Falle des Hirntodes und dem Hinzutreten der weiteren Voraussetzungen nach § 2 Abs. 4 TPG kann die konkrete Erklärung entsprechend den in einer Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 3 TPG zu regelnden Vorgaben z.B. durch einen mit

---

<sup>331</sup> Vgl. dazu auch § 2 Abs. 3 S. 3 Nr. 5 TPG: Vorgabe zur Regelung der Löschung von Daten in einer möglichen RVO durch das BMG.

<sup>332</sup> Vgl. auch oben Fn. 63.

einem festgelegten institutions- bzw. personengebundenen Identifikationsnachweis ausgestatteten Berechtigten<sup>333</sup> direkt beim zentralen Organspenderegister über sichere Datenübermittlungswege abgerufen werden.

Es gelten hierbei nicht die Bestimmungen der eGK, da es erforderlich ist, den Kreis der Auskunftsberechtigten gegenüber dem großen Kreis der HBA-Inhaber entsprechend den Bedürfnissen des TPG<sup>334</sup> zu begrenzen. Zudem stünde einer Abfrage mittels der eGK das Einwilligungserfordernis des § 291 a Abs. 5 S. 1 SGB V entgegen, wonach der Versicherte in jeden einzelnen Zugriff auf einzelne Anwendungen einwilligen müsste.<sup>335</sup> Eine Abfrage im Falle des Hirntodes des Betroffenen wäre damit ausgeschlossen.

#### *e. Abfrage der Erklärungshistorie zur Berechnung und Gewährung des Bonus*

Schließlich sind auch die Auskunftsbegehren in Situationen der eigenen Empfangsbedürftigkeit denkbar. Soweit die im Register vermerkte Person im Falle der eigenen Spendebedürftigkeit Auskunft begehrt, so ist gem. § 2 Abs. 4 S. 1 TPG ein uneingeschränkter Auskunftsanspruch des Betroffenen anzuerkennen. Dem steht auch nicht die Vorschrift des § 2 Abs. 3 S. 2 TPG entgegen, nach der eine Verwendung der im Register gespeicherten Daten nur zulässig ist, um festzustellen, ob bei der erklärenden Person eine Organentnahme zulässig ist. Zwar ist das gerade nicht der beabsichtigte Zweck, da die Auskunft zur Berechnung eines Bonus zugunsten des Erklärenden in der Organempfangssituation begehrt wird. Allerdings ist das fundamentale Betroffenenrecht auf Auskunft<sup>336</sup> nicht von dieser die Verwendung von Daten beschränkenden Regelung erfasst und schließlich legt § 2 Abs. 4 S. 1 TPG den Auskunftsanspruch des Erklärenden selbst fest. Unberührt bleibt dieses Auskunftsrecht auch von der Vorschrift des § 2 Abs. 4 S. 3 TPG, nach der eine Anfrage erst nach Feststellung des Todes zulässig ist. Diese Einschränkung ist lediglich an die in § 2 Abs. 4 S. 1 TPG neben dem Erklärenden genannten, anderen Berechtigten adressiert und daher teleologisch zu reduzieren, mithin jederzeit eine Anfrage durch den Betroffenen zuzulassen. Der Erklärende könnte durch diese Option die Informationen (z.B. einen Registerauszug) an das Transplantationszentrum weitergeben, welches zum Führen einer Warteliste gem.

<sup>333</sup> Die jederzeit mögliche Abfrage eines u.U. vorliegenden Widerspruchs erfolgt im österreichischen Transplantationswesen durch den Transplantationskoordinator der einzelnen Transplantationszentren, vgl. *Hohmann* (Fn. 210) S. 56, 148 m.w.N.; Aus dem Register für Vorsorgeverfügungen bspw. sind die Berechtigten per passwortgestütztem Zugangscode in der Lage, datengesichert direkt online Dokumente abzurufen, vgl. *Reimer*, DUD 2006, 317, 319; vgl. ferner Fn. 251.

<sup>334</sup> Vgl. ausdrücklich § 2 Abs. 4 S. 1 TPG.

<sup>335</sup> *Bales/Dierks u.a.* (Fn. 281), § 291 a, Rn. 82; Soweit festgestellt wird, dass § 291 a Abs. 5 S. 2 SGB V nicht für die Notfalldaten gilt, so entfällt jedoch nicht das Einwilligungserfordernis des § 291 a Abs. 5 S. 1 SGB V, sodass für die Abfrage der Daten aus dem Notfalldatensatz, mithin der Abfrage einer Erklärung zur Organspende, mindestens eine mutmaßliche Einwilligung existieren müsste.

<sup>336</sup> Vgl. auch § 19 Abs. 1 BDSG; *Mallmann*, in: *Simitis* (Fn. 238), § 19, Rn. 1 ff.

§ 10 Abs. 2 Nr. 1 TPG verpflichtet ist, um den Bonus entsprechend berücksichtigen zu lassen.

Soweit eine solche Auskunft nicht vermittels des Patienten selbst erfolgen kann, muss eine Möglichkeit der Anfrage<sup>337</sup> zur Sicherung des Bonus-Anspruchs bestehen, nach der die die Warteliste führenden Transplantationszentren zur Auskunft berechtigt sind. Die Vorschrift des § 2 Abs. 4 S. 1 TPG steht dem nicht entgegen, da danach nur Ärzte nicht auskunftsberechtigt sind, die an der Organentnahme beim Spender beteiligt sind. Somit sind von Transplantationszentren bestimmte Ärzte, die an der Organtransplantation beim Organempfänger beteiligt sind, berechtigt das Bestehen und den Umfang des Bonus im Register abzufragen. Klarstellend sollte diesen berechtigten Ärzten die gesetzlich legitimierte Anfragemöglichkeit zur Bonusberücksichtigung eröffnet werden, wobei die Auskunft auf die zur Berechnung des Bonus erforderliche gesamte Erklärungshistorie zu erstrecken ist.<sup>338</sup> Dieses Auskunftsrecht ist allerdings dahingehend einzuschränken, dass eine Auskunft über die Erklärungshistorie erst nach Entscheidung über die Aufnahme auf die Warteliste erfolgen darf und aufgrund der sicherzustellenden Datenhoheit des Einzelnen der Zustimmung des betroffenen Patienten bedarf.

Nach § 2 Abs. 4 S. 2 TPG darf diese Anfrage jedoch erst nach der Feststellung des Todes gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG erfolgen, was hier freilich nur auf den Organspender zu beziehen ist. Im Sinne der zu fordernden Normenklarheit und bereichsspezifisch präzisen Regulationsanforderung könnte in § 2 Abs. 4 TPG ergänzend eingefügt werden, dass S. 2 nicht für eine Abfrage über das Bestehen und den Umfang eines Bonus zur Berechnung eines Wartelistenplatzes eines zur Organübertragung angenommenen Patienten durch das Transplantationszentrum zu bestimmenden Arzt gilt. Weil die im Organspenderegister gespeicherten Daten de lege ferenda auch zur Feststellung verwendet werden können, ob und in welchen Zeiträumen eine Erklärung zur Organspende vorlag, um die Errechnung eines Bonus zu ermöglichen, bedarf auch § 2 Abs. 3 S. 2 TPG hinsichtlich der de lege lata auf die Organentnahmesituation beschränkte Zweckbindung der legislativen Änderung.

---

<sup>337</sup> Diese ist nach dem hier vorgestellten Modell sodann als routinemäßige Berücksichtigungspflicht des Registerauszuges bei Berechnung des Wartelistenplatzes zu verstehen, vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 1 TPG und § 13 Abs. 3 S. 3 TPG, wonach alle „erforderlichen Angaben“ zur Führung der Warteliste zu ermitteln sind. Der Arzt des Transplantationszentrums muss im Rahmen dieser Verpflichtung ein Auskunftsrecht erhalten. Hierzu bedarf es auch der entsprechenden Fortschreibung der Richtlinien für die Warteliste nach § 12 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 TPG.

<sup>338</sup> Wohingegen die Auskunft gem. § 2 Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1 TPG auf die aktuelle Erklärung zur Organspende beschränkt ist.

## V. Schlussbetrachtung

Die technische Umsetzung des vorgeschlagenen Modells mit dem kombinierten Einsatz der eGK und des Organspenderegisters kann daher mit Hilfe marginaler legislativer Änderungen – wenngleich unter letztlich aber vertretbarem erhöhtem administrativem<sup>339</sup> und fiskalischem<sup>340</sup> Aufwand – erfolgen.

Dem Charakter als bloßes Anreizmodell Rechnung tragend wird jedoch keine Pflicht zur Abgabe einer Erklärung gegenüber dem Register konstituiert und es bleibt jede andere Form der Erklärung zur Organspende möglich<sup>341</sup>; aus Gründen der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit für das System und den Einzelnen im Hinblick auf die Berücksichtigung des letztgültigen Willens, einer Abmilderung der Unwägbarkeiten in der möglichen Entnahmesituation und letztlich der Gewährung des Bonus sollte die Erklärung in einem zentralen Register vermerkt werden.

Eine entgegen der im Register hinterlegten zustimmenden Erklärung denkbare missbräuchliche Verwahrung gegen eine Organentnahme (bspw. durch ein zeitgleich abgefasstes Schriftstück in der heimischen Schublade, das vor der Entnahmesituation über die eingeweihten Angehörigen<sup>342</sup> vorgebracht wird) könnte dem Rechtsinstitut der *protestatio facto contraria non valet*<sup>343</sup> folgend keine Geltung beanspruchen, weil auf diese Weise das System der Reziprozität torpediert werden könnte. Darüber hinaus könnte jedoch wegen einer solchen, hier nicht als hoch eingeschätzten, Missbrauchsgefahr erwogen werden, die im Register hinterlegte Erklärung als die einzig verbindliche Erklärung anzuerkennen, was durch die technische Umsetzung in der hier dargestellten Weise mit einem schnellen und einfachen Zugangssystem – das Selbstbestimmungsrecht weitgehend schützend – umgesetzt werden kann.

Die Wahrung dieses Individualrechts steht auch bereits auf der Ebene der Entscheidungsfindung und Erklärungsabgabe – freilich fortwirkend bis nach dem Eintritt des Todes – im Vordergrund und ist ein leitender Gesichtspunkt dieses Modells. Daher bedient es sich auch der rechtlichen Voraussetzungen der geltenden erweiterten Zustimmungslösung, zielt jedoch darauf ab, möglichst weitgehende Kongruenz zwischen dem Willen des Einzelnen und der tatsächlichen Organentnahme herzustellen.<sup>344</sup> Dies kann neben der „Bonusanreizwirkung“ schließlich

---

<sup>339</sup> Breyer/van den Daele u.a. (Fn. 6), S. 120.

<sup>340</sup> Vgl. zu den fiskalischen Hemmnissen schon Rixen (Fn. 221).

<sup>341</sup> Vgl. dazu bereits oben IV. 4.; zur Bindungswirkung schriftlicher Erklärungen vgl. Höfling/Rixen, in: Höfling (Fn. 31), § 2, Rn. 36 ff.

<sup>342</sup> Diese haben jedenfalls wegen § 3 Abs. 3 S. 1 TPG eine letzte Interventionsmöglichkeit, vgl. Höfling/Rixen, in: Höfling (Fn. 31), § 3, Rn. 20.

<sup>343</sup> BGH NJW 2000, 3429, 3431 m.w.N.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl. 2008, Rn. 194; Flume, Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 5/5, S. 76; krit. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 191; Singer/Benedict, in: Staudinger, BGB, 2004, § 133, Rn. 58 ff; Kramer, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Fn. 311), Vorbem., Rn. 40.

<sup>344</sup> Dazu bereits oben bei Fn. 145.



auch dazu beitragen, die Akzeptanz für das System der postmortalen Organgewinnung und damit die Motivation zur Abgabe einer zustimmenden Erklärung zur Organspende zu fördern mit der Folge einer Eindämmung des Organmangels.

Es erscheint nur als vorsichtige Prognose, dass der Organmangel durch das vorgeschlagene Modell vollends beseitigt werden kann. Die in dieser Situation auch für sich Nichtklärende oder Widersprechende bestehende optimierte Versorgung mit Organen könnte jedoch dazu führen, dass der Bonus nicht mehr eine hinreichende Motivationswirkung zur Abgabe einer zustimmenden Erklärung entfaltet.<sup>345</sup> Dieses Weniger an zustimmenden Erklärungen würde, wenn auch in einem langfristigen Prozess, zu einer Verringerung des Organaufkommens und damit zu einer erneuten Mangelsituation führen. Dieser Einwand ist jedoch in den Bereich der Spekulation zu verweisen und verkennt, dass die Anreizwirkung des Bonus bei wieder sinkendem Organaufkommen neu aufleben würde. Diese Zyklenbewegungen sind eine denkbare, aber nicht notwendigerweise nachteilige, Erscheinung des hier dargestellten Modells.

Mit der durch dieses Modell erreichbaren Erhöhung des Organaufkommens sollte sich schließlich auch der Jahrzehnte währende Konflikt um die rechtliche Grundkonzeption des Transplantationswesens entschärfen. Wie gezeigt hält das Modell der verfassungsrechtlichen Prüfung stand und wiegt insgesamt weniger grundrechtsbelastend als andere Konzeptionen, die als Alternative zur Zustimmungslösung vorgetragen werden. Der Gesetzgeber hat, die vorgefundene Mangelsituation berücksichtigend, bei der Implementierung eines Modells der erweiterten Zustimmungslösung mit dem Bonus der Bevorzugung eine weite Einschätzungsprärogative, von welcher er Gebrauch machen sollte, damit die „gerechte“ Verwaltung des Mangels nicht die leitende Motivation im Kontext des Transplantationswesens ist.

Daher ist die Inpflichtnahme des Einzelnen<sup>346</sup>, mit der Erwartung, dass er sich (auch aus eigenem Interesse) mit dem von hoher Bedeutung für die Allgemeinheit behafteten Thema der Organspende befasst und die freiwillige Entscheidung trifft, dem Anreiz zu erliegen (der letztlich ggf. sogar einen individuellen Vorteil gewährt), eine durchaus geringfügig belastende Maßnahme, um das Ziel der Beseitigung des eklatanten Organmangels zu erreichen.

Da diesem als Ursache die dem reinen Altruismus offenbar bisher nicht vollends zu entlockende Spendebereitschaft des Einzelnen zugrunde liegt, ist es folgerichtig, nunmehr die im Bereich des Transplantationswesens sachimmanente Erwägung anzustellen, eine für die Allgemeinheit akzeptable, reziproke Verknüpfung zwischen der Spendebereitschaft und der eigenen Organzuteilung zu bewirken, was in der hier vorgeschlagenen Weise bei der Gewährung eines Bonus auch nicht

---

<sup>345</sup> *Opper* (Fn. 32), S. 163; *Blankart/Kirchner/Thiel* (Fn. 13), S. 39 ff.

<sup>346</sup> Dabei finden Personengruppen, die aus vielfältigen Gründen nicht an diesem reziproken Modell teilnehmen können, bei der Allokation umfangreich Berücksichtigung, vgl. oben II. 2. c. und e.

zur Zurückdrängung der als medizinisch verstandenen Kriterien bei der Allokation führen wird.

Die Akzeptanz für einen Vorschlag, der das eigene Verhalten in die Verteilungsentscheidung mit einfließen lässt, wird in einem sensiblen Bereich, wie dem der postmortalen Organspende, in Deutschland nicht ohne Weiteres erreicht werden. Der fachliche und öffentliche Diskurs wird sich aber vermehrt einer Vielzahl von bisher mit einem strengen Tabu belegten Überlegungen zuwenden müssen, um den Zustand der Knappheit von Gesundheitsressourcen und damit immer auch individueller Betroffenheit zu überwinden, wenn diese infolge einer differenzierten und notwendigenfalls modifizierten Ausgestaltung insbesondere auch im Lichte der Verfassung als (sach-)gerecht erscheinen.

## **Diskurs: Medizinische und ethische Fragestellungen zum Transplantationswesen**

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff  
Ralf Werner*

*Auditorium:* Welche Risiken bestehen bei einer Organtransplantation? In wieweit werden die Patienten vor der Operation von den Ärzten aufgeklärt?

*Herr Werner:* Wir klären natürlich nicht nur die Bevölkerung auf. Ebenso werden alle Patienten, die zu uns kommen, also diejenigen, die sich auf die Warteliste für eine Organtransplantation setzen lassen wollen, über alle Risiken einer Organtransplantation, primär medizinische, aber auch psychologische informiert. Das bedeutet, dass wir den Patienten auch im Vorfeld der Operation anbieten mit unseren Klinikseelsorgern Kontakt aufzunehmen oder mit dem Sozialdienst bzw. den Psychologen und diese Unterstützung zieht sich durch die gesamte Behandlung, also die prä-, peri-, und postoperative. Die Patienten bleiben immer unsere Patienten, sie werden umfassend aufgeklärt und es besteht immer ein enges Verhältnis zwischen dem Transplantationszentrum und dem Patienten. Dies gerade weil die Transplantation sich nicht nur auf den rein medizinisch-organischen Ablauf beschränken darf und auch nicht beschränkt, sondern ganz viele Faktoren eine Rolle spielen. In die Aufklärung und Betreuung werden auch die Angehörigen des Patienten eingebunden. Dabei ist ein wichtiger Punkt, dass wir niemanden zwingen und auch niemanden überreden, sich auf die Warteliste für eine Transplantation setzen zu lassen. Es bleibt ein absoluter Akt der Freiwilligkeit.

*Auditorium:* Welches sind die konkreten Probleme, die bei einer Transplantation für den Empfänger des Organs auftreten können?

*Herr Werner:* Es gibt verschiedene Komplikationen. Ich möchte auf die Organakzeptanz näher eingehen. Wir wissen, dass es für einige Organempfänger sehr leicht ist, das transplantierte Organ als das ihre zu akzeptieren. Aber wir sehen auch Unterschiede, zum Beispiel haben oftmals Nierenempfänger ein ganz anderes Verhältnis zu ihrem transplantierten Organ als Herzempfänger. Erklären könnte sich dies dadurch, dass das Herz wesentlich emotionaler besetzt ist als die Niere, das gesamte Gefühlsleben immer an das Herz gekoppelt wird, die Seele und das Herz kombiniert werden. Dies stellt für manche Patienten eine Belastung dar. Ich habe in ganz vielen Gesprächen mit Herzempfängern erfahren, dass sie mit ihrem neuen Organ zu Recht kämen, aber gerne mehr Informationen über den Spender erfahren würden. Doch ich muss ihnen dann mitteilen, dass wir das von Gesetzes wegen nicht tun dürfen. Ich denke es gibt auch gute Gründe dafür, den Organempfänger über bestimmte Daten des Spenders nicht zu informieren.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Aber vielleicht greifen wir diesen Gesichtspunkt mal auf, denn diese Rechtslage besteht nicht überall auf der Welt.

*Herr Werner:* Das ist richtig.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Könnte es Gründe geben, die vorgeschriebene Anonymisierung aufzuheben?

*Auditorium:* Die Organempfänger könnten das Gefühl bekommen, dem Spender oder dessen Familie gegenüber verpflichtet zu sein. Doch gerade bei der postmortalen Spende gibt der Spender deswegen, weil er das Organ nicht mehr benötigt, und daher muss man als Empfänger dem Spender nicht dankbar sein.

*Herr Werner:* Das ist auch die Einstellung, die von einem Großteil der Patienten geäußert wird. Es gibt allerdings die andere Gruppe von Organempfängern, die ihre Dankbarkeit direkt der Spenderfamilie gegenüber ausdrücken will. Das ist möglich, aber eben nur in anonymisierter Form. Der Organempfänger wendet sich dann an sein Transplantationszentrum, übergibt sein Dankeschreiben und das Zentrum schickt dieses weiter an die Familie des Organspenders. Dies stellt aber nicht nur einen Ausdruck von Dankbarkeit dar, sondern es hilft auch der Familie des Organspenders in der Trauerbewältigung. Für sie kann es in der Trauerarbeit eine ganz wichtige Unterstützung sein, zu wissen, dass die Organe erfolgreich transplantiert worden sind. Viele Angehörige von Spendern haben mir mitgeteilt, dass ihnen das sehr weiterhelfen würde.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Was nicht immer der Fall ist.

*Herr Werner:* Das stimmt.

*Auditorium:* Aber die Hinterbliebenen könnten möglicherweise eine emotionale Bindung zu dem Organempfänger aufbauen. Das könnte auch gefährlich sein.

*Herr Werner:* Es gibt sogar Situationen, in denen eine Form von Anhänglichkeit entstanden ist, die schließlich eskalierte. Es passiert durchaus in einer Klinik, dass zum Beispiel im Zimmer des transplantierten Organempfängers die Akte liegengelassen wird. Eigentlich sollen die Spender- und Empfängerakten streng voneinander getrennt aufbewahrt werden, aber wenn darauf nicht so genau aufgepasst wird, haben die Angehörigen des Organempfängers doch Zugang zu den Daten des Spenders. Im Anschluss wird dann mit der Spenderfamilie Kontakt aufgenommen. In einem mir bekannten Fall hat es sich folgendermaßen abgespielt: Diese Dankbarkeit hat sich in einem zunächst sehr vernünftigen Kontakt zu der Spenderfamilie aufgebaut, den die Spenderfamilie mit der Zeit aber als lästig empfand, weil er ihr zu eng wurde und sie ihre Trauerarbeit nicht abschließen konnte. In einem anderen Fall hatte ein Organempfänger, der Probleme mit seinem Transplantat bekommen hatte, ebenfalls die Identität der Spenderperson ermitteln können, war dann auf dessen Familie zugegangen und hatte sie heftig beschimpft. Er hielt ihr vor, dass sie hätte wissen müssen, dass dieses Herz nicht so gut sei, und deshalb hätten sie dieser Spende im Sinne des Verstorbenen nicht zustimmen dürfen. Also es zeigt sich, dass die Datenanonymisierung bzw. Art und Weise der Weitergabe von Informationen im Spender-Empfänger-Verhältnis ein sehr vielschichtiges Problemfeld darstellt.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Als Beispiel, wie das Verhältnis Spender und Empfänger andernorts gelöst wird, möchte ich die Transplantationsregion New Castle in Nordengland nennen. Dort findet einmal im Jahr ein Gottesdienst für die Empfänger postmortal gespendeter Organe und die Familien der Spender statt. Dort finden sich dann Familien ein, die neben derjenigen Person sitzen, von der sie wissen, dass die jetzt die Niere ihres verstorbenen Sohnes trägt. Wo dies geht und aufgefangen werden kann, zum Beispiel durch eine gemeinsam getragene religiöse Grundüberzeugung, verläuft das im Großen und Ganzen gut. Aber generell hilft die Anonymisierung der Spender- und Empfängerdaten mögliche Konflikte zu vermeiden. Ich wollte erzählen, dass das in der beschriebenen Form in diesem Teil Nordenglands möglich ist, weil dort eine ganz andere Tradition besteht, und daher ist das nach meiner Meinung nicht übertragbar auf Deutschland.

*Auditorium:* In diese Gottesdienste gehen aber nur Leute, bei denen das beide Seiten wollen.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Es ist ein Angebot. Aber es wird angenommen und ist eingebettet in die bisherigen Traditionen der dortigen Region.

*Auditorium:* Wie häufig treten Fälle auf, in denen sich der Charakter des Organempfängers durch die Transplantation geändert hat?

*Herr Werner:* Es lässt sich sicher festhalten, dass der Organempfänger seine Persönlichkeit durch das Transplantat in keiner Weise ändert. Trotzdem wird immer wieder in Artikeln, oftmals in der sog. Regenbogenpresse, aber zum Teil auch in der seriösen Presse publiziert, dass Organempfänger äußern, dass sie vom Vegetarier zum Fleischesser geworden sind, seit sie wissen, dass ihr Spender nur Fastfood gegessen hat. Dies ist nicht auf die Transplantation zurückzuführen. Ich kenne einen Herztransplantierten, der ebenfalls oft mit der Frage konfrontiert wurde, ob er glauben würde, dass er sich irgendwie verändert hätte, wenn er wüsste von wem sein Spenderherz stammt. Seine – etwas überspitzte – Antwort war: „Selbst wenn ich wüsste, wer der Spender war und auch ob es ein Mann oder eine Frau war, spielt das keine Rolle; auch wenn ich wüsste, dass es eine Frau war, bin ich sicher, dass ich nicht das Gefühl hätte, jetzt Minirock und Pumps tragen zu müssen.“

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich möchte eine Äußerung weitergeben, die von einer Podiumsdiskussion beim Roten Kreuz in Northeim stammt. Dort hat eine Frau die Wichtigkeit der Freiwilligkeit der Organspende betont, also die altruistisch motivierte Organspende. Sie selbst hatte nach langer Zeit auf der Warteliste endlich ein Spenderherz bekommen und ließ sich von niemandem einreden, dass sie das verändert hätte. Diese Frau hätte Schwierigkeiten gehabt, ein verkauftes Herz anzunehmen. Ihre Ansicht dazu war: „Nur ein Geschenk ist das, was ich als Geschenk richtig und ganz annehmen und für mich integrieren kann.“ Diese Betrachtungsweise war ihr ganz wichtig. Andere Transplantierte sehen das anders, die interessiert dieser Aspekt nicht, für die ist es wichtig, dass sich ihr Gesundheitszustand wieder verbessert. Aber es gibt eben auch Menschen, denen die Freiwilligkeit der Spende bedeutsam ist. Dies in einer Zeit, in der zugleich auch über die Widerspruchslösung diskutiert wird.

*Herr Werner:* Ich möchte noch auf einen medizinischen Aspekt eingehen. Das HLA-System, die Übereinstimmung genetischer Merkmale zwischen Organspender und -empfänger, spielt bei der postmortalen Nierenspende eine ganz gewichtige Rolle. Man unterscheidet drei große Genloci: Den HLA A, B, DR Locus. Bei der postmortalen Nierenspende fordern wir, dass zumindest auf dem B und dem DR Locus eine Übereinstimmung vorhanden sein muss. Grund ist, dass andernfalls dieses Spenderorgan trotz aller medikamentösen Therapie sofort vom Empfängerkörper abgestoßen wird. Bei der Nierenlebendspende hingegen ist die HLA-Übereinstimmung absolut zu vernachlässigen. Würde zum Beispiel ein Ehemann seiner Frau eine Niere spenden und würde überhaupt keine HLA-Übereinstimmung existieren, dann funktioniert diese transplantierte Niere trotzdem. Es muss keine HLA-Übereinstimmung auf auch nur einem einzigen der Genloci bestehen. Ich kann dieses Phänomen medizinisch und immunologisch nicht erklären,

aber ich wage die These, dass es Eheleute geben soll, die eine Beziehung zueinander haben, vielleicht liegt es an emotionalen Faktoren.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Aber dieses Faktum ist natürlich wichtig zu wissen. Unser gegenwärtiges Transplantationsgesetz beruht auf dem Fall des sog. „Erlanger-Babies“<sup>1</sup>, ein Kind, das aus einer hirntoten Frau geboren worden ist. Die Frau war nach den bestehenden Kriterien ganz eindeutig hirntot, aber die Schwangerschaft konnte noch eine Weile fortgeführt werden. Also nicht nur aus Gründen der Organkonservierung für die Transplantation wurde das Herz am Schlagen gehalten, sondern eben auch um die Gebärfunktion aufrechtzuerhalten, damit das Kind soweit reif war, dass es durch Kaiserschnitt geboren werden konnte. Dieses Ereignis hat damals erneut die Hirntoddebatte entfacht mit Äußerungen wie: „Wie kann jemand tot sein, eure Feststellungsmethoden sind ein Artefakt, sonst könnte doch nicht ein gesundes Menschenleben aus der toten Mutter geboren werden.“ Unter dem Eindruck dieser Debatte wurde das Transplantationsgesetz zur Beruhigung verabschiedet und festgelegt, dass der Hirntod ein Kriterium ist, das die Organentnahme erlaubt. Damit ist nicht darüber entschieden, wie aus weltanschaulichen oder anderen Gründen jemand den Tod als solchen einordnet. Wir haben uns damit auf die Pluralisierung, wenn Sie so wollen die Individualisierung des Todesverständnisses, eingelassen und das hat natürlich Folgen in der Gesellschaft. Wir können von der Pluralisierung nicht mehr abrücken. In der damaligen Phase hat man außerdem gesagt, dass noch nicht ausreichend über die Lebendspende beraten werden kann, weil die wissenschaftlichen Daten dazu noch nicht ausreichend waren. Deswegen muss das Transplantationsgesetz nunmehr novelliert werden, um Innovationen im Bereich der Lebendspende und der Cross-over-Spende zu erreichen. Aber die Grundfrage ist, ob wir dabei bleiben, dass die postmortale Organspende Vorrang haben soll. Das ist der Kern des gegenwärtigen Transplantationsgesetzes. Aber die Subsidiarität der Lebendspende wird meiner Meinung nach wahrscheinlich nicht durchgehalten werden können. Man muss sich klarmachen, dass durch die Erfahrung von elf Jahren Transplantationsgesetz und durch neue medizinische Möglichkeiten in diesem Bereich auch Veränderungen der Wahrnehmung stattgefunden haben. Darauf wird man reagieren müssen.

*Auditorium:* Wie kann man es den Angehörigen schonend beibringen, dass der Hirntote seine Organe spenden wird? Viele Menschen haben Angst, dass in der Operation zur Organentnahme der Verstorbene „ausgeschlachtet“ wird und sie die Kontrolle über die Situation verlieren.

---

<sup>1</sup> Es handelt sich um den Fall der 18-jährigen Marion P., die nach einem Autounfall am 5. Oktober 1992 in die Chirurgische Universitätsklinik Erlangen eingeliefert wurde. Bei ihr wurde am 8. Oktober 1992 der Hirntod festgestellt. Da sie aber im vierten Monat schwanger war, wurden die Vitalfunktionen weiterhin aufrechterhalten, um die Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermöglichen. Dokumentation und Diskussion des Falles in: Ethik Med 1993, Bd. 5, 24 ff.

*Herr Werner:* Das ist genau ein Teil unserer täglichen Arbeit. Wenn wir mit den Angehörigen sprechen, und wie man den Statistiken entnehmen kann, findet das in den überwiegenden Fällen statt, dann müssen wir ihnen natürlich zunächst in laienverständlicher Weise klarmachen, dass hier vor ihnen ein toter Mensch liegt, der aber nicht aussieht wie ein Toter. Dabei hilft es nicht, wenn wir den Angehörigen einen medizinischen Fachvortrag halten, sondern wir müssen dieses Faktum „Hirntod mit noch aufrechterhaltener Organfunktion“ den medizinischen Laien derart plausibel machen, dass sie es verstehen können. Dazu muss man sich Zeit nehmen und jetzt komme ich mit etwas eigentlich ganz Selbstverständlichem: Dieses Gespräch können Sie nicht am Krankenbett führen, sondern nur in einem separaten Raum, wo Sie den Telefonhörer abheben und der Schwester sagen, dass Sie in der nächsten halben Stunde nicht gestört werden möchten oder Ihren Pieper beiseite legen. Sie müssen auf diese Ausnahmesituation der Angehörigen eingehen, ihnen alle Fragen beantworten. Zugleich dürfen Sie aber eins auf gar keinen Fall tun: Sie dürfen diese Angehörigen nicht unter Druck setzen und schon gar nicht versuchen den Angehörigen mit den Argumenten gegenüberzutreten „Wenn Sie jetzt nicht im Sinne des Verstorbenen handeln, nur das sollen Sie ja in Beachtung seines postmortalen Persönlichkeitsrechts tun, und zustimmen, dann sorgen Sie quasi dafür, dass wiederum drei Personen auf den Wartelisten sterben.“ Das darf man nicht tun, sondern wir klären auf, wir geben Informationen und zwar so umfassend, wie die Angehörigen das wünschen. Und wenn die Angehörigen sagen, dass sie eine Bedenkzeit benötigen, dann bekommen sie diese gewährt. Auch wenn wir damit in die prekäre Situation kommen, dass es eventuell gar nicht mehr zu einer Organspende kommen kann, weil dieser potentielle Spender durch die nicht mehr vorhandene Gehirnfunktion in das sog. Multiorganversagen kommt. Den zweiten angesprochenen Aspekt, dieses „Ausschlachten und Ausweiden“, muss man den Angehörigen ebenfalls erklären. Ich selbst bin auch oft gefragt worden, ob die Spender nach der Entnahmeoperation mit Holzwolle ausgestopft werden. Das geschieht natürlich nicht und man muss den Angehörigen genau erklären, was bei einer Organentnahme passiert und dass sie bei Wunsch ihren Verstorbenen nach erfolgter Organentnahme auch noch einmal sehen können, nur mit dem Hinweis, dass der Verstorbene jetzt tatsächlich wie ein Leichnam aussieht. All diese Punkte müssen Sie sehr sorgfältig in das Gespräch mit den Angehörigen einbringen, was immer nur in dieser konkreten Situation möglich ist. Daher muss eine noch wesentlich bessere Aufklärungsarbeit in der Bevölkerung betrieben werden. Im Unterschied zu anderen Akteuren im Transplantationssektor halte ich dafür auch verstärkte Basisarbeit für erfolgversprechender als Hochglanzbroschüren mit Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens. Diese Form der Informationsverbreitung ist sicherlich auch wichtig, aber die eigentliche Aufklärungsarbeit findet an der Basis statt, und wenn wir es hier erreichen, dass in der Familie, im Freundes- und Verwandtenkreis eine Diskussion ausgelöst wird und Gespräche zustande kommen, dann haben wir meiner Meinung nach wesentlich mehr erreicht.



*Auditorium:* Gibt es Fälle, in denen Organempfänger nach erfolgreicher Transplantation in Depressionen verfallen, und wie geht man damit um?

*Herr Werner:* Es gibt diese Fälle, wenn auch nicht so häufig. Das wiederum liegt daran, dass wir umfassend aufklären und die Patienten informieren. Wenn diese Fälle auftreten, kann man diese Patienten medikamentös behandeln, aber was noch viel wichtiger ist, dass sie dann eine psychotherapeutische Betreuung erhalten. Die Transplantationszentren bieten eine solche an und bedeutsam ist es dann zusammen mit der Familie des Empfängers diese Betreuung weiterzuführen, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Seelsorgers. Das führt in den allermeisten Fällen dazu, dass diese Problematik in vernünftige Bahnen gelenkt werden kann. Allerdings darf man auch nicht verschweigen, dass es immer wieder Fälle gibt, in denen der Heilungsprozess nicht dahingehend beeinflusst werden kann, dass die Patienten wieder psychisch stabil werden. Diese bilden aber eine ganz geringe Ausnahme.

*Auditorium:* Kann auch aufgrund emotionaler Probleme das gespendete Organ wieder abgestoßen werden?

*Herr Werner:* Richtig, das meinte ich damit. Es kann aufgrund emotionaler oder psychischer Deformation zum Abstoßungsprozess kommen und den können wir dann auch mit den uns zur Verfügung stehenden medikamentösen Therapien nicht mehr bekämpfen. Das führt zum Organverlust, im schlimmsten Fall zum Tode des Patienten.

*Auditorium:* Könnten Sie einige Informationen zum Risiko einer Knochenmarkspende geben?

*Herr Werner:* In der Anfangsphase der Knochenmarkentnahme gab es sicherlich ein paar Probleme und Risiken, aber ebenso gab es in der Anfangsphase der Transplantation von parenchymatösen Organen Probleme, weil man die Technik noch nicht richtig beherrscht hat. Heutzutage aber ist die Knochenmarkspende genauso wie die parenchymatöse Organspende ein absolut gesichertes Verfahren, das standardisiert ist und in dem es nur in einem ganz minimalen und zu vernachlässigenden Prozentsatz zu Komplikationen während und nach der Operation kommt.

*Auditorium:* In welcher Weise erfolgt eine Aufklärung bei Knochenmark Spendern?

*Herr Werner:* Diese Spender werden genauso aufgeklärt wie jeder andere Patient, der einen elektiven Eingriff, also zum Beispiel eine Blinddarmoperation oder ähnliches, über sich ergehen lassen muss. Jede Operation birgt ein Risiko und über dieses Risiko muss man die Patienten umfassend aufklären. Das muss in einem Aufklärungsprotokoll niedergelegt werden, in dem alle einzelnen Punkte aufgeführt werden, über die Sie mit diesem Patienten gesprochen haben. Dass das bei der

Transplantationsmedizin und der Knochenmarkspende natürlich noch umfassender geschehen muss, versteht sich von selbst.

*Auditorium:* Vielleicht könnte die Diskussion noch einmal auf die möglichen finanziellen Anreize zur Spende gelenkt werden. Gibt es überhaupt Länder, die finanzielle Anreize schaffen?

*Herr Werner:* Es gibt in einigen Ländern genau dieselben heftigen Diskussionen, die wir jetzt auch führen, aber es gibt noch kein Land, das sich definitiv entschieden hat, wie diese Anreizsysteme auszusehen haben. Wenn sie den europäischen Bereich verlassen, dann ist es etwas anders. Es gibt zum Beispiel in den Vereinigten Staaten von Amerika mittlerweile praktizierte Anreizsysteme. Jetzt werden Sie mich fragen: Mit welchem Erfolg? Das kann ich ihnen beantworten: Mit dem Erfolg, dass die Anzahl der Organspender dort sehr nach oben geschneilt ist.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Also die Anzahl der Lebendorganspender.

*Herr Werner:* Genau, für diese Spendergruppe wurden Anreize geschaffen.

*Auditorium:* Wird in diesen Anreizsystemen eine Geldsumme an den Organspender ausgezahlt?

*Herr Werner:* Nein, es wird kein Geld ausgezahlt, aber es sind andere materielle Anreize, zum Beispiel besondere T-Shirts von einem Nobeldesigner. So ist für jedermann erkennbar, dass derjenige, der dieses T-Shirt trägt, etwas ganz besonderes getan hat.

*Antwort aus dem Auditorium:* Aber das T-Shirt ist doch auch noch etwas ganz anderes als Geld.

*Herr Werner:* Doch ist es ein materieller Anreiz. Also noch ein Beispiel, ebenfalls aus den Vereinigten Staaten von Amerika, was dort auch praktiziert wird, weil es gerade auch der amerikanischen Mentalität sehr entspricht: Die Organspender bekommen eine Gedenktafel im Krankenhaus, auf der dann ihr Name steht.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ja, tue Gutes und rede darüber. Die haben eine andere Tradition damit, wie mit Stiftern überhaupt.

*Auditorium:* Mit immateriellen Entlohnungen kann ich moralisch viel besser leben als mit Geldzahlungen. Ist der Schritt zu finanziellen Entlohnungen tatsächlich einer, den man in Deutschland gehen sollte? Ist das moralisch vertretbar?

*Herr Werner:* Vielleicht, noch ein Beispiel aus den Vereinigten Staaten von Amerika: Dort kann man den Führerschein bereits mit 16 Jahren machen. In den Staaten werden Sie bei der Führerscheinausstellung gefragt, ob Sie für oder gegen eine Organspende sind und diese Information wird im Führerschein vermerkt, in dem dann „organ donor: yes“ oder „organ donor: no“ steht. Im Wissen, dass sich ein 16-jähriger über die Konsequenz dieser Entscheidung vielleicht noch nicht so ganz bewusst ist, und man in den Staaten erst mit 21 Jahren volljährig ist, wird man dann mit 21 Jahren noch einmal zu diesem Thema befragt. Wenn man sich dann für „organ donor: no“ entscheidet, kann sich das wie folgt auswirken: 15 Jahre später werden Sie schwer nierenkrank und müssen eine Dialysebehandlung durchführen. Wenn Sie sich dann aber für eine Transplantation entscheiden, gehen Sie in ein Transplantationszentrum und wollen sich auf eine Warteliste setzen lassen. Dort wird der Spendevermerk auf Ihrem Führerschein geprüft und wenn dort „organ donor: no“ steht, wird Ihnen mitgeteilt, dass Sie nicht auf die Warteliste gesetzt werden dürfen. Es gilt das Zweckdienlichkeitsprinzip: Wer selbst nicht geben will, kann auch nicht empfangen, wenngleich es im Einzelfall aber nicht so streng gehandhabt wird.



## Sozialrecht in der Praxis

*Dr. jur. Holger Blöcher*

In der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) haben die Versicherten nach § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V einen Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Damit werden die möglichen Therapieziele bereits anhand des Gesetzeswortlauts deutlich<sup>1</sup>; offen ist allerdings, welche konkreten Behandlungsmaßnahmen in der GKV hierfür eingesetzt werden können. Prinzipiell sind zwei Wege denkbar, um die unter den Versicherungsschutz fallenden medizinischen Maßnahmen zu bestimmen: Zum einen könnte der Heilbehandlungsanspruch der Versicherten allein durch die Leistungserbringer – also Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten etc. – realisiert werden. Die Grenzen des ärztlichen Handelns ergäben sich dann ausschließlich aus dem Berufs-, Straf- und dem zivilen Haftungsrecht. Der Arzt müsste dann in Absprache mit seinen Patienten und nach deren Aufklärung jeweils die Maßnahmen ergreifen oder veranlassen, die einen Behandlungserfolg versprechen. Der andere Weg bestünde darin, einen Leistungskatalog gesetzlich festzulegen und aus der Vielzahl der für eine Behandlung in Betracht kommenden Verfahren nach wissenschaftlich fundierten Kriterien diejenigen Methoden auszuwählen, die allein von den Krankenkassen zu gewähren sind.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber des SGB V hat sich für den letztgenannten Weg entschieden und das Bundesverfassungsgericht hat dies im sog. Nikolaus-Beschluss vom

---

<sup>1</sup> Hauck, NZS 2007, 461, 462 f.

<sup>2</sup> Vgl. zu alledem Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, S. 17.

06.12.2005<sup>3</sup> ausdrücklich gebilligt. Wie dieser Weg im Einzelnen zu beschreiben ist und wer im deutschen Gesundheitssystem über den Inhalt des Leistungskatalogs entscheidet, soll am Beispiel der ambulanten ärztlichen Versorgung verdeutlicht werden.

## **I. Das Vierecksverhältnis in der ambulanten ärztlichen Versorgung und sein wesentliches Strukturprinzip: Der Sachleistungsanspruch**

Die ambulante ärztliche Versorgung in der GKV ist in einem Vierecksverhältnis organisiert. Unterschieden wird dabei zwischen dem Leistungsrecht – gemeint ist damit das Verhältnis zwischen Versichertem und Krankenkasse – und dem Leistungserbringerrecht mit dem Verhältnis zwischen Krankenkasse, Kassenärztlicher Vereinigung und Vertragsarzt.

Wesentliches Strukturprinzip in diesem Vierecksverhältnis ist der Sachleistungsanspruch der Versicherten aus § 2 Abs. 1 und 2 SGB V. Danach erhalten die Versicherten die Leistungen der Krankenkassen als „Sach- und Dienstleistungen“. Das heißt: Im Krankheitsfall müssen sich die Versicherten die erforderlichen Behandlungsmaßnahmen nicht selbst beschaffen, sondern die Krankenkassen müssen ihnen diese ohne eine unmittelbare finanzielle Gegenleistung zur Verfügung stellen. Das klingt simpel; die Bedeutung des sozialpolitisch nach wie vor umstrittenen Strukturprinzips ist aber weitaus größer, als es auf den ersten Blick scheint. Deutlich wird dies u.a. daran, dass der Sachleistungsanspruch rechtlich eng mit dem Vergütungsanspruch der Vertragsärzte verknüpft ist. Der Vergütungsanspruch richtet sich in der ambulanten ärztlichen Versorgung nicht etwa gegen die Krankenkasse, sondern gegen die Kassenärztliche Vereinigung, wobei die Vertragsärzte die von ihnen erbrachten Behandlungsmaßnahmen auf der Grundlage einer Gebührenordnung abrechnen; dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM-Ä). Der Bewertungsmaßstab bestimmt nach dem Gesetzeswortlaut in § 87 Abs. 2 S. 1 SGB V „den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen“ – und zwar abschließend. Leistungen, die im EBM-Ä nicht als „abrechnungsfähig“ bewertet worden sind, können zu Lasten der GKV weder als Sach- oder Dienstleistung erbracht noch von den Kassenärztlichen Vereinigungen vergütet werden. Kurz gesagt: Der Sachleistungsanspruch der Versicherten konkretisiert sich in den Leistungen, welche die Vertragsärzte nach dem EBM-Ä abrechnen können. Hierfür soll ein einfaches Beispiel aus der Praxis aufgezeigt werden: Eine Elektrokardiographie, Belastungs-EKG (Nr. 03321 des EBM-Ä, Leistungsinhalt genau beschrieben) wird im EBM-Ä mit einer festgelegten Punktzahl bewertet. Die Bewertung von Behandlungsleistungen mit Punkten ist innerhalb der Ärzteschaft stark umstritten und wird oft etwas abfällig als „Muschelwährung“ umschrieben. Mit Hilfe der Hono-

---

<sup>3</sup> BVerfGE 115, 25 = SozR 4-2500, § 27, Nr. 5, Rn. 27.

rarverteilungsverträge, welche die Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen abschließen, werden die erarbeiteten Punkte dann in einen Eurobetrag umgerechnet. Insoweit darf der Vertragsarzt in unserem Gesundheitssystem nicht allein entscheiden, welche medizinische Leistung im Rahmen einer Behandlung notwendig und sinnvoll ist; seine Therapiefreiheit wird durch die abschließenden Vorgaben des EBM-Ä begrenzt. Dies gilt entsprechend für den Anspruchsumfang der Versicherten aus § 2 Abs. 1 und 2 SGB V.

## II. Die Festlegung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs

Die Einschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit bezieht sich auch auf die Behandlung der Versicherten mit neuen Methoden oder innovativen Therapien. Derartige Leistungen können in der ambulanten ärztlichen Versorgung erst dann Bestandteil des Leistungskatalogs werden, wenn hierfür eine Gebührenziffer im EBM-Ä eingeführt worden ist. Der Weg dorthin sieht wie folgt aus: Zentrale Vorschrift zur gesundheitspolitisch notwendigen Öffnung der GKV ist wiederum der Sachleistungsanspruch der Versicherten aus § 2 Abs. 1 und 2 SGB V. Nach dessen Wortlaut ist bei der Leistungsvergabe der „medizinische Fortschritt“ zu berücksichtigen. Die Umsetzung dieser Vorgabe findet sich für den Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung in § 135 Abs. 1 SGB V (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) wieder. Danach dürfen Vertragsärzte neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu Lasten der Krankenkassen nur erbringen, wenn zuvor eine positive Richtlinienempfehlung des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) zum Nutzen und zur Anwendung einer Methode ergangen ist. Die damit dem GBA zugewiesene Kompetenz, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben über den Leistungsumfang in der ambulanten ärztlichen Versorgung zu entscheiden, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht hoch umstritten.<sup>4</sup> Kritisiert wird insbesondere die Stellung des GBA als „kleiner Gesetzgeber“, dessen Beschlüsse nach § 91 Abs. 9 SGB V fast durchgehend für die Versicherten, die Krankenkassen und für die an der ambulanten ärztlichen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer verbindlich sind. Dabei entscheidet der GBA gar nicht selbst über den medizinischen Nutzen einer neuen Behandlungsmethode; seine Aufgabe ist es vielmehr, sich einen Überblick über die dazu veröffentlichte Literatur und die Auffassungen der einschlägigen Fachkreise zu verschaffen und festzustellen, ob ein durch wissenschaftliche Studien hinreichend untermauerter Konsens über die Qualität und Wirksamkeit der jeweiligen Behandlungsmethode besteht.<sup>5</sup> Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Bewertung dieser Konstruktion wird auf diese Weise zumindest eine einheitliche und gleichmäßige Praxis der Leistungsgewährung erreicht. Nach einer positiven Richt-

---

<sup>4</sup> Vgl. hierzu u.a. *Kingreen*, NZS 2007, 113 ff.

<sup>5</sup> *Hauck*, NZS 2007, 461, 463 m.w.N.

linienempfehlung des GBA ist es wiederum Aufgabe des Bewertungsausschusses, für die neue Behandlungsmethode eine entsprechende Bewertung im EBM-Ä vorzunehmen. Eine Überprüfungsverpflichtung in diesem Sinne ist in § 87 Abs. 2 SGB V normiert. Auf diesem Weg ist beispielsweise die Akupunkturbehandlung in den Leistungskatalog der GKV aufgenommen worden: Hierzu hat der GBA im Rahmen der Methodenbewertung nach § 135 Abs. 1 SGB V zunächst alle vorhandenen Studien zur Wirksamkeit der Behandlungsmethode geprüft und dabei einen medizinischen Nutzen bei bestimmten Schmerzerkrankungen (chronische Schmerzen der Lendenwirbelsäule, chronische Schmerzen in mindestens einem Kniegelenk bei Gonarthrose) festgestellt. Nach Erlass einer entsprechenden Richtlinienempfehlung hat anschließend der Bewertungsausschuss ausschließlich für diese Indikationen eine Gebührenposition für die Akupunkturbehandlung in den EBM-Ä eingeführt. Im Bereich der Privaten Krankenversicherung kann demgegenüber auch bei anderen Indikationen (z.B. Kopfschmerzen) ein Leistungsanspruch des Versicherten bestehen.

Ausnahmen zu dem in § 135 Abs. 1 SGB V normierten Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sind nach der Rechtsprechung des BSG möglich. Anerkannt ist dies bei einem Systemversagen, bei dem das Verfahren vor dem GBA von den antragsberechtigten Stellen bzw. dem Bundesausschuss selbst gar nicht, nicht zeitgerecht oder nicht ordnungsgemäß betrieben wird und dies auf eine willkürliche oder sachfremde Untätigkeit bzw. Verfahrensverzögerung zurückzuführen ist.<sup>6</sup> Für den Fall einer derart unterbliebenen Aktualisierung erkennt die Rechtsprechung eine Lockerung hinsichtlich des Wirksamkeitsnachweises für eine neue Behandlungsmethode an, sodass ggf. die bloße Verbreitung dieser Methode eine Pflicht der Krankenkasse zur Leistungsgewährung auslösen kann.<sup>7</sup>

Eine weitere Ausnahme hat ferner das Bundesverfassungsgericht in dem viel beachteten Beschluss vom 06.12.2005 für den Fall einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung anerkannt.<sup>8</sup> Drei Voraussetzungen müssen dabei für eine grundrechtsorientierte Auslegung der angesprochenen Bestimmungen im SGB V gegeben sein:

- Der Versicherte leidet an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung.
- Für die Behandlung dieser Erkrankung besteht keine dem allgemein medizinischen Standard entsprechende Behandlungsmethode.
- Der behandelnde Arzt wendet eine neue Behandlungsmethode an, bei der eine „auf Indizien gestützte“, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung,

<sup>6</sup> Vgl. hierzu BSGE 81, 54, 65 f = SozR 3-2500, § 135, Nr. 4 – immunbiologische Therapie; BSGE 88, 51, 61 = SozR 3-2500, § 27 a, Nr. 2 – ICSI; BSG SozR 3-2500, § 138, Nr. 2, S. 31 – Hippotherapie, jeweils m.w.N.

<sup>7</sup> Hauck, NZS 2007, 461, 465 m.w.N.

<sup>8</sup> BVerfGE 115, 25 = SozR 4-2500, § 27, Nr. 5, Rn. 27.



wenigstens aber auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf, besteht.

Das BSG hat den sog. Nikolaus-Beschluss bereits in einer ganzen Reihe von Urteilen umgesetzt und weiterentwickelt. In einer der jüngeren Entscheidungen ist beispielsweise festgelegt worden, wann in diesem Zusammenhang überhaupt von einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung auszugehen ist. Danach ist eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Regelungen nur gerechtfertigt, wenn eine notstandsähnliche Situation vorliegt. Das bedeutet, dass nach den konkreten Umständen des Falles bereits drohen muss, dass sich der voraussichtlich tödliche Krankheitsverlauf innerhalb eines kürzeren, überschaubaren Zeitraums mit großer Wahrscheinlichkeit verwirklichen wird. Ähnliches kann für den ggf. gleichzustellenden nicht kompensierbaren Verlust eines wichtigen Sinnesorgans oder einer herausgehobenen Körperfunktion gelten.<sup>9</sup>

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Der Sachleistungsanspruch der Versicherten umfasst auch die Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts. Im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung ist vor der Aufnahme einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode in den Leistungskatalog der GKV aber grundsätzlich eine positive Richtlinienempfehlung des Gemeinsamen Bundesausschusses erforderlich. Ausnahmen hiervon sind bei einem Systemversagen oder im Falle einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung möglich.

### **III. Die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Leistungserbringerrecht**

Festgelegt ist aber nicht nur, welche Behandlungsmethoden die Ärzte zu Lasten der GKV erbringen können. Der Gesetzgeber hat ebenfalls die Art und Weise der Leistungserbringung dem Grunde nach vorgegeben. Einfallstor hierfür ist erneut der Sachleistungsanspruch der Versicherten aus § 2 Abs. 1 und 2 SGB V. Danach werden die Leistungen der GKV unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 12 SGB V zur Verfügung gestellt. Dort wiederum ist geregelt, dass die Leistungen im deutschen Gesundheitssystem ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Versicherungsbeiträge der in der Regel nicht freiwillig gesetzlich Krankenversicherten nicht mit Abgaben in einer Höhe belastet werden, die zur Erreichung des Zwecks der GKV außer Verhältnis stehen.<sup>10</sup> Das Gebot dient damit ersichtlich der finanziellen Stabilität und der Funktionsfähigkeit der GKV. Was bedeutet das im Einzelfall? Praktische Abgrenzungs-

---

<sup>9</sup> BSG SozR 4-2500, § 31, Nr. 8, Rn. 16 m.w.N. – Idebenone.

<sup>10</sup> BSG, Urt. v. 20.03.1996 – 6 RKA 62/94 = BSGE 78, 70, 87 = SozR 3-2500, § 92, Nr. 2.

probleme können sich dadurch ergeben, dass mehrere Behandlungsmethoden zur Erreichung eines Behandlungserfolges in Betracht kommen und gleichzeitig unklar ist, welche von diesen in dem genannten Sinne „wirtschaftlich“ ist. Als Beispiel hierfür kann auf die Zeit in den Jahren ab 1997 verwiesen werden, als bundesweit Versicherte von ihren Krankenkassen eine Versorgung mit einem sog. C-Leg einforderten. Es handelt sich hierbei um eine Oberschenkelprothese mit computergesteuertem Kniegelenk, die rechtlich als Hilfsmittel i.S.v. § 33 Abs. 1 SGB V einzustufen ist. Die Kosten der Versorgung mit einer solchen Prothese können im fünfstelligen Eurobereich liegen. Eine ganze Reihe von Krankenkassen haben die Erforderlichkeit einer Versorgung mit dieser technischen Innovation bestritten und zudem auf deren angeblich fehlende Kosten-Nutzen-Relation hingewiesen. Das BSG ist dieser Argumentation im Wesentlichen nicht gefolgt. Nach einem Urteil des 3. Senats aus dem Jahre 2002 hat zumindest derjenige einen Anspruch auf Versorgung mit einem C-Leg, der nach ärztlicher Einschätzung im Alltagsleben dadurch deutliche Gebrauchsvorteile hat, die sich nicht auf einen besseren Komfort oder eine bessere Optik beschränken.<sup>11</sup>

Als Gegenbeispiel hierzu kann die Versorgung der Versicherten mit Insulinanaloga herangezogen werden. Hierbei handelt es sich um Abwandlungen des Hormons Insulin, die wie Humaninsulin den Blutzucker senken, aber um ein vielfaches teurer sind. Hierzu muss man wissen, dass im deutschen Gesundheitssystem die Zulassung eines Arzneimittels grundsätzlich ausreicht, um es zu Lasten der GKV zu verordnen – und zwar zu dem Preis, den der Hersteller des Arzneimittels selbst festlegt. Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert und dem Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 92 Abs. 1 S. 1, 3. Hs. SGB V die Aufgabe erteilt, die Verordnung von Arzneimitteln auszuschließen, wenn u.a. deren Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen ist. Einen belegten Zusatznutzen der Insulinanaloga hat der GBA jedoch nicht finden können und hat daher auf Grund seiner Richtlinienkompetenz festgelegt, dass dieses Arzneimittel nur noch in begründeten Ausnahmefällen zu Lasten der GKV verordnet werden darf.

Am deutlichsten dürfte aus Sicht der Versicherten das Wirtschaftlichkeitsgebot der GKV bei den Festbeträgen hervortreten. Nach § 12 Abs. 2 SGB V erfüllt die Krankenkasse ihre Leistungspflicht nämlich mit der Zahlung eines Festbetrages, wenn ein solcher für eine Leistung festgesetzt wurde. Die Mehrkosten einer oberhalb des Festbetrages liegenden Leistung müssen die Versicherten selbst tragen. Dabei kann der Unterschied zwischen dem Festbetrag und den tatsächlichen Kosten erheblich sein; z.B. bei Hörhilfen. Der Festbetrag für Hörhilfen liegt deutlich unter 1.000 Euro, im Fachgeschäft können die Kosten für eine Hörhilfe demgegenüber bei 2.000 oder 3.000 Euro liegen. Die GKV kennt solche Festbeträge für Arznei- und Verbandmittel (§ 35 SGB V) sowie Hilfsmittel (§ 36 SGB V). Unter bestimmten Voraussetzungen können die Krankenkassen auch für die Leistungen des Rettungsdienstes Festbeträge festsetzen (§ 133 Abs. 2 SGB V). Die Beträge

---

<sup>11</sup> BSG, Urt. v. 06.06.2002 – B 3 KR 68/01 R = SozR 3-2500, § 33, Nr. 44.

sind nach dem Gesetzeswortlaut so zu wählen, dass sie im Allgemeinen eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche sowie in der Qualität gesicherte Versorgung gewährleisten (§§ 35 Abs. 5 S. 1, 36 Abs. 3 SGB V). Eine Pauschalierung ist demnach möglich, wie schon die Formulierung „im Allgemeinen“ zeigt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Festbetragsregelungen in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 gebilligt<sup>12</sup>, dabei aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Sachleistungsprinzip der GKV damit nicht aufgegeben wurde. Es stellt demnach einen Rechtsverstoß gegen die §§ 35, 36 SGB V dar, wenn die Versicherten ein notwendiges Arznei- oder Hilfsmittel nicht mehr ohne eine Eigenbeteiligung in Form einer über den Festbetrag hinausgehenden Eigenleistung erhalten können.<sup>13</sup> Im Falle eines Hörschadens muss für den Versicherten demnach zumindest eine Hörhilfe innerhalb des Festbetrags erhältlich sein, der diesen ausgleicht. Ist dies nicht der Fall, ist die Festbetragsregelung insoweit rechtswidrig.

#### IV. Die Bedeutung der Eigenverantwortung im Leistungserbringerrecht

Der Sachleistungsanspruch der Versicherten aus § 2 Abs. 1 und 2 SGB V bietet darüber hinaus noch einen weiteren Ansatzpunkt dafür, den Leistungskatalog der GKV festzulegen. So zählen dazu nur Leistungen, die nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zuzurechnen sind. Die Bedeutung der Eigenverantwortung für die finanzielle Stabilität der GKV hat in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Seit der Einführung der Praxisgebühr zum 01.01.2004 durch das Gesundheits-Modernisierungsgesetz (GMG)<sup>14</sup> ist der Leistungskatalog der GKV fast flächendeckend – und zwar von A wie Arztbesuch bis Z wie Zahnersatz – mit Zuzahlungsverpflichtungen der Versicherten versehen.<sup>15</sup> Die Belastungen, die dem Einzelnen durch die Zuzahlungen entstehen können, sind zum Teil erheblich; wenn auch in § 62 SGB V für Härtefälle eine Belastungsobergrenze vorgesehen ist. Rechtlich ist die entstandene Zuzahlungspraxis nicht zu beanstanden. Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des BSG sind die Krankenkassen von Verfassungen wegen nicht gehalten, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist.<sup>16</sup> Vielmehr darf der Leistungskatalog der GKV auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mitbestimmt sein. Dem Gesetzgeber ist es im Rahmen seines

<sup>12</sup> BVerfG, Urt. v. 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 und 1 BvL 30/95 = BVerfGE 106, 275 = SozR 3-2500, § 35, Nr. 2.

<sup>13</sup> Beck, in: Schlegel/Engelmann (Hrsg.), Juris Praxiskommentar – SGB V, 2008, § 35, Rn. 37.

<sup>14</sup> Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) v. 14.11.2003 (BGBl. I 2003, S. 2190).

<sup>15</sup> Einen Überblick bietet Schlegel, in: Schlegel/Engelmann (Fn. 13), § 1, Rn. 81.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 115, 25, 46 = SozR 4-2500, § 27, Nr. 5, Rn. 27; zuletzt BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 16/07 R – Rn. 46 – Lorenzos Öl, zur Veröffentl. in BSGE und SozR vorgesehen.

Gestaltungsspielraums grundsätzlich erlaubt, dem Versicherten über den Beitrag hinaus zur Entlastung der Krankenkassen und zur Stärkung des Kostenbewusstseins in der Form von Zuzahlungen zu bestimmten Leistungen zu beteiligen, soweit dies dem Einzelnen finanziell zugemutet werden kann. Dies gilt auch für gesetzlich krankenversicherte Bezieher von Arbeitslosengeld II. Im April 2008 hat das BSG entschieden, dass die Einbeziehung dieser Versichertengruppe in die allgemeine Zuzahlungspflicht des SGB V das verfassungsrechtlich gesicherte Existenzminimum nicht unterschreitet und daher rechtmäßig ist.<sup>17</sup>

Von dem angesprochenen Gestaltungsspielraum hat der Gesetzgeber weiterhin Gebrauch gemacht, indem er vermehrt Risikobegrenzungen bzw. Leistungsausschlüsse in die GKV eingeführt hat. Als Beispiel kann auf die gesetzlichen Einschränkungen des Sachleistungsanspruchs der Versicherten auf eine Kinderwunschbehandlung nach § 27 a SGB V verwiesen werden. Diejenigen, die eine solche Maßnahme in Anspruch nehmen wollen, müssen nach dem Gesetzeswortlaut miteinander verheiratet sein und dürfen ein bestimmtes Lebensalter nicht unter- bzw. überschreiten. Erstattet wird weiterhin nur die Hälfte der in einem Behandlungsplan genehmigten und tatsächlich nicht ganz geringfügigen Kosten einer solchen Maßnahme. Das BSG hat in mehreren Entscheidungen diese Einschränkungen gebilligt<sup>18</sup> und damit die Bewertung, ob es unter Berücksichtigung der derzeit schon absehbaren demografischen Entwicklung hierzulande gesellschaftspolitisch sinnvoll ist, den Anspruch der Versicherten auf eine künstliche Befruchtung derartig einzuschränken, dem Gesetzgeber überlassen.

Als Beispiel für einen Leistungsausschluss in der GKV kann auf § 34 Abs. 1 SGB V verwiesen werden. Danach sind nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich von der Arzneimittelversorgung in der GKV ausgeschlossen. Das BSG hat erst kürzlich in einem Revisionsverfahren entschieden – Streitgegenstand war dort ein schleimlösendes Arzneimittel –, dass dieser Leistungsausschluss nicht zu beanstanden ist. Dem im Internet hierzu veröffentlichten Terminbericht lässt sich entnehmen: Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel bereits vor dem 01.01.2004 in den Apotheken überwiegend ohne Rezept abgegeben wurden – mithin für die Versicherten erhältlich waren –, es sich um Arzneimittel im unteren Preisbereich von durchschnittlich weniger als 11 Euro je Packung handelte und deshalb der Ausschluss dieser Arzneimittel aus der Leistungspflicht der GKV verfassungsrechtlich zumutbar war.

Deutlich wird daran, dass unter der Eigenverantwortung der gesetzlich Krankenversicherten derzeit vor allem zu verstehen ist, dass sich diese an den Kosten ihrer medizinischen Behandlungsmaßnahmen beteiligen müssen – soweit die Maßnahmen überhaupt noch zum Leistungskatalog der GKV zählen. Dies erklärt sich

---

<sup>17</sup> BSG, Urt. v. 22.04.2008 – B 1 KR 10/07 R – zur Veröfentl. in BSGE und SozR vorgesehen.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu u.a. BSG, Urt. v. 24.05.2007 – B 1 KR 10/06 R = SozR 4-2500, § 27 a, Nr. 4; Urt. v. 19.09.2007 – B 1 KR 6/07 R = SozR 4-2500, § 27 a, Nr. 5.

insbesondere vor dem Hintergrund finanzwirtschaftlicher Erwägungen, wobei angesichts der ständig wachsenden Ausgaben im Gesundheitsbereich davon auszugehen ist, dass die Versicherten auch zukünftig entsprechende Beteiligungen an den Krankheitskosten werden aufbringen müssen.

## V. Ausblick

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in unserem Gesundheitssystem der Vertragsarzt derzeit nicht allein entscheiden kann, welche Behandlungsmaßnahmen er im Rahmen einer Behandlung erbringt; seine Therapiefreiheit und damit gleichzeitig der Sachleistungsanspruch der Versicherten ist begrenzt, weil regelmäßig nur Leistungen abgerechnet werden können, die im EBM-Ä bewertet worden sind. Die Bindung der Erbringbarkeit ärztlicher Leistungen an ihre Aufnahme in den EBM-Ä ist ein wichtiger Bestandteil der ambulanten ärztlichen Versorgung, weil nur so eine angemessene Höhe der mit befreiender Wirkung von den Krankenkassen für die vertragsärztliche Versorgung zu zahlenden Gesamtvergütung bestimmt werden kann. Dies betrifft insbesondere neue und u.U. teure ärztliche Behandlungsmethoden. Der medizinisch-technische Fortschritt zwingt fortlaufend dazu, neu entwickelte Behandlungsmöglichkeiten sukzessive in die bestehende Versorgungssystematik zu integrieren. In diesem Zusammenhang hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, dass die Öffnung der ambulanten ärztlichen Versorgung für neue Behandlungsmethoden einen umfangreichen Informations- und Entscheidungsprozess innerhalb der Selbstverwaltung der GKV voraussetzt, in dem Sinn und Nutzen neuer Verfahren geprüft und in Relation zu bereits anerkannten und bewährten Verfahren gesetzt werden.<sup>19</sup> Erst anschließend kann die neue Behandlungsmethode in den Katalog der berechnungsfähigen Leistungen aufgenommen und zu Lasten der GKV erbracht werden. Um sowohl die Aufnahme medizinisch-technischer Innovationen als auch die finanzielle Stabilität unseres Gesundheitssystems zu gewährleisten, müssen die Versicherten zu den Leistungen der GKV regelmäßig Zuzahlungen erbringen – teilweise sogar Leistungsbegrenzungen oder gar -ausschlüsse hinnehmen.

Ob dies auch in Zukunft ausreichend sein wird, um den gesetzlich Krankenversicherten eine medizinische Versorgung auf hohem Niveau zu sichern, ist umstritten. Es wird sich in den nächsten Jahren zeigen, inwiefern die demografische Entwicklung oder die deutlichen Kostensteigerungen in einigen Bereichen der GKV uns dazu zwingen werden, ggf. sogar neu über die Ausrichtung unseres Gesundheitssystems nachzudenken. Trotz dieser Unwägbarkeiten lässt sich aber eines mit Sicherheit prognostizieren: Die Auseinandersetzung darüber, nach welchen Kriterien wir die knappen finanziellen Ressourcen in unserem Gesundheitssystem verteilen, wird uns auch in Zukunft dauerhaft begleiten.

---

<sup>19</sup> *Wenner* (Fn. 2), S. 184.



# **Recht auf menschenwürdiges Altern – die Versorgung pflegebedürftiger Menschen auf dem Prüfstand**

*Prof. Dr. jur. Peter Udsching*

## **I. Abgrenzung der Risiken Krankheit und Pflegebedürftigkeit**

Die Vorsorge gegen das Risiko, wegen körperlicher oder geistig/seelischer Einschränkungen dauerhaft auf fremde Hilfe angewiesen zu sein, wurde vom deutschen Sozialversicherungssystem ursprünglich nicht erfasst. Es wurde insbesondere nur in wenigen Teilbereichen vom Schutz der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) abgedeckt. Immer dann, wenn es nicht darum geht, eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern<sup>1</sup>, sondern um Hilfeleistungen bei den Verrichtungen des täglichen Lebens, kommen Leistungen der GKV nicht in Betracht. Dass Krankheit oder Behinderung die Ursache des Hilfebedarfs bilden, ändert hieran nichts. Die Versorgung bei Pflegebedürftigkeit fiel bis 1994 allein in den Risikobereich jedes Einzelnen; die hierdurch entstehenden Kosten mussten aus dem Einkommen und Vermögen getragen werden. Bei Mittellosigkeit hatte die Sozialhilfe das pflegerische Existenzminimum zu sichern; die Sozialhilfeträger nehmen insoweit jedoch Rückgriff bei unterhaltspflichtigen Angehörigen. Die Diskussion um die Notwendigkeit der Schließung dieser Sicherungslücke ging über den sozialrechtlichen Be-

---

<sup>1</sup> So die Voraussetzungen für den Anspruch auf Krankenbehandlung in § 27 Abs. 1 SGB V.

reich hinaus. 1978 beschäftigte sich gar eine Abteilung des 52. Deutschen Juristentages<sup>2</sup> mit der Problematik.

## II. Historische Entwicklung der Versorgung Pflegebedürftiger

Ursprünglich hatte man nur das Problem der finanziellen Überforderung des Einzelnen durch die Kosten einer stationären Versorgung im Blick<sup>3</sup>. Im Verlauf der Diskussion erkannte man aber die Notwendigkeit einer über den stationären Bereich hinaus gehenden Lösung allein schon wegen der Gefahr einer Verhaltensfehlsteuerung. Eine finanzielle Förderung allein der stationären Pflege hätte einen weiteren Sog in Richtung stationärer Einrichtungen verursacht, auf diese Weise zu einer frühzeitigen Auflösung der noch funktionierenden häuslichen Pflegeinfrastruktur durch Familienangehörige, Nachbarn und andere ehrenamtliche Helfer geführt und damit letztlich einen ganz erheblichen zusätzlichen Finanzierungsbedarf ausgelöst.

Eine die häusliche Pflege umfassende Absicherung des Risikos der Gebrechlichkeitspflege, die zugleich zur Vermeidung der kostenträchtigen stationären Pflege verhaltenssteuernde Wirkung erzielen wollte, war letztlich nur über ein eigenständiges Sicherungssystem zu erreichen. Denn eine Einbeziehung der Pflegeabsicherung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung musste mit deren bedarfsdeckendem Leistungssystem kollidieren, das im Hinblick auf die Versorgung Pflegebedürftiger weder finanzierbar erschien noch die anzustrebende verhaltenssteuernde Wirkung zur Stärkung der häuslichen Pflege erzielen konnte.

Die Forderung nach Einführung einer eigenständigen versicherungsmäßigen Absicherung des Pflegerisikos<sup>4</sup> auch in Deutschland<sup>5</sup> wurde daher trotz der damit verbundenen steigenden Abgabenbelastung im politischen Raum vor allem deshalb umgesetzt, weil hierdurch die für die Finanzierung der Sozialhilfe zuständigen öffentlichen Haushalte entlastet und durch die Erhebung von Versicherungsbeiträ-

---

<sup>2</sup> Verhandlungen des 52. DJT, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?; vgl. hierzu *Rißner*, NJW 1978, 1662.

<sup>3</sup> In den 80iger Jahren waren über 80 % der Pflegebedürftigen in Pflegeheimen auf Leistungen der Sozialhilfe angewiesen.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu insges. Bd. XXIX der Schriftenreihe des DSRV 1987.

<sup>5</sup> *Gitter*, in: *Gitter/Oberender*, Sozialrechtliche Aspekte des Pflegefallrisikos, 1986, S. 16 f.; *Schönbach/Wasem*, SF 1986, 197; *Schulin*, Bd. XXIX der Schriftenreihe des DSRV 1987, S. 8, 22 ff. In den meisten europäischen Ländern waren spezielle Leistungen bei Pflegebedürftigkeit seinerzeit bereits Bestandteil der allgemeinen Vorsorgesysteme, vgl. hierzu *Igl*, Bd. XXIX der Schriftenreihe des DSRV 1987, S. 231, 242.



gen zusätzliche Einnahmen zur Finanzierung vor allem des Risikos der Gebrechlichkeitspflege erschlossen werden konnten<sup>6</sup>.

Die 1994 mit dem SGB XI<sup>7</sup> eingeführte eigenständige sozialversicherungsmäßige Absicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit ist nicht nur in Deutschland ohne Tradition; auch rechtsvergleichend lassen sich kaum Erkenntnisse gewinnen, die für die Konzeption einer optimalen Struktur des neuen Sozialversicherungszweigs Pflegeversicherung hätten genutzt werden können. Denn auch in Ländern mit einer sonst vergleichbaren Struktur der Sozialleistungssysteme ist eine eigenständige Pflegeversicherung weitgehend unbekannt. So ist es nicht verwunderlich, dass sich selbst das grundlegendste Strukturelement einer Versicherung, die Definition des versicherten Risikos, in der Pflegeversicherung noch in der Entwicklung befindet. Die gegenwärtige Abgrenzung des versicherten Risikos, die eine Ausgrenzung von Menschen zur Folge hat, deren Hilfebedarf auf geistig/seelischen Einschränkungen beruht, wird seit langem als verfassungsrechtlich zweifelhaft, sozialpolitisch jedenfalls auf Dauer kaum tragbar angesehen. Unbefriedigend und mit den Zielen der Pflegeversicherung kaum vereinbar ist zudem die Ausklammerung des Aufwandes, der vor allem im Familienverbund gegenüber hilfebedürftigen Angehörigen im Bereich der Behandlungspflege erbracht wird und der bei der Feststellung von Pflegebedürftigkeit aber grundsätzlich außen vor bleibt.

### III. Eingeschränkte Zielgruppe der Pflegeversicherung

Der Gesetzgeber bezweckte mit der Pflegeversicherung in erster Linie eine Absicherung der altersbedingten Gebrechlichkeitspflege<sup>8</sup>. Dieses Ziel wird, ohne dass der Personenkreis besonders hervorgehoben wird, vor allem aus den Kriterien deutlich, die nach § 14 SGB XI der Feststellung von Pflegebedürftigkeit zugrunde zu legen sind. Nicht ohne Grund hatte sich das BSG in den ersten Jahren seiner Spruchstätigkeit zum SGB XI fast ausschließlich mit Fallkonstellationen zu beschäftigen, die aus der (im Gesetzgebungsverfahren nicht verlautbarten) Sicht des Gesetzgebers Randgruppen des Phänomens Pflegebedürftigkeit betrafen, nämlich pflegebedürftige Kinder und Behinderte im erwerbsfähigen Alter. Bei beiden war

---

<sup>6</sup> Die Einführungsvorschriften des SGB XI enthalten demgegenüber in erster Linie Gesetzeszylinder. Dies wird vor allem an § 1 Abs. 4 SGB XI deutlich: die dort beschworene Pflicht zur solidarischen Unterstützung bestand wegen der staatlichen Pflicht zur Wahrung der Menschenwürde schon vor Einführung der Pflegeversicherung und zwar für alle Staatsangehörigen; finanziert werden musste sie aus dem Steueraufkommen.

<sup>7</sup> Das SGB XI ist als Art. 1 des Pflegeversicherungsgesetzes (v. 26.05.1994, BGBl. I S. 1014) überwiegend am 01.01.1995 in Kraft getreten (vgl. Art. 68 Abs. 1 PflegeVG). Die Regelungen zur stationären Pflege sind am 01.07.1996 in Kraft getreten (Gesetz v. 31.05.1996, BGBl. I S. 718).

<sup>8</sup> Maßgebende Vorarbeiten zum Pflegeversicherungsgesetz wie der Gesetzentwurf des Landes Rheinland-Pfalz (Entwurf eines Pflegehilfen-Neuregelungsgesetzes, BR-Drs. 137/86) sahen ausdrücklich eine Beschränkung der Pflegeversicherung auf nicht erwerbstätige Personen über 60 Jahre vor.

vor allem die Einbeziehung von Behandlungspflege in die Bemessung des Hilfebedarfs (als Voraussetzung für die Zuordnung zu einer Pflegestufe), die von Angehörigen bei der häuslichen Versorgung mit teilweise erheblichem Zeitaufwand erbracht wurde, ein kaum lösbares Problem<sup>9</sup>.

Die Zielgruppe der Altersgebrechlichen als Leitbild der Pflegeversicherung wird auch aus dem Klientel der Leistungsberechtigten deutlich: 81 % der Empfänger von Leistungen der Pflegeversicherung sind älter als 65 Jahre<sup>10</sup>. Innerhalb der einzelnen Altersgruppen stellen Pflegebedürftige erst bei den über 80-Jährigen eine signifikante Größe dar<sup>11</sup>; bei den unter 60-Jährigen fallen sie dagegen überhaupt nicht ins Gewicht: Es sind weniger als 0,5 %. Andere Ursachen für den Eintritt von Pflegebedürftigkeit sind zum einen erheblich seltener, zum anderen werden sie häufig von anderen Sicherungsformen aufgefangen<sup>12</sup>. Eine Gruppe altersbedingt Pflegebedürftiger hat der Gesetzgeber bewusst (ohne dies im Gesetzgebungsverfahren deutlich gemacht zu haben) aus Furcht vor der Unkalkulierbarkeit der finanziellen Folgen außen vor gelassen: die Altersdementen, deren Zahl mit zunehmender Lebenserwartung erheblich zunehmen wird.

## IV. Eingeschränkter Risikobereich der Pflegeversicherung

### 1. Der gegenwärtige Zustand

Der Eintritt des Versicherungsfalls und zumeist auch die Höhe der Leistungen der Pflegeversicherung hängen davon ab, dass bei bestimmten Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens (Körperpflege, Ernährung, Mobilität und Hauswirtschaft) ein Hilfebedarf in einem vom Gesetzgeber mehr oder weniger willkürlich festgesetzten Ausmaß besteht. Ein Hilfebedarf bei anderen, im Gesetz nicht aufgeführten Verrichtungen, wird vom Versicherungsschutz nicht erfasst; erreicht der Hilfebedarf bei den maßgebenden Verrichtungen nicht das im Gesetz vorgesehene Ausmaß, so kommen Leistungen der Pflegeversicherung grundsätzlich nicht in

---

<sup>9</sup> Vgl. z.B. BSGE 87, 27 = SozR 3-3300 § 14 Nr. 2; BSG SozR 3-3300 § 14 Nr. 11 = NZS 1999, 613.

<sup>10</sup> *Statistisches Bundesamt*, www.destatis.de – Bericht: Pflegestatistik 2001 – Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung.

<sup>11</sup> In der Altersgruppe 80 bis 85 Jahre sind 21,4 % pflegebedürftig; in der Altersgruppe 85 bis 90 Jahre 38,4 % und in der Altersgruppe über 90 Jahre 60,2 %; vgl. 4. Altenbericht, BT-Drs. 14/8822, S. 244 ff.

<sup>12</sup> Z.B. bei Folgen von Arbeitsunfällen: von der gesetzlichen Unfallversicherung; bei Folgen von Verkehrsunfällen: von der Kfz-Haftpflichtversicherung; bei anlage- oder krankheitsbedingter Behinderung bildet die sozialhilferechtliche Eingliederungshilfe ein fast vorsorgeartiges Schutzsystem, das zudem den ursprünglich vorhandenen subsidiären Charakter nach der weitgehenden Einschränkung des Unterhaltsrückgriffs nicht mehr aufweist, vgl. §§ 92 Abs. 1, 94 Abs. 2 SGB XII.

Betracht<sup>13</sup>. Der Pflegebedürftigkeitsbegriff des SGB XI ist damit einseitig vor allem auf die Bedürfnisse altersgebrechlicher Menschen ausgerichtet. Der für die Feststellung von Pflegebedürftigkeit allein maßgebende Katalog von Verrichtungen in § 14 Abs. 4 SGB XI erfasst etwa den Bedarf von Menschen mit kognitiven und psychischen Störungen an Betreuung und Anleitung ohne Bezug zu einzelnen Verrichtungen so gut wie gar nicht. Die Ungleichbehandlung von Hilfebedürftigen mit körperlichen Funktionseinbußen einerseits und solchen mit kognitiven Störungen andererseits hat das BSG von vornherein als problematisch bezeichnet<sup>14</sup>; das BVerfG hat die Ungleichbehandlung freilich als zulässige Risikoselektion in einem „Teilkaskosystem“ angesehen<sup>15</sup>. Inzwischen ist die Notwendigkeit der Schließung dieser Gerechtigkeitslücke der Pflegeversicherung aber auch unter Sozialpolitikern kaum noch umstritten.

## 2. Zwischenlösung

Ohne Änderung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit hat der Gesetzgeber mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (PflWG) zum 01. Juli 2008 zumindest im Leistungsrecht eine Kompensation zugunsten der Menschen mit kognitiven Störungen eingeführt: Der schon 2002 eingeführte (allerdings sehr bescheiden ausgestattete) zusätzliche Leistungsanspruch für Pflegebedürftige, die neben einem zumindest erheblichen verrichtungsbezogenen Hilfebedarf einen erheblichen Bedarf an allgemeiner Beaufsichtigung und Betreuung (§ 45 b SGB XI) aufweisen, wurde im PflWG zu einem eigenständigen Anspruch weiter entwickelt, der auch solchen Hilfebedürftigen zusteht, die die Grenzwerte der Pflegestufe I nach § 15 SGB XI nicht erreichen. Für die Zugehörigkeit zu dem neu geschaffenen leistungsberechtigten Personenkreis sind mit dem Katalog in § 45 b Abs. 3 SGB XI neuartige Kriterien maßgebend, die keinen Bezug mehr zu verrichtungsbezogenen Defiziten haben.

## 3. Umfassender Pflegebedürftigkeitsbegriff als Reformziel

Seit Ende 2006 arbeitet ein Beirat im Bundesministerium für Gesundheit (BMG) daran, den Begriff der Pflegebedürftigkeit mit dem Ziel zu reformieren, Menschen mit kognitiven Störungen (vor allem Altersdemente) gleichberechtigt in den Schutz der Pflegeversicherung einzubeziehen. Die Gefahr einer finanziellen Überforderung der Pflegeversicherung selbst, aber auch die Betroffenheit sekundärer Sozial-

---

<sup>13</sup> Im Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (v. 28.05.2008, BGBl. I S. 874) hat der Gesetzgeber mit Wirkung ab 01.07.2008 erstmals unabhängig von einem verrichtungsbezogenen Hilfebedarf Leistungen für Hilfebedürftige mit kognitiven Störungen (vor allem Demente) vorgesehen.

<sup>14</sup> Vgl. BSG SozR 3-3300 § 14 Nr. 8, S. 55.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.05.2003 – 1 BvR 452/99 = FamRZ 2003, 1084 sowie SozR 4-3300 § 14 Nr. 1; NZS 2003, 535; krit. hierzu: *Baumeister*, NZS 2004, 191.

leistungssysteme, die wie die Sozialhilfe (mit der Hilfe zur Pflege und der Eingliederungshilfe) ebenfalls Leistungen an hilfebedürftige Menschen leisten, gibt jedoch Veranlassung, zunächst zeitaufwändige Erprobungen neuer Bewertungsinstrumente abzuwarten.

Die neue Definition von Pflegebedürftigkeit als Leistungsvoraussetzung für die Pflegeversicherung zielt ab auf eine umfassende Berücksichtigung von krankheits- oder behinderungsbedingten Einschränkungen jenseits der medizinischen Interventionen, die der Krankenversicherung zuzuordnen sind. Aufgegeben werden soll die enge Bindung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit an den Hilfebedarf bei Alltagsverrichtungen, wie sie zurzeit in § 14 SGB XI normiert ist. Dies erfordert nach Auffassung der pflegewissenschaftlichen und medizinischen Sachverständigen, die ein umfassendes Gutachten zur Entwicklung eines neuen Begutachtungsinstrument<sup>16</sup> erstellt haben, einen Paradigmenwechsel bei der Bemessung des Unterstützungsbedarfs auf der Grundlage einer umfassenden Bewertung aller körperlichen und kognitiven (bzw. psychischen) Defizite. Maßgebend ist nicht mehr die erforderliche Pflegezeit oder die Häufigkeit bzw. der Rhythmus von Hilfeleistungen, wie dies zurzeit nach § 15 SGB XI der Fall ist. Abgestellt wird vielmehr allein auf den Grad der Selbstständigkeit bzw. den Verlust an Selbstständigkeit bei der Durchführung von Aktivitäten oder bei der Gestaltung von Lebensbereichen. Pflegebedürftigkeit wird dargestellt als Beeinträchtigung der Selbstständigkeit; dies wird gleichgestellt mit der Abhängigkeit von personeller Hilfe. In diesem Zusammenhang spielt der Zeitaufwand, den eine Pflegeperson für Hilfeleistungen benötigt, keine Rolle mehr.

## V. Teilkasko-Charakter der Leistungen der Pflegeversicherung

Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, mit der Pflegeversicherung das Sicherungsziel Vollversorgung anzustreben; hieran wird auch die angestrebte Änderung des maßgebenden Begriffs der Pflegebedürftigkeit nichts ändern. Nach wie vor kommen bedarfsdeckende Leistungen wie in der Krankenversicherung wegen der damit verbundenen Gesamtbelastung für eine sozialversicherungsmäßige Absicherung des Pflegerisikos nicht in Betracht, sondern ausnahmslos ergänzende Leistungen, die vorrangig die kostengünstigere familiäre Pflege im häuslichen Bereich unterstützen sollen. Bei stationärer Pflege sollen die Leistungen den reinen Pflegebedarf abdecken und den Pflegebedürftigen in den Stand versetzen, aus seinen Alterseinkünften die Kosten der allgemeinen Lebensführung, vor allem Unterkunft und Verpflegung, zu finanzieren. Ursprünglich bestand die Vorstellung, der Eckrentner solle in die Lage versetzt werden, auch nach dem Eintritt von Pflegebe-

---

<sup>16</sup> Das neue Begutachtungsassessment zur Feststellung von Pflegebedürftigkeit, erstellt vom Institut für Pflegewissenschaft an der Universität Bielefeld (*Schaeffer, Wingenfeld, Büscher*) und dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Westfalen-Lippe (*Heine, Gansweid*), Bielefeld/Münster, 29.02.2008.

dürftigkeit ohne Abhängigkeit von der Sozialhilfe leben zu können. Dieses Sicherungsziel wird allerdings mit zunehmender Deutlichkeit verfehlt; und zwar nicht nur dadurch, dass steigende Lebenshaltungs- und Pflegekosten bis 2008 nicht durch eine Dynamisierung der Leistungen der Pflegeversicherung aufgefangen wurden, sondern vor allem durch einen Konstruktionsfehler der Pflegeversicherung, der auf das föderale Machtgefüge der Bundesrepublik zurückgeht: Weil die Bundesländer nicht bereit waren, die bei Einführung der Pflegeversicherung durch die Entlastung der Sozialhilfe frei werdenden Mittel zur Förderung der Investitionskosten der Pflegeeinrichtungen bereit zu stellen, werden vor allem den stationär versorgten Pflegebedürftigen neben den sog. Hotelkosten (Unterkunft und Verpflegung) auch die Investitionskosten gesondert in Rechnung gestellt<sup>17</sup>, nachdem die meisten Bundesländer die vom Bundesgesetzgeber (§ 9 SGB XI) nur vage angedeutete Pflicht zur Förderung von Investitionskosten<sup>18</sup> zwischenzeitlich gänzlich eingestellt haben<sup>19</sup>.

Darüber hinaus wurden die Pflegesätze der stationären Einrichtungen mit einem weiteren Kostenblock belastet, der letztlich allein aus den Einkommen der Pflegebedürftigen zu finanzieren ist, während er bei der häuslichen Pflege von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen wird: den Kosten der Behandlungspflege, die wegen des betroffenen hoch betagten und häufig multimorbiden Klientels ebenfalls nicht unerheblich sind. Während die Behandlungspflege bei häuslicher Versorgung des Pflegebedürftigen gem. § 37 Abs. 2 S. 1 SGB V von den Krankenkassen bedarfsdeckend als Sachleistung zu erbringen ist<sup>20</sup>, sieht das SGB V eine entsprechende Leistungspflicht der Krankenkassen gegenüber Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen nicht vor, obgleich der umfassende Anspruch des Versicherten auf Krankenbehandlung durch den Aufenthalt in einer stationären Einrichtung nicht eingeschränkt wird.

Der im Gesetz festgelegte Vorrang der häuslichen Pflege wird im SGB XI durch verhaltenssteuernde Anreize umgesetzt; insbesondere durch die Zahlung eines nicht zweckgebundenen Pflegegeldes bei Sicherstellung der Pflege durch Angehörige. Hierin kann man den Versuch sehen, die pflegerische Versorgung des

---

<sup>17</sup> § 82 Abs. 3 SGB XI sieht nur für den Fall, dass Investitionskosten teilweise aus öffentlichen Mitteln gefördert werden, eine Kontroll- und Genehmigungspflicht der zuständigen Landesbehörden vor. Soweit dies nicht der Fall ist, benötigen die Einrichtungen zur Geltendmachung von Investitionskosten keine behördliche Zustimmung, vgl. hierzu auch BSGE 91, 182 = SozR 4-3300.

§ 82 Nr 1. In einigen Bundesländern werden die Investitionskosten allerdings individuell nach sozialhilferechtlichen Voraussetzungen über ein Pflegegeld finanziert.

<sup>18</sup> Nach dem RegE des SGB XI (BR-Drs. 505/93, S. 83) sollte die Investitionskostenförderung aus Landesmitteln finanziert werden.

<sup>19</sup> Eingehend hierzu *Udsching*, in: Köbl/Brünner (Hrsg.), Abschied von der Objektförderung, 2004, S. 19 ff.

<sup>20</sup> § 37 Abs. 3 SGB V setzt allerdings voraus, dass keine im Haushalt lebende Person vorhanden ist, die den Versicherten in dem erforderlichen Umfang versorgen kann; zu den Grenzen dieser Einschränkung vgl. BSG SozR 3-2500 § 37 Nr. 2 und 5.

hilfebedürftigen Teils der Bevölkerung möglichst kostengünstig zu erreichen<sup>21</sup>. Zur Erreichung dieses Ziels nimmt man aber in Kauf, dass die Sicherstellung von qualitativen Mindeststandards im größten Versorgungssektor, der häuslichen Pflege, weitgehend auf Fiktionen beruht<sup>22</sup>. Zu Recht wird angemahnt, dass die Strukturen der pflegerischen Versorgung so ausgestaltet werden müssen, dass Pflegebedürftige und ihre Angehörigen darauf vertrauen können, im Regelfall auch ohne externe Kontrollen menschenwürdig gepflegt zu werden<sup>23</sup>.

## VI. Schnittstellen bei der Versorgung Pflegebedürftiger

Die Begrenzung des Umfangs der Leistungen unterhalb der Bedarfsdeckung und die Tatsache, dass das Risiko der Pflegebedürftigkeit auch in anderen Sozialleistungssystemen Leistungsansprüche auslösen kann, führen zwangsläufig zu Schnittstellen, die zahlreiche rechtliche Probleme aufwerfen.

### 1. Schnittstellen zwischen Pflegeversicherung und GKV

Die Abgrenzung der Risiken Krankheit und Pflegebedürftigkeit ist schwierig, weil beide Risiken auf identische oder zumindest vergleichbare Defizite in der Person des Versicherten abstellen. Bei häuslicher Versorgung tritt die Leistungspflicht der GKV ein, sobald eine Maßnahme als Krankenbehandlung i.S.d. § 27 Abs. 1 SGB V anzusehen ist. Nur wenn im Einzelfall, etwa bei der Hilfsmittelversorgung, die Durchführung einer Pflegemaßnahme im Vordergrund steht, kommt allein die (begrenzte) Leistungspflicht der Pflegeversicherung in Betracht. Diese Abgrenzung führt bei stationärer Versorgung nicht weiter<sup>24</sup>; vor allem die Kosten der Behandlungspflege fließen in den Pflegesatz der Pflegeeinrichtung ein, der von den Leistungen der Pflegeversicherung nur teilweise abgedeckt wird (§ 43 Abs. 2 SGB XI).

### 2. Schnittstellen zwischen Pflegeversicherung und Sozialhilfe

Die Sozialhilfe kollidiert mit zwei unterschiedlichen Hilfearten mit der Pflegeversicherung. Mit der Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff. SGB XII) werden in erster Linie die Leistungsgrenzen der Pflegeversicherung kompensiert. Pflegebedürftige, deren finanzielle Mittel nicht ausreichen, den von der Pflegeversicherung der Eigenverantwortung überlassenen Finanzierungsanteil zu tragen, erhalten bedarfsdeckende Leistungen.

---

<sup>21</sup> Grundlegend für den lediglich ergänzenden Charakter der Leistungen der Pflegeversicherung sind die Regelungen in § 4 Abs. 2 SGB XI.

<sup>22</sup> Vgl. *Schütte*, NDV 2007, 211.

<sup>23</sup> *Schütte*, NDV 2007, 211, 218.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu eingehend: *Udsching*, in: v. Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, S. 691 ff.

Der Leistungsinhalt der Hilfe zur Pflege ist ausgerichtet auf das verfassungsrechtliche Gebot, Hilfebedürftige menschenwürdig zu versorgen (Art. 1 Abs. 1 GG). Zweifelhaft könnte sein, ob zwischen dem danach notwendigen Standard und dem Leistungsstandard der Pflegeversicherung, wie er sich für Pflegeeinrichtungen etwa aus § 11 Abs. 1 SGB XI ergibt („allgemein anerkannter Standard medizinisch pflegerischer Erkenntnisse“), eine Differenz besteht: Die Hilfe zur Pflege mithin ein niedrigeres Versorgungsniveau abdecken müsste als die Pflegeversicherung, ergänzt um die Eigenbeteiligung des Pflegebedürftigen. Anders als bei der Hilfe zur Gesundheit, bei der der Leistungsinhalt ausdrücklich (§ 48 S. 1 SGB XII) an denjenigen der GKV angeknüpft wird, fehlt es bei der Hilfe zur Pflege an einer entsprechenden Bezugnahme. Sie wäre wegen des eingeschränkten Versorgungsziels der Pflegeversicherung auch nicht möglich. Die Pflegeversicherung leistet zwar insgesamt weit mehr als den pflegerischen Mindestschutz, dies aber nur unter Einbeziehung des Eigenanteils unter Einschluss familiärer und nachbarschaftlicher Unterstützung. Fehlt Letzteres, so bedarf die Hilfe zur Pflege der Festlegung eines eigenständigen Niveaus der Mindestsicherung. Dieses kann im Hinblick auf die Qualität der Pflege nicht unterhalb der qualitativen Anforderungen liegen, die auch die Pflegeversicherung an die Durchführung pflegerischer Maßnahmen stellt. Das heißt, die verfassungsrechtlich gebotene Mindestsicherung bei der Versorgung Pflegebedürftiger darf die in der Pflegeversicherung festgelegten Standards, und das sind die allgemein anerkannten aktuellen medizinisch pflegerischen Erkenntnisse, nicht unterschreiten. Sie legen, wie bei der Gesundheitsversorgung durch die GKV, das Maß des Notwendigen fest<sup>25</sup>.

## VII. Aufgaben der Pflegeversicherung bei der Erbringung von Pflegeleistungen

Die Beziehungen zwischen Pflegekassen und Leistungserbringern werden durch das Sach- bzw. Naturalleistungsprinzip geprägt; die wesentlichen Elemente wurden aus der GKV übernommen. Dies hat nicht nur zur Folge, dass die Pflegekasse und nicht der Pflegebedürftige bei Inanspruchnahme professioneller Pflegeeinrichtungen bis zur jeweiligen Leistungshöchstgrenze Schuldner des Vergütungsanspruchs der Einrichtung ist, sondern auch eine quasi treuhänderische Vertretung des Pflegebedürftigen beim Aushandeln der Pflegesätze, die vom Betroffenen jenseits der Leistungshöchstgrenzen ja aus eigenen Mitteln finanziert werden müssen.

Wie der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 135 SGB V) hat der Gesetzgeber auch der Pflegeversicherung zudem die Aufgabe übertragen, für die Qualität der

---

<sup>25</sup> Vgl. *Igl*, in: *Armutsfestigkeit sozialer Sicherung*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. 56, 2007, S. 64 ff.; *Udsching*, NZS 1999, 473, 477.

von ihr als Sachleistungen gewährten Pflege Sorge zu tragen<sup>26</sup>. Tatsächlich übernehmen damit die Pflegekassen weit über ihren Leistungsbereich hinaus staatliche Kontroll- und Überwachungsfunktionen vor allem durch den von ihnen in erster Linie für Qualitätsprüfungen eingesetzten Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK). Um die Qualität der Pflege sicherstellen zu können, benötigt man allerdings zunächst verbindlich festgelegte und überprüfbare Mindeststandards. Sie sollten schon nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes (§ 80 SGB XI) von den Spitzenverbänden der Pflegekassen, der Sozialhilfeträger und den Verbänden der Leistungserbringer in Vereinbarungen festgelegt werden. Nachdem eine konsensuale Lösung bislang, nicht zuletzt wegen der ganz erheblichen Auswirkungen von Qualitätsmaßstäben auf das Vergütungsgeschehen, nicht zustande gekommen ist, hat der Gesetzgeber zum 01.07.2008 mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz bei ausbleibender Einigung eine Schiedsstellenlösung vorgesehen (§ 113a SGB XI).

Die Fortentwicklung der Fachlichkeit der Pflege durch Entwicklung von Qualitätsstandards, die die bislang weitgehend inhaltslose Formel „allgemein anerkannter Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse“, mit judizierbaren Maßstäben versorgen kann, ist vor allem deshalb mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, weil anders als in der Gesundheitsversorgung leistungsfähige Fachgesellschaften fehlen, die innerhalb der betroffenen Professionen einen Konsens über Standards erreichen können<sup>27</sup>. Die Bedingungen des Gesundheitsmarktes können allerdings auch nicht mit denen des Pflegemarktes gleichgesetzt werden. Zum einen entwickelt der medizinisch technische Fortschritt im Hinblick auf die Finanzierbarkeit der GKV eine ungleich größere Dynamik; zum anderen ist das bedarfsdeckende Krankenversicherungssystem in ganz anderer Weise anfällig für Leistungsausweitungen.

Mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz wurde ein neues Instrument eingeführt, um die Versorgung Pflegebedürftiger effektiver und die Auswahl pflegerischer Angebote transparenter zu machen: nach § 92 c SGB XI sind die Pflege- und Krankenkassen gehalten im Zusammenwirken mit den zuständigen Landesbehörden Pflegestützpunkte einzurichten, die alle für Pflegebedürftige in Betracht kommenden Gesundheits- und Pflegeleistungen wohnortnah koordinieren und für den Pflegebedürftigen bei Bedarf ein case-management zur Verfügung stellen sollen (vgl. auch § 7 a SGB XI).

---

<sup>26</sup> Einen exzellenten Überblick über Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Qualitätssicherung in der Pflege gibt *Bieback*, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, 2004.

<sup>27</sup> Mit finanzieller Förderung durch das Bundesministerium für Gesundheit wurden bislang fünf Expertenstandards zu den Themen „Dekubitusprophylaxe“, „Entlassungsmanagement“, „Schmerzmanagement bei akuten oder tumorbedingten chronischen Schmerzen“, „Sturzprophylaxe“ sowie „Kontinenzförderung“ erarbeitet. Auftragnehmer bei der Entwicklung, der Konsentierung und der Implementierung von in der Fachwelt anerkannten Expertenstandards war das Deutsche Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) als bundesweiter Zusammenschluss von Fachexperten in der Pflege, vgl. hierzu auch: *Igl/Schiemann* u.a., Qualität in der Pflege, 2002.



## VIII. Zusammenfassung

Die Pflegeversicherung bewirkt nur eine partielle Sicherung gegen das Risiko, durch den Eintritt von Pflegebedürftigkeit auf personelle Hilfe angewiesen zu sein. Zum einen werden, jedenfalls zurzeit noch, nicht alle Ursachen erfasst, die Pflegebedürftigkeit zur Folge haben können. Ausgeklammert wird vor allem der Bedarf an Betreuung und Beaufsichtigung von Menschen mit geistigen bzw. psychischen Störungen. Zum anderen sind die Leistungen der Pflegeversicherung, anders als diejenigen der gesetzlichen Krankenversicherung, nicht bedarfsdeckend. Die Leistungen der Pflegeversicherung haben eher unterstützenden Charakter. Sie sollen Pflegebedürftige und ihre Angehörigen in die Lage versetzen, unter Einsatz eigener finanzieller Mittel ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe die pflegerische Versorgung sicher zu stellen. Dies soll vorrangig durch Maßnahmen erreicht werden, die die kostenaufwändige stationäre Pflege vermeiden. Ist der Pflegebedürftige auf professionelle Betreuung angewiesen, so wird diese von den Pflegekassen als Sachleistung zur Verfügung gestellt, die allerdings mit einem erheblichen Eigenanteil (Zuzahlung aus eigenen Mitteln) verbunden ist. Der Pflegebedürftige profitiert insoweit jedoch von der Qualitätskontrolle und der Verhandlungsmacht der Pflegekassen beim Abschluss von Vergütungsvereinbarungen mit den Leistungserbringern. Bei einkommensschwachen Pflegebedürftigen ist es Aufgabe der Sozialhilfe, über den begrenzten Leistungsrahmen der Pflegeversicherung hinaus eine Existenzsichernde pflegerische Versorgung zu gewährleisten.



# Rationierung im Gesundheitswesen: Auf der Suche nach der Verteilungsgerechtigkeit

*Prof. Dr. jur. Gunnar Dutge*

## **I. Zwei verschiedene Wirklichkeiten**

„Versteckte Rationierung und chronische Mittelknappheit im Gesundheitswesen sind eine unbestreitbare Tatsache“ – mit diesem Paukenschlag eröffnete kürzlich der Präsident der Bayerischen Landesärztekammer den 67. Bayerischen Ärztetag und fügte hinzu, dass schon seit Jahren nicht mehr alles für alle möglich sei: „Doch die Politik weigert sich noch immer, offen über Leistungseinschränkungen zu sprechen“.<sup>1</sup> Wenige Tage zuvor hatten die Spitzenorganisationen der Ärzteschaft gemeinsam mit den ärztlichen Berufsverbänden und Fachgesellschaften den für den Bereich „Gesundheit“ zuständigen Unterhändlern der neuen Regierungskoalition ein „Eckpunktepapier für eine patientengerechte Gesundheitsversorgung“ übersandt, das die Forderung nach einer offenen, gesamtgesellschaftlichen Debatte über den gerechten Einsatz der begrenzten Ressourcen als wesentliche Voraussetzung für eine „neue Vertrauenskultur im Gesundheitswesen“ enthielt: Die Mittelknappheit im Gesundheitswesen sei inzwischen „so stark ausgeprägt, dass sie nicht mehr allein durch die Erschließung von Effizienzreserven aufgefangen werden“ könne; unter diesen Bedingungen werde es „für Ärztinnen und Ärzte immer

---

<sup>1</sup> Pressemitteilung der Bayerischen Landesärztekammer v. 09.10.2009: „Die knappen Mittel müssen nach gesellschaftlich konsentierten Kriterien gerecht verteilt werden. Die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang eine Priorisierung im Gesundheitswesen stattfinden muss, liegt bei der Politik. Und dieser Debatte muss sich die Politik gerade jetzt nach der Bundestagswahl stellen“.

schwieriger [...], ihrer Verantwortung für die Patientenversorgung gerecht zu werden“<sup>2</sup>. Da die Leistungserbringung zunehmend – von der Gesundheitspolitik der letzten Jahre erzwungen – (nur noch) unter den Bedingungen des Wettbewerbs stattfindet, muss es unweigerlich zu einem Abbau der Versorgungsstrukturen dort kommen, wo diese den Gesetzen der Ökonomie nicht (mehr) gerecht werden; dies geschieht freilich bisher auf eine Weise, die auf Versorgungsnotwendigkeiten und -prioritäten keine Rücksicht nimmt („wilde Rationierung“<sup>3</sup>). Nur und erst vor diesem Hintergrund hat der Präsident der Bundesärztekammer wiederholt für eine explizite, demokratisch legitimierte Priorisierung der Gesundheitsleistungen plädiert, „um heimliche Rationierung von Leistungen und Zuwendungen zu vermeiden“<sup>3</sup>. Dass letztere den Anspruch des einzelnen Patienten auf Bereitstellung des für ihn medizinisch Notwendigen immer mehr gefährdet, wie der 112. Ärztetag im Mai 2009 erklärt hat,<sup>4</sup> kann inzwischen auch als empirisch belegt gelten: Nach der von *Huster* u.a. durchgeführten Umfrage im Rahmen des BMBF-Projekts „Ethische, ökonomische und rechtliche Aspekte der Allokation kostspieliger biomedizinischer Innovationen“ halten offenbar bis zu dreiviertel der deutschen Klinikärzte ihren Patienten sinnvolle Behandlungsoptionen aus Kostengründen vor;<sup>5</sup> in der ambulanten Praxis kennt die tägliche Erfahrung schon seit längerem Phänomene wie den „Quartalsverschub“, die Verkürzung der Beratungszeiten oder den mitunter überraschenden, rein medizinisch nicht immer erklärlichen Wechsel des Medikaments.<sup>6</sup>

Ganz anders stellt sich die Lage offenbar nach den Vorstellungen der Rechtspolitik dar: Erst kürzlich erneuerte die gesundheitspolitische Sprecherin der CDU den Glauben an die Möglichkeit einer Ausgabenbegrenzung ohne nachteilige Folgen für die Gesundheitsversorgung, da eine (erneute und ggf. fortlaufende) Steigerung der Einnahmenseite durch Erhöhung des allgemeinen Beitragsatzes (derzeit

<sup>2</sup> Eckpunktepapier der Ärzteschaft für eine patientengerechte Gesundheitsversorgung v. 7.10.2009, insb. S. 3 und 6 (abrufbar unter: [www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.5.7788](http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.5.7788) <aufgerufen am: 11.11.2009>).

<sup>3</sup> Zuletzt in seinem Gastbeitrag in der F.A.Z. v. 18.09.2009 (abrufbar unter: [www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.5.1160.7743&all=true](http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.5.1160.7743&all=true) <aufgerufen am: 11.11.2009>).

<sup>4</sup> Beschluss II., 1., Ziff. II., 2.: „Eine forcierte Wettbewerbsorientierung mit Risikoauslese und Gefährdung flächendeckender Versorgung, eine zu wenig patientenorientierte Nutzenbewertung hinsichtlich der Anwendung von Diagnostik und Therapie, eine mittelbare Zugangssteuerung für die Versicherten durch Zuzahlungen und durch intransparente Inanspruchnahmesteuerung in bestimmten Versorgungsmodellen gefährden den Anspruch auf individuelle Versorgung im Krankheitsfall“ (abrufbar unter: [www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.2.6499](http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.2.6499) <aufgerufen am: 11.11.2009>).

<sup>5</sup> Berichtet in: *MedEcon Ruhr* v. 07.09.2009; siehe auch die Ergebnisse einer unter Intensivmedizinern durchgeführten anonymen Erhebung, dokumentiert von: *Boldt/Schöllborn*, *Der Anaesthetist* 2008, 1075 ff. (u.a.: in 88 % der Fälle entscheidet der Chefarzt persönlich über den Einsatz sehr teurer Medikamente).

<sup>6</sup> Dazu näher *Herb*, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, 2002, S. 134 ff.; siehe jüngst auch den Bericht in der *Wirtschaftswoche* v. 21.08.2009 („Patienten als Opfer des Spar-Wahns“).

14,9 %) in Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise unbestrittenermaßen ausscheidet (zum Grundsatz der Beitragsstabilität vgl. § 71 SGB V). Es müssten eben nur „wirtschaftlichere Verfahren und Strukturen entwickelt“ werden, „die das knappe Geld dann auch am besten und am sinnvollsten einsetzen“; es bedürfe nurmehr eines „sehr klugen und sehr verantwortungsbewussten“ Umgangs mit den knappen Mitteln, dann sei der „Standard an medizinischer Versorgung, an Fortschritt und Weitergabe des Fortschritts in der Medizin [...] zu halten“<sup>7</sup> – so lautet das gern gehörte Credo. Die in der Gesundheitsversorgung unmittelbar Tätigen, die es doch eigentlich am besten wissen sollten, haben freilich den Glauben hieran längst verloren: Nach einer Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem vergangenen Jahr beklagen schon heute knapp 50 % aller Ärzte – bei Krankenhausärzten liegt der Anteil noch etwas höher – den Zeitmangel für eine hinreichende Sorge um die Patienten; über 80 % erwarten, dass eine Gesundheitsversorgung auf dem heutigen Niveau in zehn Jahren nicht mehr gewährleistet werden könne.<sup>8</sup> Die inzwischen breite Debatte auf diversen fachärztlichen Kongressen zeigt überdeutlich, dass hier nicht eine Chimäre, sondern offenbar eine allgemein geteilte Einschätzung Grundlage und Gegenstand der wachsenden Unruhe ist. Wunschvorstellungen wie jene nach Aufrechterhaltung einer umfassenden Versorgung für alle und infolgedessen die apodiktische Abwehr und Tabuisierung selbst jedweden Nachdenkens über eine Priorisierung von Gesundheitsleistungen<sup>9</sup> helfen da wenig weiter, wenn das Schreckensbild einer „Zwei-Klassen-Medizin“ gleichsam „an der Front“ schon heute als „gelebte Realität“ erfahren wird.<sup>10</sup>

Wenn auch renommierte Gesundheitsökonomien keinerlei Zweifel mehr daran hegen, dass die Rechnung der Gesundheitspolitik nicht aufgehen wird, weil es auf der Einnahmenseite an Beitragszahlern und auf der Ausgaben- und Versorgungsseite – mit steigender Tendenz – an den nötigen finanziellen und personellen Ressourcen fehlt<sup>11</sup> (sog. „doppelte Alterung der Bevölkerung“)<sup>12</sup>, so wird die Frage akut, warum die verantwortliche Gesundheitspolitik augenscheinlich den „Mut zur Wahrheit“<sup>13</sup> nicht aufbringt. Folgt man dem Fingerzeig des CDU-Gesundheitspolitikers *Faust*, so scheint es letztlich ein sachfremdes und sehr banales Motiv zu sein, wenn er betont: „Kein Politiker will eine solche Debatte im Bundes-

---

<sup>7</sup> Pressemitteilung der CDU/CSU v. 07.10.2009.

<sup>8</sup> Allensbacher Bericht Nr. 19/2008.

<sup>9</sup> So zuletzt insbesondere die frühere Bundesgesundheitsministerin *Schmidt* anlässlich der Eröffnung des Berliner Hauptstadtkongresses Medizin und Gesundheit, berichtet in: *Ärzteblatt* v. 27.05.2009.

<sup>10</sup> So der Sprecher der Allianz Deutscher Ärzteverbände *Bittmann*, berichtet in: *Ärzteblatt* v. 10.09.2009.

<sup>11</sup> Siehe die Stellungnahmen des Gesundheitsforschers *Beske* und des Gesundheitsökonomien *Wasem*, berichtet in: *Ärzteblatt* v. 03.08.2009.

<sup>12</sup> *Arnold*, Rationierung und zukünftige Reallokationen im Gesundheitswesen, 2005, S. 8.

<sup>13</sup> Rede des Präsidenten der Bundesärztekammer Hoppe anlässlich der Eröffnung des 112. Ärztetages im Mai 2009 (abrufbar unter: [www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.75.77.7231](http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.75.77.7231) <aufgerufen am: 11.11.2009>).

tagswahljahr führen“<sup>14</sup>. *Gutmann* macht im politischen System „Verdrängungs- und Selbsttäuschungsreflexe“ aus, resultierend aus einer für sich durchaus leicht nachvollziehbaren Binnenlogik: „Für einen politischen Akteur, der auf Mehrheiten angewiesen ist, um sein Amt zu behalten, ist es unter den gegenwärtigen Bedingungen der Öffentlichkeit schlicht irrational, Verantwortung für Rationierungsentscheidungen zu übernehmen“<sup>15</sup>. Gerade weil eine „Deckelung“ der Gesundheitsleistungen „von oben nach unten“ mit evtl. nachteiligen Wirkungen auf die individuelle Patientenversorgung in der Öffentlichkeit bisher aber nicht akzeptiert ist,<sup>16</sup> bedarf es allein schon den Erfahrungsberichten weiter Teile der medizinischen Praxis wegen dringlich einer breiten öffentlichen Debatte, wie sie etwa die Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer in ihrer zweiten Stellungnahme zur „Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung“ (September 2007) nachdrücklich gefordert hat. Von einer Forschergruppe wurden inzwischen im Wege einer qualitativen Befragung sogar schon erste Priorisierungspräferenzen und -tendenzen innerhalb der Bevölkerung exploriert,<sup>17</sup> die der Gesundheitspolitik zwar ihre Entscheidungsverantwortung nicht nehmen, aber beim Ausfüllen des politischen Gestaltungsspielraums möglicherweise helfen können.

## II. Dilemmata und ihre Auflösung

Würde sich aber bei einer expliziten Rationierung der vorhandenen Gesundheitsleistungen die augenblickliche Lage wirklich zum Positiven hin verändern oder nicht gerade umgekehrt die soziale Sprengkraft des Themas sich im Sinne einer akuten Gefährdung des sozialen Friedens auswirken? Zeigen nicht die bereits bestehenden Anwendungsfälle einer ausdrücklichen Leistungsbegrenzung wie etwa der Ausschluss von Medikamenten zur Behandlung von grippalen Infekten bei volljährigen Patienten (vgl. § 34 Abs. 1 S. 6 Nr. 1 SGB V) oder generell der sog. Lifestyle-Arzneimittel (vgl. § 34 Abs. 1 S. 7-9 SGB V) zur Genüge, wie wenig die Bevölkerung bereit ist, die Einführung von Leistungseinbußen widerspruchslos hinzunehmen? Eine solche Einschätzung würde augenscheinlich die Gründe für die längst entstandene allgemeine Beunruhigung verkennen: Denn die Menschen tun bisher nichts anderes, als die Gesundheitspolitik und das von ihr abgegebene umfassende Leistungsversprechen (vgl. § 27 SGB V) beim Worte zu nehmen, so dass die fortlaufende Erfahrung, auf einem Teil der Kosten für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen – sei es etwa durch gesetzlich vorgegebene Zuzahlungsregeln (vgl. §§ 31 Abs. 3, 33 Abs. 8, § 39 Abs. 4 i.V.m. § 61 SGBV) oder im

<sup>14</sup> Interview, abgedruckt in: DÄBl. 2009, A-1698 ff.

<sup>15</sup> *Gutmann*, in: Schöne-Seifert/Buys/Ach (Hrsg.), *Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen*, 2006, S. 31.

<sup>16</sup> Zutreffend *Hoppe*, in: F.A.Z. v. 18.09.2009 (Fn. 3).

<sup>17</sup> Berichtet in: *Diederich/Winkelbäge/Schnoor/Schreier*, DÄBl. 2009, A-654 ff.

häufig aussichtslosen Kampf mit der Krankenkasse – buchstäblich sitzenzubleiben, wie bei jeder Enttäuschung von Erwartungen, notwendig zu einer Irritation und Frustration führen muss. Es kommt hinzu, dass der allgemeine Eindruck von Beliebigkeit und Willkürlichkeit der gezogenen Leistungsgrenzen (wie z.B. beim grundsätzlichen Ausschluss von Sehhilfen für Patienten über 18 Jahre, vgl. § 33 Abs. 2 SGB V)<sup>18</sup>, der durch die ständigen Gesetzesänderungen zwecks „Modernisierung des Gesundheitssystems“ und „Stärkung des Wettbewerbs“ nur noch gesteigert wird, geradezu zwangsläufig die Akzeptanz der Bevölkerung untergraben muss. Wenn dann auch noch der Verdacht aufkommt oder gar zur Gewissheit wird, dass die längst allgemein bekannten ökonomischen Zwänge im individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis verheimlicht und leistungsbegrenzende Entscheidungen gegenüber den konkret Betroffenen (Patienten und Angehörige) einfach als „medizinische Notwendigkeiten“ verbrämt werden, ist jede Basis für das Vertrauen der Bevölkerung in ein gerechtes Gesundheitssystem, das nicht nur auf dem Papiere steht oder in Wahlkampfreden beschworen wird, zerstört – und damit jedwede Berechtigung für die mit zunehmender Härte eingeforderte Solidarität im Gesundheitswesen, die bei einem so exklusiven Gut wie der Gesundheit (als sog. „konditionales Gut“)<sup>19</sup> ohnehin nur bei Wahrung eines größtmöglichen Maßes an Verteilungsgerechtigkeit legitimerweise erwartet werden kann. Oder mit anderen Worten: Der zunehmend beklagte „Verlust des Subjekts im Medizinsystem“<sup>20</sup> wird von den Menschen immer mehr als einseitige Aufkündigung des gesellschaftsvertraglichen Bandes seitens der im und für das Gesundheitssystem Verantwortlichen aufgefasst, so dass für den einzelnen Patienten immer weniger Grund besteht, sich an seine Pflicht zur Solidarität und ggf. Hinnahme von Leistungsbegrenzungen noch gebunden zu fühlen – und für diese Entwicklung möchte verständlicherweise niemand die Verantwortung übernehmen.

Dass gegen ein „Weiter so!“ vor allem die Ärzteschaft aufbegehrt, ist vor diesem Hintergrund nur allzu verständlich: Wer möchte sich schon gerne für etwas zur Rechenschaft ziehen lassen, was gar nicht in seiner, sondern in der Verantwortung anderer liegt – und noch dazu im tagtäglichen Angesicht der hiervon unmittelbar Betroffenen? Dass ein „bedside rationing des budgetbeschränkten Arztes“<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Zutreffend die Kritik bei *Wenner*, GesR 2009, 169, 174: An der medizinischen Notwendigkeit von Brillengläsern oder Kontaktlinsen „kann bei entsprechenden Dioptrien-Werten ebenso wenig gezweifelt werden wie an der Unmöglichkeit, durch geeignete Vorsorgemaßnahmen dem Eintritt von Kurz- oder Weitsichtigkeit vorzubeugen; deshalb überzeugt der Verweis dieser Leistungen in die Eigenvorsorge der Versicherten (§ 2 Abs. 1 SGB V) nicht“.

<sup>19</sup> Vgl. *Arnold* (Fn. 12), S. 5: „Sie ist nicht alles, aber ohne sie ist alles nichts“; siehe auch *Gosepath*, in: Nationaler Ethikrat (Hrsg.), *Gesundheit für alle – wie lange noch?*, 2006, S. 19, 20.

<sup>20</sup> Zuletzt eindringlich *Eibach/Ewig/Zwirner*, *Medizin, Ökonomie und der kranke Mensch*, 2009, insb. S. 29 ff.: „Das Subjekt muss ausgeschaltet werden, um die Reparatur des nicht mehr richtig funktionierenden Organismus auch ökonomisch berechenbar zu machen. [...] Die DRG's sind der rechnerische Ausdruck eines am Maschinenmodell orientierten Krankheitsverständnisses[...]“.

<sup>21</sup> *Gutmann* (Fn. 15), S. 32.

zugleich auch unerträgliche Spannungen im Selbstverständnis eines „Diener“ der Gesundheit des jeweils einzelnen Hilfsbedürftigen („salus aegroti suprema lex“) mit sich bringt, der seine Aufgabe zwecks Wahrung und Förderung des unverzichtbaren „Vertrauens“ im Verhältnis zu seinen Patienten „mit Gewissenhaftigkeit und Würde“<sup>22</sup> erbringen soll, versteht sich eigentlich von selbst und erklärt die Nachdrücklichkeit der erhobenen Forderung nach Transparenz und Verantwortungsübernahme seitens der Gesundheitspolitik. Hinzu kommt das Haftungs- und Strafbarkeitsrisiko bei Fortschreibung der Fiktion eines „normativen Standards“, der – individualistisch – auf den Schutz des einzelnen Patienten, den aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaften und den Erwartungen des Rechtsverkehrs, nicht aber – jedenfalls nicht primär – auf die ökonomische „Gesamtbefindlichkeit“ des Gesundheitsversorgungssystems ausgerichtet ist.<sup>23</sup> Unwiderlegt steht daher noch immer die Feststellung *Laufs* im Raum, wonach der Weg zu einer „Harmonisierung der Haftpflichtregeln und des gesetzlichen Wirtschaftlichkeitsgebots“ (vgl. § 12 SGB V) weiterhin ungeklärt ist.<sup>24</sup> Die inzwischen deutlich vernehmbaren Appelle an die Rechtsprechung, die Sorgfaltsanforderungen nicht allein an den Möglichkeiten der universitären Spitzenmedizin und ihrer Maximaldiagnostik und -therapie auszurichten, sondern bei der Festlegung der medizinischen Standards stärker die budgetbedingten Grenzen und allgemein jene der Finanzierbarkeit insgesamt zu berücksichtigen,<sup>25</sup> haben bislang noch keinen sichtbaren Niederschlag gefunden; nach Einschätzung *Katzenmeiers* hält die zivilrechtliche Judikatur bis heute im Kern an der tradierten Auffassung fest, dass es einzig darauf ankomme, „was ein Arzt oder Krankenhausträger dem Patienten schulde und ob er die danach erforderlichen Leistungen bereitgestellt habe“<sup>26</sup>. Die Budgetierung soll danach allein die innerärztliche Honorarverteilung betreffen und keinerlei Relevanz für die im einzelnen Behandlungsfall zu beachtende Sorgfalt haben.<sup>27</sup> Solange somit der Glaube an die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Einsatzes der beschränkten Mittel ohne Vernachlässigung des „state of the art“ aufrechterhalten wird,<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Gelöbnis, Präambel und § 1 Abs. 1 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (Stand: 2006).

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Deutsch*, VersR 1998, 261, 264 f.; *Kern*, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 98 (2004), 222 ff.

<sup>24</sup> *Laufs*, in: ders./Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 99, Rn. 25, der vor einer „schleichenden ökonomischen Infiltration der medizinischen Standards“ warnt.

<sup>25</sup> Vgl. etwa *Franzkei*, in: Arbeitskreis „Ärzte und Juristen“ der AWMF v. 12./13.11.1993, S. 5 (Protokoll); *Steffen*, MedR 1993, 338; *Ulsenheimer*, MedR 1995, 427, 435 f.; krit. aber *Laufs* (Fn. 24), § 99, Rn. 27: Gefahr der „Preisgabe des Standardbegriffs unter dem Vorzeichen des Verschuldensprinzips“.

<sup>26</sup> In: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. X, Rn. 31.

<sup>27</sup> So ausdrücklich *Engelmann*, zit. in: *Wältermann*, VersR 1997, 43 ff.

<sup>28</sup> Hiergegen einleuchtend *Wenzel*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts: Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, Kap. 4, Rn. 252: „Orientiert sich der Sorgfaltsmaßstab an dem, was das System finanzieren kann, dann [...] gibt es schon heute Leistungen, die einen eigentlich gebotenen medizinischen Mindeststandard unterschreiten [...]“.



muss der behandelnde Arzt und/oder die Klinikleitung damit rechnen, auch dort rechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, wo in Wahrheit nur noch der Mangel verwaltet werden kann oder einer bestmöglichen Versorgung gar die Begrenzungen des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots entgegenstehen.<sup>29</sup> Ob dieses Risiko von den innerhalb des Medizinsystems Tätigen überhaupt realisiert wird und inwieweit es ggf. in konkrete Therapieentscheidungen einwirkt,<sup>30</sup> ist für die normative Beurteilung nicht mehr von ausschlaggebender Bedeutung.

Ein anderer Aspekt ist wesentlich zentraler: Der ärztliche Sachverstand ist so lange zur Entscheidung über Art und Ausmaß des Einleitens oder Verlängerns dieser oder jener Therapie berufen, wie es sich dabei um ein rein prognostisches Einschätzen der jeweiligen Erfolgsaussichten auf der Basis der bisherigen Erfahrungen und Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaften handelt; hierin liegt bekanntlich das Fundament für die ärztliche Therapiefreiheit als letztlich fremdnütziges, dem bestmöglichen Wohltun zugunsten des Patienten verpflichtetes Recht (vgl. § 1 Abs. 2 BÄO, § 2 Abs. 1 MBO, Art. 12 GG). Wenngleich das Treffen einer Therapieentscheidung unter den jeweils bestehenden Optionen stets einen bewertenden, über das bloße Beschreiben und Erklären der biologischen Vorgänge und Gesetzmäßigkeiten hinausgehenden Anteil in sich trägt,<sup>31</sup> wie besonders eindringlich Entscheidungen gegen „lebensverlängernde Maßnahmen“ am Lebensende („Änderung des Therapieziels“, juristisch sog. „passive Sterbehilfe“) infolge „Wegfalls der medizinischen Indikation“ (sog. „futiliy“)<sup>32</sup> verdeutlichen, ist eine nicht nur das Wohl des einzelnen, sondern aller (potentiellen) Patienten in den Blick nehmende (Daseins-)Fürsorge von ganz anderer Qualität: Während erstere eine vorwiegend ärztlich-medizinische Beurteilung erfordert, die – soweit nicht die Achtung der Patientenautonomie in Frage steht – lediglich einer rechtlich-ethischen Rahmenkontrolle unterliegt, ist die Verantwortung für die Angemessenheit des Gesundheitssystems im Ganzen nicht dem einzelnen Arzt, sondern den demokratisch legitimierten Organen des verfassten Rechtsstaats überantwortet, in erster Linie also dem Gesetzgeber sowie der Rechtsprechung zwecks Konkretisie-

---

<sup>29</sup> Dazu eingehend jüngst *Katzenmeier*, in: FS für G. Müller, 2009, S. 237 ff.; siehe auch das „Ulmer Papier“ des 111. Deutschen Ärztetages 2008, in: DÄBl. 2008, A-1189 ff., 1195: „Der Zielkonflikt zwischen ärztlicher Sorgfaltspflicht und Wirtschaftlichkeitsgebot belastet das Arzt-Patienten-Verhältnis inzwischen in einem unerträglichen Ausmaß“.

<sup>30</sup> Wenig glaubwürdig sind die ärztlichen Selbsterklärungen, die im Rahmen einer von *Huster u.a.* durchgeführten Erhebung abgegeben wurden, wonach das Haftungsrecht nicht als Bedrohung wahrgenommen und die konkreten Entscheidungen stets am Maßstab des „state of the art“ getroffen würden, vgl. in: MedR 2007, 703, 705; siehe dagegen *Schlegler/Reiter-Theil*, Ethik Med 2007, Bd. 103, 111 ff., 116.

<sup>31</sup> Überzeugend *Schreiber*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, 1984, S. 32.

<sup>32</sup> Zur Problematik näher *Duttge*, NStZ 2006, 479 ff. m.w.N.; siehe auch *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht (Fn. 26), Kap. VI, Rn. 102: Die objektiven Grenzen der ärztlichen Lebenserhaltungspflicht können „nicht allein nach medizinischen Gesichtspunkten bestimmt werden, sondern bedürfen auch normativer Kriterien. Dem Arzt ist es jedoch verwehrt, darüber zu entscheiden, ob das Leben für den Patienten noch lebenswert ist“.

zung seiner Vorgaben (Art. 20 Abs. 3 GG). Darüber hinaus mag ein Delegieren der Konkretisierungsaufgabe auch an Repräsentativorgane aus dem jeweiligen Sozialbereich zulässig sein, um schon auf der abstrakt-generellen Ebene den ärztlich-medizinischen Sachverstand nicht unberücksichtigt zu lassen (insoweit – also nicht etwa im Sinne einer autonomen Rechtsetzung – hält das BSG den Gemeinsamen Bundesausschuss für verfassungsgemäß, vgl. §§ 91 f., 135 SGB V)<sup>33</sup>; dem einzelnen Arzt kommt jedoch allein die Aufgabe zu, im jeweiligen Erkrankungsfall „die von ihm zu verantwortende Einleitung, Durchführung und Überwachung einer den Zielen des § 27 Abs. 1 SGB V gerecht werdenden [d.h. auf die medizinische Notwendigkeit bezogene] Behandlung“ sicherzustellen.<sup>34</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Standesrecht, wonach Ärzte nicht nur der Gesundheit des einzelnen Menschen, sondern „der Bevölkerung“ dienen (§ 1 Abs. 1 MBO): Dies tun sie ohnehin mittelbar durch Behandlung ihrer Patienten und unmittelbar bei ihrer Teilnahme an medizinischer Forschung; im jeweiligen therapeutischen Kontext sind jedoch die Interessen des einzelnen Patienten vorrangig und dürfen nicht einem wie auch immer bestimmten Gesamtinteresse untergeordnet werden.<sup>35</sup> Oder anders formuliert: Sache des Arztes ist die Zuwendung, nicht jedoch die Zuteilung!

Dies gilt nicht nur deshalb, weil es den im individuellen therapeutischen Pflichtengefüge stehenden ärztlichen „Treuhand“er“ notwendig überfordern müsste, wäre ihm aufgegeben, seine Therapieentscheidungen auch noch auf ihre „Effizienz“ im interpersonalen und intertherapeutischen Vergleich, d.h. letztlich mit Blick auf das gesamte Gesundheitsversorgungssystem, zu hinterfragen. Die häufig fehlende Trennschärfe beim Bestimmen dessen, was noch oder nicht mehr „medizinisch indiziert“ ist,<sup>36</sup> muss dabei notwendig zur Vermischung und Verunklarung der Kategorien, zum Verschwimmen des Entscheidungsmaßstabs und letztlich zu heillosen Gewissenskonflikten wegen der zu befürchtenden Vernachlässigung der eigentlich doch vorrangigen „Individualfürsorge“ führen, zumal auch auf Seiten des Gemeinschaftsinteresses an einer „effizienten“ und „gerechten“ Verteilung der knappen Ressourcen – jenseits der wenigen, zum Teil eher willkürlich anmutenden Setzungen des geltenden Krankenversicherungsrechts<sup>37</sup> – kein Beurteilungsmaß-

<sup>33</sup> Vgl. BSGE 81, 54, 59 ff. = NJW 1999, 805, 809; vom BVerfG bisher ausdrücklich offengelassen, vgl. BVerfG NJW 2006, 891, 893 f. m. Bspr. *Huster*, JZ 2006, 463; ein „Demokratiedefizit“ des Gemeinsamen Bundesausschusses beklagen z.B. *Butzer/Kaltenborn*, MedR 2001, 337 ff.; *Kingreen*, NJW 2006, 877, 879 f. sowie NZS 2007, 113 ff.; *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 2006, 567, 568 f.; anders dagegen *Hase*, MedR 2005, 391 ff.

<sup>34</sup> Ausdrücklich BVerfG NJW 2006, 891, 893.

<sup>35</sup> Wie hier auch unmissverständlich *Laufs*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht* (Fn. 26), Kap. I, Rn. 18.

<sup>36</sup> Eingehend *Anschütz*, *Indikation zum ärztlichen Handeln*, 1982; *Laufs*, NJW 1989, 1523 ff.; zu den „Grenzen der Indikation“ bei onkologischen Patienten näher *Hertenstein/Heil/Ganser*, *Intensivmedizin und Notfallmedizin* 2000, 469 ff.; zur Begründungsstruktur der Indikationsstellung erhellend *Gabl*, *DMW* 2005, 1155 ff.

<sup>37</sup> Siehe o. bei Fn. 18.

stab vorgegeben ist; bleibt es jedoch jedem behandelnden Arzt selbst überlassen, welche Schlüsse er aus seiner berufsrechtlichen Pflicht zum „Dienst an der Bevölkerung“ ziehen will, so entbehrt die Hoffnung auf Gleichbehandlung aller Patienten (notabene: keine Zwei- oder Mehr-Klassen-Medizin) jedweder realen Grundlage. Bekanntlich verbindet sich mit dem Anliegen der „Verteilungsgerechtigkeit“ aber ein gravierendes Bewertungs- und Messproblem,<sup>38</sup> das nur von jenem Gipfel aus, der alles zu überblicken vermag, und mit dem Anspruch auf allgemeine Beachtung nur auf der gesellschaftlichen Makroebene beantwortet werden kann. Schon deshalb müssen also dann, wenn medizinisch (noch) „sinnvolle“ (wenn gleich vielleicht nicht absolut „notwendige“) Gesundheitsleistungen aus wirtschaftlichen bzw. „Effizienz“-Gründen im Kontext der gesamten Gesundheitsversorgung nicht mehr angeboten bzw. erbracht werden sollen, auf jener den individuellen Therapieentscheidungen vorgeordneten Ebene die nötigen Verteilungsregeln aufgestellt und verantwortet werden. Eben dies verschafft dem Vorenthalten einer an sich bestehenden Behandlungsmöglichkeit erst die unverzichtbare Legitimation, derer es deshalb so dringlich bedarf, weil das Erhalten bzw. Wiederherstellen von „Gesundheit“ im Sinne einer fundamentalen Lebensbedingung erst die Möglichkeit schafft, einen Lebensplan zu verfolgen und zu diesem Zweck von den innerhalb der politischen Gemeinschaft garantierten Grundfreiheiten Gebrauch zu machen.

In der *Rawls*chen Terminologie lässt sich daher von einem „Grundgut“ sprechen, das Grundbedürfnisse *aller* Menschen<sup>39</sup> aufnimmt und deshalb als überaus wertvoll gilt, weil deren ausbleibende Befriedigung ihnen die Chance nimmt, ihre Ziele zu erreichen bzw. überhaupt nur ihren status quo zu erhalten.<sup>40</sup> Implizit liegt dem eine liberale Theorie der „sozialen Aufteilung der Verantwortlichkeiten“ zugrunde: „Die Gesellschaft – die Bürger als Kollektiv – übernimmt die Verantwortung für die Aufrechterhaltung der gleichen Grundfreiheiten und der fairen Chancengleichheit sowie dafür, *allen innerhalb dieses Rahmens einen fairen Anteil an Grundgütern zukommen zu lassen*; die Bürger als Einzelpersonen und Vereinigungen übernehmen dagegen die Verantwortung dafür, ihre Ziele und Ambitionen mit Blick auf den Anteil an allgemein dienlichen Mitteln, den sie angesichts ihrer gegenwärtigen und zukünftigen Lebensbedingungen erwarten dürfen, zu verändern und anzupassen.“ Leitend hierfür ist die „Idee, dass Bürger als freie und gleiche die Freiheit haben, ihr Leben selbst in die Hand zu nehmen, wobei alle voneinander erwart-

<sup>38</sup> Im Überblick *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, § 39 II, III: mögliche Verteilungsregeln sind das Prinzip der egalitären Gleichheit, das Beitrags- und das Bedürfnisprinzip.

<sup>39</sup> Zur Problematik des Pluralismus menschlicher Bedürfnisse und des Subjektivismus von Präferenzen in krit. Wendung gegen Rawls näher *Arrow*, in: *Journal of Philosophy* 70 (1973), 245 ff.; *Sen*, in: *Journal of Philosophy* 82 (1985), insb. 295 ff. sowie in: *Philosophy and Public Affairs* 19 (1990), 111 ff.

<sup>40</sup> Die Beschreibungen dessen, was *Rawls* als „Grundgüter“ verstanden wissen will, variieren; die hier gegebene, schon auf den hiesigen thematischen Kontext zugeschnittene Zusammenfassung lässt sich insbesondere den Erläuterungen der *Rawls*chen Vorlesung „Der Vorrang des Rechten und die Idee des Guten“ entnehmen, abgedr. in: *Politischer Liberalismus*, 2003, S. 271 ff., insb. S. 284 f. m. Fn. 20.

ten, dass sie ihre Konzeptionen des Guten dem zu erwartenden fairen Anteil an Grundgütern anpassen<sup>41</sup>. So sehr also mit Blick auf die Gesundheitsversorgung das Ziel der Gesellschaft unverrückbar ist, dass Menschen hierdurch wieder in den Stand handlungsfähiger Gesellschaftsmitglieder versetzt werden sollen,<sup>42</sup> verschafft allein das Bestehen eines „starken Verlangens“ den Menschen noch keinen Anspruch, „dass öffentliche Institutionen so eingerichtet werden, dass diese Ziele erreicht werden“: „Wünsche und Bedürfnisse als solche sind keine Gründe, wenn es um wesentliche Verfassungsinhalte und Fragen grundlegender Gerechtigkeit geht; die Tatsache, dass wir in solchen Fällen einen dringenden Wunsch haben, spricht nicht mehr für die Angemessenheit seiner Erfüllung als die Stärke einer Überzeugung für ihre Wahrheit“<sup>43</sup>. In demokratisch verfassten Gesellschaften bildet das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren das Forum solchen „öffentlichen Vernunftgebrauchs“<sup>44</sup>, in dem die wesentlichen Vorentscheidungen über Fragen der sozialen und ökonomischen Gerechtigkeit getroffen werden (müssen);<sup>45</sup> die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG<sup>46</sup> setzt einer Verlagerung der Entscheidungskompetenz auf die Ebene der Rechtsunterworfenen (der sog. „Rechtsanwender“ i.w.S.)<sup>47</sup> allen Erkenntnissen über und Bestrebungen nach eine „Flexibilisierung des Rechts“<sup>48</sup> deutliche Grenzen.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> Rawls, Politischer Liberalismus (Fn. 40), S. 285.

<sup>42</sup> Rawls nimmt an dieser Stelle (Politischer Liberalismus, S. 279 m. Fn. 14) ausdrücklich Bezug auf die ausführlich ausgebreitete Konzeption von Norman Daniels (in: Just Health Care, 1985) und zeigt damit, dass die von ihm präsentierte „Stammliste der Grundgüter“ (ebd., S. 275) nicht abschließend gemeint sein kann.

<sup>43</sup> Rawls (Fn. 40), S. 285 f.

<sup>44</sup> Ebenfalls Rawls (Fn. 40), S. 312: „Öffentliche Vernunft ist in dreierlei Hinsicht öffentlich: als Vernunft gleicher Bürger ist sie die Vernunft der Öffentlichkeit; ihr Gegenstand sind das öffentliche Wohl und Fragen grundlegender Gerechtigkeit; schließlich ist sie ihrem Wesen und ihrem Inhalt nach öffentlich, insofern ihre Ideale und Grundsätze durch die politische Gerechtigkeitskonzeption der betreffenden Gesellschaft zum Ausdruck gebracht und auf dieser Basis offen für alle erkennbar in Anspruch genommen werden“.

<sup>45</sup> Vgl. Rawls (Fn. 40), S. 331 f.; ausführlich zum sog. „Vier-Stufen-Gang“ bereits ders., Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 223 ff.

<sup>46</sup> Siehe etwa BVerfGE 40, 237, 249; 49, 89, 127; 76, 1, 75 f.; 77, 170, 230 f.; 83, 130, 152; 109, 97, 105; im hiesigen Kontext ausführlich Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000.

<sup>47</sup> Wo es an rechtlichen Vorgaben für die Verteilung knapper Güter fehlt, kann im strengen Sinne gar nicht von „Rechtsanwender“ gesprochen werden.

<sup>48</sup> Dazu näher Klappstein, in: Bäcker/Baufeld (Hrsg.), Objektivität und Flexibilität im Recht (ARSP-Beiheft Nr. 103), 2005, S. 111 ff.

<sup>49</sup> Wie hier auch Höfling/Augsberg, Zeitschrift für medizinische Ethik 2009, 45, 52: „Der Gesetzgeber darf sich seiner Verantwortung für konkrete Rationierungsentscheidungen nicht durch übermäßige Delegation [...] entziehen“.

### III. Freiraum und Grenzen legitimer Rationierung

Wenn die Erhaltung eines „Grundgutes“ aber von so hoher Wertigkeit ist: Folgt hieraus nicht, dass dem einzelnen ein unbedingter Anspruch auf maximale Leistung der Gemeinschaft zur Befriedigung dieses Grundbedürfnisses eingeräumt werden muss? In seinem „Nikolaus“-Beschluss hat das BVerfG bekanntlich einem tödlich Erkrankten (Fall von Duchenne'scher Muskeldystrophie) einen verfassungsfundierten<sup>50</sup> Anspruch auf Erstattung einer von ihm gewählten medizinischen Behandlung ohne Rücksicht auf deren Ressourcenintensität zuerkannt, sofern diese eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf eine spürbare Besserung des Krankheitsverlaufs verspreche und keine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlungsmethode zur Verfügung stehe. Hiernach gewähren die Grundrechte (scil.: Art. 2 Abs. 2 S. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG) zwar „regelmäßig keinen verfassungsrechtlichen Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen“. Die Gestaltung des Leistungsrechts habe sich jedoch an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Bürgers zu stellen. Insofern sei es denkbar, dass diese Grundrechte in besonders gelagerten Fällen die Gerichte zu einer grundrechtsorientierten Auslegung der maßgeblichen Vorschriften des Krankenversicherungsrechts verpflichten: Übernehme der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten, so gehöre die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung „zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Minimalversorgung“<sup>51</sup>.

Im Widerstreit zwischen Einzel- und Gemeinschaftsinteressen<sup>52</sup> zeigt sich hierin ein klares Bekenntnis für eine Vorrangigkeit der Individualrechte, die einem Streben nach kollektiver Nutzenmaximierung vollständig die Legitimation zu entziehen scheint. Ganz in diesem Sinne spricht etwa *Gutmann* von einem „deontologischen bias des Grundgesetzes“<sup>53</sup>, der es untersage, den einzelnen Menschen nur als „gleichwertigen Ausgangsfaktor einer Aggregation von Interessen“ im Rahmen eines übergreifenden „Gesamtinteresses“ und nicht als Träger „unhintergebarter Ansprüche auf Rücksichtnahme, Achtung und Teilhabe“ zu begreifen, ausgezeichnet mit einem „der Verrechenbarkeit entzogenen Eigenwert“. Den verfassungsrechtlichen Grundnormen des Art. 1 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG ist danach das Votum für einen deontologischen Egalitarismus inhärent, der sich in letzter Konsequenz auf Zumutbarkeitsüberlegungen zurückführen lässt: „Sobald der einem eli-

<sup>50</sup> Das BVerfG zitiert „Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und Art. 2 II S. 1 GG“.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2006, 891, 893 f.

<sup>52</sup> Treffende Charakterisierung des Problems bei *Laufs*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Fn. 26), Kap. I, Rn. 36.

<sup>53</sup> *Gutmann* (Fn. 15), S. 42.

giblen, aber nicht zum Zuge kommenden Empfänger knapper medizinischer Ressourcen zugemutete Verlust so bedeutend ist, dass er ihm nicht mehr unter dem Aspekt einer allgemeinen Hilfspflicht zugunsten des (etwa [...] unter Nutzengesichtspunkten) vorzugswürdigen Empfängers abverlangt werden kann, verlieren konsequentialistische Verteilungsmaximen ihre Legitimation<sup>54</sup>. Es handelt sich dabei also ersichtlich um einen „bedürfnissensiblen Egalitarismus“<sup>55</sup>, der auch deshalb unverzichtbar erscheint, damit einem – von *John Harris* als „double jeopardy“<sup>56</sup> bezeichneten – Grunddefekt des Prinzips quantitativer Nutzenmaximierung entgegengewirkt werden kann: „Personen, deren erwartete Nutzenfunktionen bei der Zuteilung einer medizinischen Ressource geringer wären als die anderer potentieller Empfänger, sind häufig gerade diejenigen, denen es besonders schlecht geht“; die Folge wäre also eine „Meritokratie der Glücklichen“<sup>57</sup>, in der insbesondere chronisch kranke Patienten bei der Allokation von Gesundheitsressourcen zurückgesetzt, ja letztlich dem utilitaristischen Effizienzparadigma zum Opfer gebracht würden. Die fundamentale moralische Intuition geht aber gerade umgekehrt dahin, den besonders Bedürftigen vorrangige Ansprüche auf Hilfe und Unterstützung einzuräumen, und dies wiederum aus Gründen des Respekts vor der gleichen Eigenwertigkeit eines jeden Menschen: „Ein Patient, dem eine lebenserhaltende medizinische Ressource mit der Begründung vorenthalten würde, dass diese bei einem anderen Patienten einen höheren Nutzen [...] stiften würde, könnte entgegenen, dass *für ihn* sein Leben von *gleicher* Wichtigkeit sei wie das Leben des anderen Patienten für diesen, dass er wie dieser alles verlöre und es ungerecht sei, von ihm zu verlangen, alles für ihn Wertvolle aufzugeben, nur um den Gesamtnutzen des Verteilungsakts zu maximieren; er könnte sich [...] also mit Recht beklagen, dass durch nutzenoptimierende Verteilungsmaximen seiner *für ihn* einzigartigen Existenz kein gleiches Gewicht beigemessen würde und auf einem Entscheidungsverfahren bestehen, das der Selbstzweckhaftigkeit seiner Person gerecht wird“<sup>58</sup>. Oder mit anderen Worten: Muss das gesellschaftsvertragliche Band nicht unvermeidlich reißen, wenn die Erhaltung des individuellen Lebens nicht mehr bedingungsloses Ziel aller Anstrengungen der Rechtsgemeinschaft (unter Einsatz sämtlicher vorhandenen Ressourcen) ist und dem einzelnen etwas zugemutet wird, was sich allenfalls als Akt freiwilliger Selbstaufopferung in einer Extremsituation, nicht aber als hoheitlich erzwungene Solidarität in gesellschaftlicher „Normallage“<sup>59</sup> vorstellen lässt?

---

<sup>54</sup> *Gutmann* (Fn. 15), S. 38.

<sup>55</sup> *Gutmann* (Fn. 15), S. 35.

<sup>56</sup> *Harris*, in: *Journal of Medical Ethics* 13 (1987), 117.

<sup>57</sup> *Harris*, in: *Journal of Medical Ethics* 22 (1996), 209, 210.

<sup>58</sup> *Gutmann* (Fn. 15), S. 35.

<sup>59</sup> Der immer wieder begegnende Verweis auf den „Ausnahmefall“ der Triage (dazu auch noch im weiteren Verlauf des Textes) offenbart interessante Parallelen zur Debatte des „Feindstrafrechts“, dazu statt vieler nur *Pavlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, 2008, m.w.N.

Der vor diesem Hintergrund nahe liegenden Schlussfolgerung, dass zur Lebensrettung und evtl. darüber hinaus zur Wiederherstellung und Erhaltung der „Gesundheit“ eines jeden eben kein Preis zu hoch sein dürfe, selbst wenn dies einen überproportionalen Anteil an Ressourcen verschlingt, der an anderer Stelle dann unweigerlich fehlt, ist augenfällig ein Rigorismus eigen, wie er philosophiegeschichtlich aus der *Kantschen* Moralphilosophie<sup>60</sup> und verfassungsrechtlich aus der Unantastbarkeitsformel der Menschenwürdegarantie bereits hinlänglich bekannt ist. Im Kontext etwa von notstandsähnlichen Dilemmasituationen („Leben gegen Leben“) gebietet er bekanntlich die Irrelevanz der Zahl,<sup>61</sup> was in extremen Szenarien – auf Kosten von tausenden von Menschenleben auf einem Kreuzfahrtschiff wird etwa „nur“ das Leben eines einzigen Urlaubes im Schlauchboot gerettet<sup>62</sup> – intuitiv fragwürdig zu werden droht. Seit *John Taureks* einflussreichem Aufsatz „Should the Numbers Count?“<sup>63</sup> und *Weyma Lübbes*<sup>64</sup> tiefeschürfenden Analysen des Problems liegt jedoch offen zutage, dass die auf ein quantitatives „Mehr“ abhebende Auffassung einen über Personengrenzen hinweg aggregierenden Zustand eines *allgemein* „Guten“ (eines „Gesamtnutzens“) mit entsprechendem Eigenwert postulieren muss, der die Wertigkeit der Individualinteressen und -rechte und damit letztlich die Eigenwertigkeit des je Einzelnen zwangsläufig untergräbt. Um es an jenem von *Taurek* angeführten Fallbeispiel zu verdeutlichen: Angenommen, ein tödlich erkrankter Patient könnte mit einem bestimmten – knappen und deshalb teuren – Medikament gerettet werden; dieselbe Dosis würde jedoch ausreichen, um anstelle dessen auch fünf andere Patienten zu retten. Wer hier von einer höheren Wertigkeit der höheren Zahl ausgeht, bewertet Menschen wie Holzfiguren: „Steht jemand vor der Alternative, aus einem brennenden Haus entweder (aus einem Zimmer) eine kostbare Holzfigur oder (aus einem anderen Zimmer) fünf Holzfiguren zu retten, von denen jede ebenso kostbar ist, dann wählt er das zweite Zimmer; denn die fünf Holzfiguren sind ihm fünfmal so viel wert wie die eine“<sup>65</sup>. Menschen werden jedoch in einer liberalen Rechtsgemeinschaft um ihrer selbst willen gerettet, weil dies für sie selbst von hohem Wert ist, nicht, weil sie für den Retter oder für die Gemeinschaft einen (von außen zugeschriebenen) Wert (oder „Nutzen“) darstellen: „Bei Davids Leben geht es um den Verlust *für David*, beim Leben von Peter um den Verlust *für Peter*, und so weiter; wenn man diese Verluste aufsummieren will, muss das über Personengrenzen hinweg geschehen“ – freilich: „Die Summe der Verluste ist dann niemandes Verlust. Niemand stirbt fünf Mal, wenn

---

<sup>60</sup> Zur Idee des „Absoluten“ in Angelegenheiten des „Guten“ bzw. „Richtigen“ näher *Duttge/Löwe*, in: Joerden/Byrd/Hruschka (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 14 (2006), S. 351 ff.

<sup>61</sup> Zur strafrechtlichen Debatte im Kontext des § 34 StGB siehe näher und m.w.N. *Duttge*, in: Dörling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2008, § 34, Rn. 16 ff.

<sup>62</sup> Beispiel nach *W. Lübbe*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 17, 28.

<sup>63</sup> In: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), 293 ff.

<sup>64</sup> In: *Tödliche Entscheidung: Allokation von Leben und Tod in Zwangslage*, 2004, insb. S. 124 ff.

<sup>65</sup> *W. Lübbe*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 17, 21.

fünf Menschen sterben. Weit und breit gibt es nur einzelne Menschen, die um ihr einzelnes Leben fürchten. [...] Warum sollten wir den Verlust eines Menschenlebens mit einem Verlust vergleichen, den niemand erleidet?“<sup>66</sup> *Gutmann*<sup>67</sup> hat im hiesigen Kontext ergänzend auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch verwiesen, wonach das Anliegen des Lebensschutzes stets „auf das einzelne Leben, nicht auf menschliches Leben allgemein“ bezogen werden müsse.<sup>68</sup> Für *Taurek* wie *Lübbe* folgt daraus, dass der „Gesamtnutzen“ bzw. seine Maximierung moralisch vollkommen irrelevant sei: „Die Effizienz der Gesundheitsversorgung“ – so lautet die radikale These – ist [...] kein ethisches Gebot“<sup>69</sup>.

Nimmt man diese Sichtweise beim Wort und spielt man mögliche Verteilungsszenarien im chronologischen Verlauf einmal durch, so lässt sich aber unschwer erkennen, was dies konkret bedeuten würde: Die Verteilung knapper Mittel und Ressourcen erfolgte dann de facto nach dem Prioritätsprinzip („wer zuerst kommt [...]“), gleichsam „solange der Vorrat reicht“! Die dem Prioritätskriterium eigene Natur des „Schicksalhaften“ offenbart dabei seinen Vorzug wie zugleich seinen entscheidenden Nachteil: Weil es nicht an Eigenschaften oder Verhaltensweisen der jeweils betroffenen Person anknüpft (soweit über den Zeitpunkt des Erkrankens nicht zielgerichtet disponiert wird), ist es auch nicht anfällig für mögliche Diskriminierungen; da es jedoch die Verteilung ganz in die Hände des Zufalls legt, liegt darin in der Sache die Abweisung jedweder Verantwortung für eine geregelte, nach „Fairneß“<sup>70</sup> strebende Verteilung und implizit die Aufforderung zum anarchischen Wettlauf.<sup>71</sup> Besonders deutlich wird das Ausliefern der Verantwortung an den Zufall, wenn der Bedarf nicht erst sukzessive, sondern schon in einer bestimmten Situation nicht mehr gedeckt werden kann (wie etwa in *Taureks* Beispiel) und dann auch das Prioritätskriterium versagt: Üblicherweise wird in einer solchen Konstellation das Losverfahren oder der Münzwurf empfohlen,<sup>72</sup> als ob es bei wertender Betrachtung vollkommen gleichgültig wäre, das lebenserhaltende Medikament dem schwerst Erkrankten oder einem weniger schwer betroffenen Patienten zu verabreichen. Das ist es jedenfalls dann nicht, wenn die Akutsituation des schwer Erkrankten durch das lebenserhaltende Präparat überbrückt und nachfolgend bei Auffrischung der Ressourcen beiden Patienten geholfen werden kann. Denn das gänzliche Vorenthalten des Medikaments hat im Beispielsfall eklatant unterschiedliche Auswirkungen, indem es dem schwerst Erkrankten die Chance

<sup>66</sup> *W. Lübbe*, ebd.

<sup>67</sup> In: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 31, 41.

<sup>68</sup> BVerfGE 88, 203, 252.

<sup>69</sup> *W. Lübbe*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 17, 29.

<sup>70</sup> Gleichgültig, auf welchen Verteilungskriterien beruhend.

<sup>71</sup> Man denke nur an mehr oder minder anarchische Szenarien in Fällen akuter Lebensmittelknappheit!

<sup>72</sup> Vgl. nur *W. Lübbe*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 17, 20 Fn. 2.



zum Weiterleben nimmt. Dem Anliegen der Chancengleichheit, dem sich doch auch und gerade *Taurek* verpflichtet weiß, lässt sich daher nur bei Orientierung am Maß der jeweiligen Bedürftigkeit Rechnung tragen.<sup>73</sup> Ganz in diesem Sinne sieht auch *Rawls* den mit einer „gerechten“ Gesellschaft verbundenen Anspruch auf Sorge um „jedermanns Wohl“<sup>74</sup> erst dann als erfüllt an, wenn sich soziale Ungleichheiten zum „größtmöglichen Vorteil“ der „am wenigsten Begünstigten“ auswirken (zweiter Gerechtigkeitsgrundsatz)<sup>75</sup> und bei einer Wohlstandsmehrung auch die Chancen der Benachteiligten verbessert werden (zweite Vorrangregel):<sup>76</sup> „Die Menschen im Rahmen des Grundplans der Gesellschaft als Zweck an sich selbst behandeln heißt, auf solche Vorteile zu verzichten, die nicht jedermanns Aussichten verbessern; die Menschen als Mittel behandeln heißt dagegen, den bereits Benachteiligten um anderer willen noch schlechtere Lebenschancen auferlegen“<sup>77</sup>.

Damit liegt der Grund offen zutage, der erklärt, warum jene Auffassung, welche die Effizienz der Gesundheitsversorgung ganz und gar für irrelevant erklären will, in einem entscheidenden Punkt zu kurz greift: Sie verkennt den gesellschaftlich-dynamischen Charakter der Verteilung öffentlicher Leistungen und verstellt sich in ihrer auf zeitlose, punktuelle Dilemmasituationen fokussierten Betrachtung jede Möglichkeit, die zentrale Dimension der *Vorsorge* in den Blick zu bekommen. Es wird jedoch ein jedes auf Verteilungsgerechtigkeit ausgerichtetes Gesellschaftssystem größten Wert darauf legen, dass Not- und Dilemmasituationen möglichst gar nicht erst entstehen.<sup>78</sup> Ein sparsamer, jede Verschwendung vermeidender Einsatz der Ressourcen ermöglicht es also, einer größeren Zahl von Bedürftigen effektiv zu helfen. Im vorausgegangenen Fallbeispiel des kostenträchtigen Arzneimittels<sup>79</sup> könnte der Schwerkranke also eine Missachtung seines berechtigten Interesses auf Gleichbehandlung nicht nur gegen ein Verrechnen nach Kopffzahlen geltend machen, sondern auch gegen eine mangelnde Chancengleichheit auf der Zeitschiene, d.h. bei zuvor geübter, die Knappheit evtl. erst herbeiführender übermäßiger Großzügigkeit der Medikamentengabe. Nicht ohne Grund basieren sämtliche

<sup>73</sup> Deutlich in diesem Sinne auch *Liibbes* Erläuterung, warum ein Würfel im Gegensatz zur Münze kein faires Mittel zur Entscheidung darstellt: weil es „unterschiedliche Überlebenschancen zuteilt“, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 17, 20 Fn. 2.

<sup>74</sup> *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit* (Fn. 45), S. 205.

<sup>75</sup> *Rawls*, ebd. (S. 336).

<sup>76</sup> *Rawls*, ebd. (S. 337).

<sup>77</sup> *Rawls*, ebd. (S. 206). – M.a.W. wird also keiner radikalen Umverteilung das Wort geredet, siehe auch die Erläuterung von *Braun*, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, 2001, S. 150: „Es sei daher nichts einzuwenden, dass das Einkommen einiger weniger ständig steige, wenn nur für die anderen auch etwas davon abfalle“.

<sup>78</sup> Zum „Spargrundsatz“ als zentrales Moment der Gerechtigkeit zwischen den Generationen siehe näher *Rawls*, ebd. (S. 320 ff.): „Wenn ein gerechter Spargrundsatz befolgt wird, gibt jede Generation den späteren und empfängt von den früheren“ (S. 322). – Die Bedürftigkeit bildet wiederum die Grenze, wenn sich die Frage stellt, welche „Sparrate“ von der jeweiligen Generation erwartet werden darf.

<sup>79</sup> Oben nach Fn. 64.

gerechtigkeits-theoretischen Sozialstaatsbegründungen auf dem Fürsorgegedanken, mag dieser nun eher auf die Erhaltung der biologischen Existenzbedingungen („Daseinsfürsorge“) oder stärker auf eine materiale Ermöglichung freiheitlicher Lebensführung („Freiheitsfürsorge“) gerichtet sein.<sup>80</sup> Verfassungsrechtlich kann hierin die gesellschaftliche Dimension der Menschenwürdegarantie im Sinne eines freiheitskonstitutiven Auftrags zur Ermöglichung und Bewahrung humaner Lebensbedingungen erkannt werden.<sup>81</sup> Weil dieser aber letztlich wiederum das Wohl des Einzelnen im Sinn hat, trifft ihn der Einwand illegitimen Kollektivismus nicht, oder anders gesagt, konkret auf das Problem der „Effizienz“ des Gesundheitssystems bezogen: Das Fehlen eines gesundheitspezifischen „Gesamtgutes“<sup>82</sup> steht zwar einer vom Wohl des Einzelnen abgekoppelten Eigenständigkeit und Eigenwertigkeit (angeblich) gemeinwohlorientierter Begrenzungen entgegen,<sup>83</sup> nicht jedoch einer Gemeinwohlorientierung, die ihre Berechtigung erst aus dem chancengleichen Wohlergehen aller Mitglieder der Gesellschaft bezieht.

Die unhintergehbare soziale Dimension jedweden Strebens nach *Verteilungsgerechtigkeit* erzwingt also im Falle knapper Ressourcen denknötwendig eine Begrenzung im individuellen Leistungsverhältnis, weil nur so einem jeden Mitglied der Gesellschaft, d.h. unter Einbeziehung auch der erst morgen oder übermorgen Erkrankenden, ein gleicher – „fairer“ – Anteil garantiert werden kann. Eben darin zeigt sich entsprechend seiner entstehungsgeschichtlichen Herkunft<sup>84</sup> der Grundgedanke des Sozialstaatsprinzips, der sich – auf dem Boden menschenrechtlicher Gleichheit<sup>85</sup> – als „Absage an einen egoistischen Individualismus“ und demzufolge als Bekenntnis zur gesamtgesellschaftlichen Solidarität mit gefährdeten und benachteiligten Gesellschaftsmitgliedern<sup>86</sup> kennzeichnen lässt, um deren drohende Exklusion aus der Gesellschaft abzuwenden.<sup>87</sup> Dieser übergreifende, auf die Erhaltung bzw. Wiederherstellung des „sozialen Gleichgewichts“ gerichtete Gestal-

<sup>80</sup> Dazu näher *Keriting*, Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats, 2000, insb. S. 16 ff.

<sup>81</sup> Vgl. etwa *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1, Rn. 158; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 1, Rn. 31.

<sup>82</sup> Oben bei Fn. 66.

<sup>83</sup> Diese scheidet schon daran, dass es unmöglich ist zu bestimmen, wie viel an „gesamtgesellschaftlicher Gesundheit“ (in der jeweiligen gesellschaftlichen Situation) benötigt wird.

<sup>84</sup> Als Antwort auf die soziale Frage des beginnenden Industriezeitalters, mithin zur Bewältigung einer Strukturkrise der Gesellschaft, statt vieler *Gröschner*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 2 f., 16 m.w.N.

<sup>85</sup> Siehe die Formulierung des „Rechtsprinzips schlechthin“ bei *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1. Aufl. 1992, § 124, Rn. 103: „Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Menschenwürde“.

<sup>86</sup> Vgl. *Benda*, in: ders./Maihofers/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 17, Rn. 88.

<sup>87</sup> Zu diesem Verständnis auch *Heinig*, in: ders./Bahr (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 251, 256 ff.: „Sozialstaat und Menschenwürde als Inklusionsvorkehrungen“.

tungsauftrag<sup>88</sup> intendiert jedoch kein bevormundendes Entreißen bzw. Sich-Entledigen der individuellen Verantwortung oder gar eine radikale Umverteilung in Richtung einer Egalisierung der Lebensverhältnisse; vielmehr verweist der „freiheitliche Sozialstaat“ auf ein „normatives Programm zur Schaffung und Sicherung sozialer Bedingungen individueller Freiheit“<sup>89</sup>, steht also im Dienste der unverzichtbaren Achtung und Förderung einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung (Art. 1 Abs. 1 GG) und kann deshalb in der Regel nur Chancen- und keine Ergebnisgleichheit verbürgen.<sup>90</sup> Hiervon ausgenommen ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die aus dem Sozialstaatsgedanken erwachsende Garantie eines „Existenzminimums“, d.h. der unverzichtbaren „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“<sup>91</sup>, dessen Bewahrung bzw. Herstellung eine justiziable Handlungsverpflichtung aller staatlichen Gewalt auslöst. Dieses „Existenzminimum“, in seinem Fundament bestehend aus dem physiologisch wie auch zum Führen einer „sozio-kulturellen Existenz“ Unverzichtbaren,<sup>92</sup> bildet gleichsam einen „harten Zielkern“, der „im Unterschied zu dem eine Vielzahl sozialer Postulate umfassenden sonstigen Zielbereich (dem Zielhof) nicht der Einschätzungsprerogative des demokratischen Gesetzgebers anheim gegeben ist“<sup>93</sup>. Sieht man – wofür beachtliche Gründe sprechen – diese objektiv-rechtliche Verpflichtung zugleich mit einem subjektiven Recht jedes Bedürftigen korrelierend,<sup>94</sup> so relativiert sich der gängige – mittels Verweises auf das Bestehen eines „weiten Gestaltungsspielraums“ des Gesetzgebers begründete<sup>95</sup> – Vorbehalt gegen verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche: Er greift jedenfalls dann nicht durch, wenn sich jene in Frage stehende „Existenz“-Gefährdung eines Betroffenen nur durch eine bestimmte (z.B. das einzige wirksame Medikament) oder einem eng umgrenzten Kreis zu entnehmenden Leistung abwehren lässt.

Setzt sich in solch verdichteter Gefahrenlage somit das Individualinteresse am Fortbestand der je eigenen „Existenz“ im Verhältnis zum Gemeinwohlbelang an innergesellschaftlicher Solidarität mit anderen Bedürftigen durch, so hängt zur

<sup>88</sup> *Mußgnug/Lange*, ZevKR 51 (2006), 422, 423.

<sup>89</sup> *Schnapp*, JZ 2009, 626.

<sup>90</sup> Siehe etwa *Gröschner* (Fn. 84), Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 40; ebenso bereits *R. v. Mohl*, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 2. Aufl., Bd. 1, 1844, § 1 (S. 5) und § 3 (S. 9); zuletzt eingehend: *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008; im Ergebnis auch *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Abs. 1, Rn. 98 ff., aber missverständlich auch vom Gebot des „sozialen Ausgleichs“ sprechend.

<sup>91</sup> BVerfGE 40, 121, 133; 44, 353, 357; 45, 187, 228; 82, 60, 80 und 85; 110, 412, 445 f.; krit. zur „Menschenwürde“-getränkten Terminologie: *Gröschner* (Fn. 84), Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 27.

<sup>92</sup> *Heinig* (Fn. 87), S. 270; *Mußgnug/Lange*, ZevKR 51 (2006), 422 f.

<sup>93</sup> *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 90), Art. 20 Abs. 1, Rn. 114.

<sup>94</sup> So *Heinig* (Fn. 87), S. 270; *Martínez Soria*, JZ 2005, 644, 645; *V. Neumann*, NVwZ 1995, 426, 429 f.; ausführlich *Könemann*, Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum, 2005, S. 102 ff.; *Sartorius*, Das Existenzminimum im Recht, 2000, S. 59 ff.

<sup>95</sup> Z.B. BVerfGE 59, 231, 263; 82, 60, 80; krit. *Heinig* (Fn. 90), S. 19 et passim.

näheren Erfassung der Legitimationsgrenzen einer Rationierung knapper Gesundheitsleistungen alles vom konkreten Inhalt dessen ab, was in diesem Sinne als „Existenzminimum“ gelten darf. Eine Antwort bereitet aber bekanntlich einige Schwierigkeiten; kein Geringerer als *Rawls* ist dieser Frage in seinen frühen Schriften zunächst eher ausgewichen und hat sich erst spät in seiner 1995 verfassten Einleitung zu seinem Buch „Politischer Liberalismus“ für ein im Ansatz großzügiges Verständnis ausgesprochen, wonach die insoweit zu stellenden Anforderungen „weit über die Bereitstellung von Nahrung, Kleidung und Behausung [...] hinaus(gingen)“<sup>96</sup>. Wie weit, blieb jedoch offen und hat infolgedessen einen Kritiker spotten lassen, dass „je nachdem, wo die Schwelle angesetzt wird, [...] sogar Marx mit einem solchen Standpunkt zufrieden sein“ könnte.<sup>97</sup> Aus dem zuvor skizzierten Grundverständnis freiheitsfunktionaler Sozialstaatlichkeit kann freilich im Wege einer ersten Annäherung ohne weiteres geschlossen werden, „dass eine Vollkaskoversicherung zum Nulltarif verfassungsrechtlich nicht zu haben ist und die von der Solidargemeinschaft zu finanzierenden Leistungen nicht schon [...] ressourcenblind [...] unmittelbar hinter der Grenze des Pendelschwingens beginnen“, d.h. das sozialstaatlich vorstellbare Maximum nicht zugleich das Minimum sein kann.<sup>98</sup> Damit das Bestimmen des „harten Kerns“ der Solidaritätspflicht aber nicht letztlich doch wieder einer kollektivistischen Grundhaltung preisgegeben wird, darf jedenfalls der primäre Anknüpfungspunkt zur Konkretisierung jenes „Minimums“ nicht in der „sich verändernden Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens“<sup>99</sup>, sondern allein in den jeweils „individuell gebotenen Minima“ erkannt werden.<sup>100</sup> Obgleich es eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte: Das Ausmaß der „Bedürftigkeit“ bemisst sich selbstredend nach dem jeweiligen Bedarf und mitnichten nach der augenblicklichen gesamtwirtschaftlichen Lage. Die Idee eines Existenzminimums impliziert zwar eine Standardisierung und Generalisierung („minimum standard of living“),<sup>101</sup> was näher zu konkretisieren in die primäre Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers fällt;<sup>102</sup> zugleich beansprucht der Gedanke eines nicht verhandelbaren Minimalgehalts von Sozialstaatlichkeit<sup>103</sup>, eines dem Einzelnen nicht entziehbaren (= Tabu-)Bereichs des Sich-Entfalten-Könnens<sup>104</sup> die Funktion eines „kritischen Maßstabs der Gesetzgebung“, mit dem also die auf

<sup>96</sup> *Rawls* (Fn. 40), S. 60 Fn. 36, in diesem Zusammenhang ausdrücklich auch (ohne weitere Erläuterungen) von einer „medizinischen Grundversorgung für alle Bürger“ sprechend.

<sup>97</sup> *Barber*, in: Höffe (Hrsg.), Über John Rawls` Theorie der Gerechtigkeit, 1977, S. 224, 237 Fn. 8.

<sup>98</sup> *Schnapp*, JZ 2009, 626.

<sup>99</sup> So aber *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 90), Art. 20 Abs. 1, Rn. 117.

<sup>100</sup> Dazu näher *Heinig* (Fn. 90), S. 511, 513 ff.

<sup>101</sup> Siehe etwa v. *Arnauld*, in: ders./Musil (Hrsg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009, S. 251, 257 und 260; *Leisner*, Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, 2007, S. 70 f.

<sup>102</sup> Statt vieler *Heinig* (Fn. 87), S. 271 f.

<sup>103</sup> *R. Hofmann*, in: ders./Holländer/Merli/Wiederin (Hrsg.), Armut und Verfassung, 1998, S. 3, 12.

<sup>104</sup> v. *Arnauld* (Fn. 101), S. 261 unter Verweis auf *Tugendhat*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 48, 58.

legislativer Ebene getroffenen Vorkehrungen zur Gewährleistung eines unabdingbaren „Entfaltungsminimums“ auch und gerade der sozial Schwächeren überprüft werden können.<sup>105</sup> Mag dieses sich wegen der am Ende unweigerlich individualistischen Prägung einer jeden „Bedürftigkeit“ und überdies wegen des sich sukzessive verändernden Lebensstandards einer „apodiktischen Quantifizierung“<sup>106</sup> regelmäßig (von der Abwehr akuter Lebensgefahr einmal abgesehen) entziehen, muss schon der Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner Regelungspflicht<sup>107</sup> seine Anordnungen zum Ausmaß des jeweiligen Leistungsspektrums nach dem Leitkriterium der „Bedürftigkeit“ ausrichten und in diese Richtung hin strukturieren; mit abnehmender Notwendigkeit zur Deckung des (physiologischen und soziokulturellen) Mindestbedarfs öffnet sich daher der Möglichkeitsraum zur – primär gesetzlichen und sodann auf dieser Basis auch untergesetzlichen bis hin zur einzel-fallbezogenen – Begrenzung sozialstaatlicher Leistungen.

Ein letztes Bedenken gegen den vorstehenden Begründungszusammenhang gilt es allerdings noch in den Blick zu nehmen: In Konstellationen der sog. „Triage“, d.h. der „Sortierung“ einer Vielzahl von Verletzten in Katastrophenszenarien nach Dringlichkeitskategorien als Basis für die Verteilung der knappen (personellen und materiellen) Ressourcen,<sup>108</sup> herrscht nicht – jedenfalls nicht durchgängig – bedürfnis-, sondern (auch) effizienzorientiertes Entscheiden nach Aspekten der Quantität („möglichst viele retten!“)<sup>109</sup>, sofern der Kategorie der (vorerst) nicht behandelten Unglücksopfer auch solche Personen zugeordnet werden, die bei Einsatz aller vor Ort vorhandenen Möglichkeiten durchaus hätten gerettet werden können.<sup>110</sup> Während das Unterlassen von Rettungsbemühungen bei unwiderruflich<sup>111</sup> fehlender Überlebenschance –vergleichbar also mit dem Wegfall der „medizinischen Indikation“ in Alltagsfällen – rechtlich und ethisch unproblematisch (und die evtl. ausbleibende Sterbebegleitung durch Zuwendung und Leidenslinderung wegen des höherwertigen Interesses an der Rettung anderer Verletzter gem. § 34 StGB gerechtfertigt) erscheint, ist es alles andere als trivial, Schwerverletzte

<sup>105</sup> v. *Arnauld* (Fn. 101), S. 264 f. und 291.

<sup>106</sup> *Heinig* (Fn. 87), S. 271 f.

<sup>107</sup> Siehe o. bei Fn. 46.

<sup>108</sup> *Grundlegend W. Lübbe*, *Ethik Med* 2001, Bd. 13, 148 ff.

<sup>109</sup> Statt vieler z.B. *Eberle*, in: *Lanz/Rossetti* (Hrsg.), *Katastrophenmedizin*, 1980, S. 29 ff.; *R. Kirchhoff*, in: *ders.* (Hrsg.), *Triage im Katastrophenfall. Ärztliche Sofortmaßnahmen im Katastrophengebiet*, 1994, S. 11 ff.

<sup>110</sup> Siehe etwa die von *Tscherne/Suren* formulierten Empfehlungen, abgedr. in: *Langenbecks Archiv für Chirurgie* 1979, 221 ff., die zu den zunächst wartepflichtigen, nicht zu behandelnden „Moribunden“ nicht nur „hoffnungslos Schwerverletzte ohne Überlebenschance“ zählen, sondern ebenfalls „Verletzte, deren Behandlung bei ungünstiger Prognose zu kompliziert und zeitraubend ist“ (224).

<sup>111</sup> Zu Recht wird wegen des Fehlerisikos, das einer Prognose unvermeidlich immanent ist, eine „häufige Überprüfung des Triageergebnisses hinsichtlich einer Situationsverbesserung“ angemahnt (*Tscherne/Suren*, ebd.) – nur: Kann diese in der Praxis überhaupt geleistet werden und im Falle einer erwartungswidrigen Entwicklung rechtzeitig die nötige Behandlungsaktivität nach sich ziehen? Oder bildet die erste Klassifizierung nicht doch eine weitgehend irreversible Weichenstellung?

„vorerst“ aufzugeben, deren Rettung somit nicht schlechthin aussichtslos ist. *Weyma Lübbe* hat in diesem Zusammenhang zu Recht hervorgehoben, dass die übliche Verteidigung mittels Verweises auf die Notwendigkeit eines „vernünftigen Einsatzes hochwertiger Ressourcen“ und des Vermeidens weiterer „Gefährdung von Menschenleben“ in die Irre führt, weil bei einer Verlagerung der Rettungsbemühungen ebenso ein Menschenleben (sogar akut) gefährdet wird, nämlich jenes, das sich zum „aussichtslosen Fall“ abgestempelt sehen muss, und dies trotz seiner gesteigerten Hilfsbedürftigkeit.<sup>112</sup> Dass die bloße Zahl an Geretteten selbst in einem solchen Ausnahmeszenario keinen auch nur ansatzweise tauglichen Maßstab der Orientierung zu geben vermag, verdeutlicht *Lübbe* anschaulich am Beispiel eines Schiffsunglücks: „Würde man es für richtig halten, dass [...] die Passagiere angewiesen werden, die nicht in ausreichender Menge verfügbaren Rettungsboote in der Reihenfolge ihres Körpergewichts zu besteigen (die Dicken zuletzt) – nämlich deshalb, weil dann insgesamt mehr hineinpassen?“<sup>113</sup>

Dass die besonders Bedürftigen oder sonst Schwächeren nach Möglichkeit vorrangig umsorgt werden sollen, scheint offenbar einer tief verwurzelten gemeinsamen Intuition zu entspringen, an die sich die große Mehrzahl jedenfalls so lange gebunden fühlt, wie sich die Nachteile für die eigene Person und eine evtl. Gefährdung in überschaubaren Grenzen halten (z.B. ein längeres Warten beim Arzt infolge eines Notfalls). Dieser Grundkonsens endet jedoch dort, wo die eigene Hilfs- und Versorgungsbedürftigkeit wächst, die es dem Menschen aus Gründen der eigenen vitalen Interessen nicht erlaubt, zugunsten anderer Verzicht zu üben, es sei denn, er wäre ein Heiliger oder ein Held. Die Attraktivität effizienzorientierter Zuteilung begrenzter Versorgungsleistungen hängt also – wie *Lübbe* sehr zu Recht betont – entscheidend an der Anonymität der Opfer: „Wann immer Sterbe- oder Verletzungsrisiken sich erkennbar auf individuelle Personen zuspitzen, kümmert man sich um diese Personen und nicht um die möglicherweise viel zahlreicheren anonymen Personen, die [ebenfalls, evtl. noch schneller] sterben werden“<sup>114</sup>. Weil dies, jedenfalls soweit das eigene Leben oder erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen in Frage stehen, auch von den in der konkreten Akutsituation Hilfsbedürftigen in der Regel erwartet werden dürfte, ist die zur Legitimation eines stärker „Gesamtnutzen“-orientierten Entscheidens in Anspruch genommene Figur eines „ex ante-Konsenses“<sup>115</sup> unter Bedingungen des Nichtwissens (über das eigene spätere Schicksal) nur Resultat einer normativen Zuschreibung nach den Maximen der „rational choice“: Wenn es jedoch um die eigene Existenz geht, interessiert aus Sicht des Bedrohten nicht die statistisch-rechnerische Erhöhung der Überlebenschance (infolge Ausschlusses einer anderen Patientengruppe

<sup>112</sup> *W. Lübbe*, DÄBl. 2006, A-2362, 2364.

<sup>113</sup> *W. Lübbe*, ebd. (2366).

<sup>114</sup> *W. Lübbe*, ebd. (2368).

<sup>115</sup> *W. Lübbe*, ebd. (2366); zuvor bereits *dies.*, Ethik Med 2001, Bd. 13, 148, 157 f., jedoch eine Übertragbarkeit des Gedankens auf die Alltagsmedizin bezweifelnd.

aus dem Behandlungsangebot wegen „Ineffizienz“), sondern allein das tatsächliche eigene Überleben durch möglichst sofortige Hilfe. Gegenstand eines allgemeinen Konsenses wird lediglich sein, alle Möglichkeiten genutzt zu wissen, um die wohl häufiger vorkommenden Falschzuschreibungen von in Wahrheit nicht kritisch Verletzten (was sich gefahrerhöhend für die lebensgefährlich Getroffenen auswirkt)<sup>116</sup> zu vermeiden. Denn auch im Rahmen eines Katastrophenszenarios verdienen Schwerverletzte – soweit nicht gänzlich ohne Überlebenschance – die vorrangige Sorge der Rettungskräfte und nicht tatenloses Zusehen beim Sterben.

#### IV. Bewertung ausgewählter Rationierungskonzepte

Auf diesem gesicherten rechtsgrundsätzlichen Fundament können nun die verschiedenen, in der aktuellen Debatte kontrovers verhandelten Konzepte zur effizienteren Verteilung knapper Gesundheitsleistungen näher in den Blick genommen werden. Sie lassen sich im Wesentlichen danach unterteilen, in wessen Hände sie die Verantwortung für jene letztendlich sich begrenzend auswirkenden Entscheidungen legen: Entsprechende Interventionen sind nicht nur auf der Mikroebene (im individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis), sondern schon vorgeordnet auf der Meso- (Krankenhausverwaltung) oder – medizinextern – auf der Makroebene (= globale Haushaltsplanung, gesetzliche Leistungsausschlüsse, Leitlinien) vorstellbar. Um die bei solcher Versagung „an sich“ verfüg- oder beschaffbarer Ressourcen sich aufdrängenden Legitimationszweifel wenigstens abzumildern, wird teilweise auch eine Übertragung der Verantwortung auf den einzelnen Patienten durch Einräumung einer antizipierten Wahlmöglichkeit („Versicherungslösung“) befürwortet.

##### 1. Begriffe

In diesem Lichte zeigt sich aber zugleich, dass nur auf der Basis eines weiten, wertneutralen Begriffsverständnisses von „Rationierung“ die gesamte Dimension der Problematik überhaupt erfasst und eine rationale Debatte über legitimierbare Grenzziehungen geführt werden kann. Bei einer von vornherein – allein auf den Begriff bezogen ohne Rücksicht auf die möglichen Gründe hierfür – negativ konnotierten Sinndeutung bestünde dagegen die Gefahr versteckter Wertentscheidungen oder Tautologien unter dem breiten Mantel eines Tabus. Wie insbesondere *Zimmermann-Acklin*<sup>117</sup> nachdrücklich betont hat, verlangt das wissenschaftlich-

---

<sup>116</sup> Vgl. die Ergebnisse einer Metaanalyse, berichtet von *Beck u.a.*, Notfall- und Rettungsmedizin, 2005, 466 ff.

<sup>117</sup> Zuletzt in seinem Göttinger Vortrag am 31.10.2009 zum Thema „Altersrationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen“ anlässlich der Tagung: „Medikalisierung des Alterns – Gerontologisierung der Medizin?“, veranstaltet von der Abteilung Ethik und Geschichte der Medizin am Universitätsklinikum Göttingen.

ethische Gebot der Rationalität ebenso wie der Gedanke der demokratischen Legitimation die Transparenz und Prüfbarkeit möglicher Verbotsgründe auf ihre Überzeugungskraft hin und damit methodisch, dass nicht die Bewertung dem jeweiligen Lösungsvorschlag vorausgeht („Rationierung“ als politischer Kampfbegriff), sondern nachfolgt. In diesem Sinne geht es also im hiesigen Kontext stets um das Vorenthalten notwendiger oder auch nur nützlicher medizinischer Leistungen oder um das Begrenzen des Zugangs zu denselben für bestimmte Patientengruppen aus ökonomischen Gründen oder wegen einer anders bedingten Ressourcenknappheit.<sup>118</sup> Dieses Vorenthalten von Gesundheitsleistungen, auf deren Gewähr die Versicherten nach der Grundregel des § 27 SGB V „eigentlich“ einen Rechtsanspruch haben,<sup>119</sup> kann auf verschiedene Weise erfolgen: Entweder unmittelbar und zielgerichtet im individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis, erst mittelbar wirkend (aber ebenfalls ohne weiteres erwartbar) bei expliziten Leistungsausschlüssen auf gesetzlicher oder sonst vorgeordneter Ebene oder lediglich unbeabsichtigt in Kauf genommen auf der Planungsebene als nicht auszuschließende Möglichkeit bei einer generalisierenden „Deckelung“ der einsetzbaren Ressourcen, sei es etwa durch Festlegung personen- oder fallbezogener Gesamtbudgets oder einer Vor- bzw. Nachrangigkeit der Mittel-/Methodenwahl. Auch wenn letzteres motiviert ist durch das Ziel des Ausschöpfens vermuteter Effizienzressourcen ohne nachteilige Wirkungen in der Gesundheitsversorgung („Rationalisierung“),<sup>120</sup> dürfen die Augen nicht vor der Erkenntnis verschlossen werden, dass jeder generalisierenden Festsetzung von Leistungsgrenzen denknotwendig die Möglichkeit eines rationierenden Effekts immanent ist. Die fehlende Intention hierzu lässt es sinnvoll erscheinen, begrifflich auf die Verwendung weniger Anstoß erregender Bezeichnungen wie „Budgetierung“<sup>121</sup> oder „Priorisierung“<sup>122</sup> Wert zu legen; in der Sache bleibt jedoch ein Zurückbleiben des Leistungsangebots<sup>123</sup> auch dann rechtferti-

<sup>118</sup> Gosepath, in: Nationaler Ethikrat (Fn. 19), S. 19, 30; Zimmermann-Acklin, DMW 2005, 2343, 2345, unter Bezugnahme auf Ubel, Pricing Life. Why it's time for Health Care Rationing, 2000.

<sup>119</sup> So das Begriffsverständnis von Neumann, NZS 2005, 617, 618.

<sup>120</sup> So z.B. die Begründung zum Entwurf des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes 2003/04, vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 1: „[...] Deshalb müssen die vorhandenen Mittel effizienter eingesetzt und die Qualität der medizinischen Versorgung deutlich gesteigert werden. [...] Eine Lösung des Problems durch Rationierung von Leistungen zu Lasten von Patientinnen und Patienten wird parteiübergreifend strikt abgelehnt.“

<sup>121</sup> Mit Nachdruck Neumann, NZS 2005, 617, 619: „Budgetierungen sind keine Rationierung“; unmittelbar darauf muss er jedoch einräumen: „Damit wird nicht die Möglichkeit bestritten, dass Budgetierungen einmal zu Rationierungen führen können“.

<sup>122</sup> Ebenfalls im Sinne eines vermeintlichen Gegensatzes die Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer vom September 2007, S. 3: „Die Priorisierung medizinischer Leistungen und Indikationen ist nicht zu verwechseln mit ihrer tatsächlichen Rationierung [...]; Priorisierung als solche führt nicht zwangsläufig zu Rationierung“; ähnlich Fuchs/Nagel/Raspe, DÄBl. 2009, A-554 ff.

<sup>123</sup> Notabene: Wer von „Priorisierung“ spricht, müsste ehrlicherweise im gleichen Atemzug auch die „Posterisierung“ nennen.



gungsbedürftig, wenn es nicht zielgerichtet, sondern „nur“ als Begleiteffekt einer anders motivierten Maßnahme eintritt.

## 2. „Sparen auf Planungsebene“

Wenn sich dem Verteilungsproblem ohnehin nicht ausweichen lässt, weil die stetig anwachsende Nachfrage (nicht selten erst durch neue, innovative Methoden oder neue Arzneimittel hervorgerufen)<sup>124</sup> nicht unbegrenzt durch fortlaufende Steigerung des zur Verfügung stehenden Gesamtbudgets befriedigt werden kann (auch weil die nur begrenzt vorhandenen finanziellen Mittel noch für andere gesellschaftlich bedeutsame Anliegen benötigt werden), liegt es nahe, zur Vermeidung unerträglicher Gewissenskonflikte nicht auf der untersten Verteilungs-, sondern auf der übergeordneten Planungsebene anzusetzen: „Statistische versus individuelle Menschenleben“, so lautet die Devise, die es nahelegen soll, eine Lösung paradoxerweise in einer mehr oder weniger weitreichenden Beschränkung der vorhandenen Mittel zu suchen, weil dies – so das zentrale Argument – „keine konkreten Patienten“ treffe, sondern „lediglich die Wahrscheinlichkeit eines frühzeitigen Todes für alle Bundesbürger erhöhen“ würde.<sup>125</sup> An einem Beispiel des Dortmunder Ökonomen *Krämer* verdeutlicht: „Angenommen, ein Schiff ist in Seenot; es steht außer Frage, dass zur Rettung der bedrohten Besatzung alles Menschenmögliche zu unternehmen ist. [...] Heißt das aber, dass wir in jedem Nordseehafen zehn Seenotrettungskreuzer stationieren müssen?“<sup>126</sup>

Also wieder zurück in jene („gute alte“) Zeit, in der es noch keinen Computer- oder Kernspintomographen, dafür aber Chemotherapien gab, bei denen im ungünstig verlaufenen Fall nicht mehr klar war, ob der Patient nicht eher hieran als an seiner Tumorerkrankung verstorben ist? Also: Schluss mit den hehren Bemühungen um eine hochtechnisierte Medizin und mit der inzwischen bizarre Blüten tragenden Sorge um bessere Medikamente gegen Psoriasis und Neurodermitis, an der wenigstens 10 bis 15 % aller Vorschulkinder in Europa leiden?<sup>127</sup> Und: Keine Anstrengungen mehr zur Beförderung der Organtransplantation, die doch – „Nutzen“-orientiert – ohnehin nur eine „Aufenthaltsverlängerung“ von meist überschaubarer Dauer bewirke?<sup>128</sup> Aus ökonomischer Perspektive mag die Gesundheitsprävention in der Tat ein „Verlustgeschäft“ sein, weil etwa die Gesundheitskosten im Falle eines totalen Rauchverbots nicht sinken, sondern langfristig (infolge der gewonnenen zusätzlichen Lebensjahre) wohl sogar steigen würden;<sup>129</sup> hat

<sup>124</sup> Vgl. *Krämer*, in: Nationaler Ethikrat (Fn. 19), S. 35, 37: „Was nicht existiert, das kostet auch nichts“.

<sup>125</sup> *Krämer*, in: Nationaler Ethikrat (Fn. 19), S. 35, 42.

<sup>126</sup> *Krämer*, ebd.

<sup>127</sup> Siehe den Bericht in: F.A.S. v. 27.10.2009, S. 55.

<sup>128</sup> *Krämer*, in: Nationaler Ethikrat (Fn. 19), S. 35, 39.

<sup>129</sup> So ausdrücklich die Argumentation bei *Krämer* (ebd.), S. 35, 40 f.: „Irrweg Prävention“.

die dadurch erzielte Erhöhung der allgemeinen Lebenserwartung aber überhaupt keinen Wert? Aus Sicht einer auf das Wohl des einzelnen ausgerichteten Rechts- und Gesellschaftsordnung ist es schlechterdings inakzeptabel, das Bemühen um Verbesserung und Ausweitung der medizinischen Versorgung und einer bestmöglichen finanziellen Ausstattung des Gesundheitssystems wertungsmäßig als irrelevant oder gar als schädlich anzusehen, auf dass es künftig wie in Großbritannien weit weniger Nierenkranke gebe: „nicht etwa, weil in Großbritannien die Erkrankung seltener auftritt, sondern weil dort viel seltener als hierzulande ein Nierenkranke seinen 60. Geburtstag überlebt“<sup>130</sup>. Die Einzigartigkeit von „Gesundheit“ und „Leben“ verpflichtet den sozialen Rechtsstaat nicht nur zur Achtung, sondern auch zum Schutz dieser Rechtsgüter vor drohenden Gefahren jedenfalls in einem gewissen Mindestmaß,<sup>131</sup> der bestmöglich nur dann zu gewähren ist, wenn auch eine entsprechende Vorsorge geleistet wird. Es stellt daher einen Trugschluss dar zu glauben, es mache sich nur „schuldig“ (i.w.S.), wer in der konkreten Akutsituation einem Bedürftigen nicht hilft, nicht aber jene, die auf vorgeordneter Ebene die Bereitstellung der nötigen Mittel verweigern.<sup>132</sup> Davon abgesehen bleibt der vorstehende Vorschlag jedwede Antwort schuldig auf die eigentlich zentrale Frage, nach welchen Kriterien durch welche Personen oder Institutionen die verknappten Ressourcen letztlich verteilt werden sollen. Diese Frage erübrigt sich erst dann, wenn es gar nichts mehr zu verteilen gibt! Mit anderen Worten ändert die Idee einer künstlich herbeigeführten weiteren Verknappung nichts am bestehenden System einer impliziten Rationierung.

### 3. Kostensensible Leitlinien (KSLL)

Anders liegt es, wenn bereits auf vorgeordneter Ebene die Entscheidung über die Nichtzuteilung bestimmter Gesundheitsleistungen oder Arzneimittel fällt. Diesem Gedanken folgend, gleichsam nach dem Vorbild der stets auf jeweils einzelne Behandlungsmethoden bzw. den „Nutzen“ eines einzelnen Präparats bezogene Richtlinienbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses (unter Inanspruchnahme der gutachtlichen Bewertungen des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen, vgl. §§ 35 b, 92, 139 a Abs. 3 SGB V)<sup>133</sup>, strebt ein vom BMBF geförderter Forschungsverbund „Allokation“ die Erarbeitung sog. „kostensensibler Leitlinien“ als Instrument einer expliziten Zuteilung knapper Gesundheitsleistungen an. In ihrer grundsätzlichen Zielrichtung sollen diese Leitlinien nach dem

<sup>130</sup> Krämer, ebd., S. 39.

<sup>131</sup> Verfassungsrechtlich besteht bei allem Zugeständnis eines gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums ein sog. „Untermaßverbot“, vgl. BVerfGE 88, 203, 254 f., 304; 96, 409, 412.

<sup>132</sup> An einem aktuellen Beispiel aus anderem thematischen Kontext verdeutlicht: Ist für den erhöhten Anteil an gefallenen Bundeswehrosoldaten nicht verantwortlich, wer diese mit defizitärer Ausrüstung und Bewaffnung nach Afghanistan schickt?

<sup>133</sup> Zum defizitären Charakter dieser Vorgehensweise näher *Raspe*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 107, 118 f.

Selbstverständnis der Verantwortlichen<sup>134</sup> die Indikationen für medizinische Maßnahmen auf diejenigen Patienten begrenzen, „die am meisten von ihnen profitieren“. Zu diesem Zweck gelte es in einem ersten Schritt, Patienten-Subgruppen zu identifizieren, die in unterschiedlichem Ausmaß von den jeweiligen Gesundheitsleistungen einen „Nutzen“ davontragen. In einem zweiten Schritt müsse sodann die „Kosteneffektivität“ für die verschiedenen Subgruppen bestimmt werden. Überschreite das Verhältnis von Kosten und Nutzen für den jeweiligen Angehörigen einer Patienten-Subgruppe innerhalb einer Behandlungsmethode einen bestimmten Grenzwert, so werde die jeweilige Maßnahme nicht mehr von der GKV finanziert und der Patient auf die nächstgünstigere Methode verwiesen.<sup>135</sup>

Bedenklich stimmt hieran nicht nur die Vermischung des ökonomischen Aspekts mit der Frage der Indikationsstellung (mit evtl. weitreichenden Rückwirkungen auf das alltägliche Arzt-Patienten-Verhältnis),<sup>136</sup> sondern der damit zugleich einhergehende – direkte – Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit<sup>137</sup>, was fortbestehende Friktionen mit dem ärztlichen Selbstverständnis vorprogrammiert erscheinen lässt.<sup>138</sup> Darüber hinaus fragt sich natürlich vor allem, anhand welcher Kriterien und nach welchem Maßstab denn die gesuchte „Kosteneffektivität“ konkret errechnet werden soll<sup>139</sup>. Bekanntlich werfen Kosten-Nutzen-Analysen eine Reihe von methodischen sowie Meßproblemen auf; als Stichworte seien nur der „Nutzen“-Begriff, die Standardisierung der Kostenerfassung, die Einbeziehung des gesamten Krankheitsprozesses, die fragliche Compliance oder die Frage genannt, ob sich die ökonomische Bewertung auf die jeweilige Indikation beziehen oder aber indikationsübergreifend erfolgen soll.<sup>140</sup> Soweit die Konkretisierung des „Nutzens“ mittels standardisierter Zuschreibungen erfolgt, operieren die beiden

---

<sup>134</sup> Zum Folgenden siehe die – knappen – Informationen auf der Webseite: [www.ieg.m.uni-tuebingen.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=53&Itemid=172](http://www.ieg.m.uni-tuebingen.de/index.php?option=com_content&task=view&id=53&Itemid=172) <aufgerufen am: 11.11.2009>; weiterführend *Eccles/Mason*, in: Health Technology Assessment 2001, 1 ff.

<sup>135</sup> Mittlerweile wurden zwei Leitlinien näher entworfen und diskutiert: Beschichtete Stents kämen danach nur bei Patienten mit speziellen Risikofaktoren zum Einsatz, Defibrillatoren nur unterhalb einer bestimmten Pumpleistung des Herzens, vgl. den Bericht in: MedEcon v. 07.09.2009.

<sup>136</sup> Zu Recht abl. zu einer Vermischung der Futility- mit der Rationierungsdebatte: *Schöne-Seifert*, in: Nationaler Ethikrat (Fn. 19), S. 67, 68: *Zimmermann-Acklin*, DMW 2005, 2343, 2345.

<sup>137</sup> Ungeachtet der bisher unbeantworteten Frage nach der beabsichtigten Rechtsform und der dieser folgenden Verbindlichkeit der KSL, stellt es auch dann einen Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit dar, wenn es sich „nur“ um eine Empfehlung handeln würde, denn jeder Empfehlung ist eine positive Bewertung im Sinne eines als vorzugswürdig Ausgezeichneten immanent, was zugleich andere Methoden in den Hintergrund drängt.

<sup>138</sup> Siehe dazu auch die ambivalenten Resultate einer Befragungsstudie, berichtet in: *Strech/Freyer u.a.*, Gesundheitsökonomie und Qualitätsmanagement, 2009, 38 ff.

<sup>139</sup> Leerformelhaft wird stets dargelegt, dass auf der Grundlage einer Literaturrecherche die empirische Evidenz zu Effektivität und Kosten-Effektivität analysiert, einschlägige national und internationale Leitlinien und Versorgungsstandards identifiziert, gesammelt und auf bereits enthaltene Kostenerwägungen untersucht werden, vgl. [www.ieg.m.uni-tuebingen.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=45&Itemid=173](http://www.ieg.m.uni-tuebingen.de/index.php?option=com_content&task=view&id=45&Itemid=173) <aufgerufen am: 11.11.2009>.

<sup>140</sup> Näher z.B. *Briggenjürgen/Willich* u.a., DÄBl. 2009, A-78 ff.

gängigen Methoden mit den Kriterien „Lebensjahre“ und „Lebensqualität“, sei es durch aggregative Maximierung von „Quality-Adjusted-Life-Years“ (*QALYs*) oder durch aggregative Minimierung von „Disability-Adjusted-Life-Years“ (*DALYs*). Letztere macht sich jedoch stark von der sozialen Bewertungsperspektive (was gilt als „Behinderung“?) und evtl. gar von Vorstellungen einer Art sozialen „Nützlichkeit“ abhängig und ist daher rechtsethisch überaus fragwürdig.<sup>141</sup> Die vollständige Gleichbewertung eines jeden gewonnenen Lebensjahres, sei es das eines Kindes oder eines 80-Jährigen,<sup>142</sup> dürfte jedoch hinsichtlich der unterschiedlichen Lebensqualität und Lebensperspektive ganz und gar an der Realität vorbeigehen, und die dadurch veranlasste Gruppenbildung an den Besonderheiten der jeweils individuellen Entwicklung, die sich einer vollständigen Generalisierung verschließt: Denn mitunter zeigt sich ein 80-Jähriger in einem weit besseren Gesundheitszustand als ein 60-Jähriger. Schon deshalb kann eine auf das kalendarische<sup>143</sup> Lebensalter bezogene Ressourcenbegrenzung, d.h. eine sog. „Altersrationierung“, wie sie in den USA, in Großbritannien und der Schweiz bereits mehr oder minder transparent praktiziert wird,<sup>144</sup> nur als vollkommen sachwidrig und unfair aufgefasst werden, ganz abgesehen von dem weiteren Umstand, dass mit ihr bei Überschreiten eines bestimmten Datums unvermeidlich eine Abwertung menschlichen Lebens mit Blick auf die nur noch reduzierte Lebensperspektive einhergeht („lohnt sich nicht mehr“), die dem fundamentalen Existenzrecht eines jeden Menschen (Art. 2 Abs. 2, 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; siehe auch Art. 21, 25 der EU-Grundrechtecharta: „Recht älterer Menschen auf ein [...] Leben“) diametral zuwiderläuft.<sup>145</sup> Geht man dementsprechend davon aus, dass die gesundheitsbezogene „Lebensqualität“ und allgemein die Frage des „Nutzens“ letztlich allein nach den individuellen Besonderheiten beim jeweiligen Patienten, ggf. erst unter Einholung einer subjektiven Selbsteinschätzung beurteilt werden kann, so erfolgt die Entscheidung über den Einsatz kostenintensiver Mittel aber nicht mehr auf der vorgeordneten, sondern auf der Ebene des individuellen Arzt-Patienten-Verhältnisses.

<sup>141</sup> Dazu näher *Brock*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 183, 189 ff., der eindrucksvoll die Diskriminierungsgefahr bei Bewertungen aus „Nicht-Behinderten-Perspektive“ beleuchtet.

<sup>142</sup> Vgl. *Brock*, ebd.

<sup>143</sup> Nur dieses ist objektiv messbar, vgl. *Breyer*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 149, 157.

<sup>144</sup> Z.B. *Brunner*, Schweizerische Ärztezeitschrift 1998, 292 ff.; *Kapp*, Journal of Legal Medicine 1998, 323 ff. (USA); *Shaw*, Journal of Medical Ethics 1994, 188 ff. (GB).

<sup>145</sup> Da mit dem Lebensalter an ein personenbezogenes Kriterium angeknüpft wird, bewirkt es entgegen *Huster* (in: Alexy [Hrsg.], Juristische Grundlagenforschung, ARSP-Beiheft Nr. 104, 2005, S. 202, 206 ff.) mit Blick auf die fundamentale Gleichheit aller Rechtssubjekte sehr wohl eine Diskriminierung, wie hier auch *Gethmann u.a.*, Gesundheit nach Maß?, 2004, S. 157 f.; *Heinig* (Fn. 87), S. 291: „Einwand der Verfassungswidrigkeit [...] ist zweifelsohne zutreffend“; *Kirchhof*, in: Stimmen der Zeit 2004, S. 3, 11 ff.; *Lachmann/Meuter*, Medizinische Gerechtigkeit, 1997, S. 210 ff.; *Taupütz*, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 86, 101; *ders.*, in: Breyer/Kliemt/Thiele (Hrsg.), Rationing in Medicine, 2002, S. 87, 90; *ders.*, in: Dietrich/Imhoff/Kliemt (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin, 2004, S. 262, 281 ff.; *Uhlenbruck*, MedR 1995, 427, 433.

Eine Richtlinie kann diese individualisierende Beurteilung lediglich pauschal ermöglichen und das Ausfüllen dieser Vorgabe der Einschätzung des jeweiligen Arztes überlassen;<sup>146</sup> der Weg zu einer „kostensensiblen“ Weichenstellung auf Makroebene ist dann jedoch versperrt.

Einer generalisierenden Grenzziehung gleichsam „top-down“ steht schließlich nicht weniger auch das schier unlösbare Abwägungsproblem im Verhältnis von „Kosten“ und „Nutzen“ entgegen. Um es anhand eines Beispiels näher zu veranschaulichen, das *Dan Brock*, Bioethiker an der Harvard Medical School, in die Debatte eingeführt hat:<sup>147</sup> Angenommen, die Patienten der Gruppe A leiden an einer schweren Erkrankung, sodass ihr Gesundheitsstatus, am Health Utilities Index<sup>148</sup> gemessen, mit der Kennziffer von 0,25 einigermaßen schlecht bewertet ist. Wenn dieser Zustand mit der besten aller vorhandenen Behandlungsmethoden lediglich auf maximal 0,45 verbessert werden kann, so handelt es sich um keine besonders aussichtsreiche – „effektive“ – Option. Weiter angenommen, eine ähnliche Gruppe von Patienten (B) ist weniger schwer erkrankt („Gesundheitsnutzwert“ von 0,6) und darf auf eine wesentlich besser wirkende (gleich kostspielige) Behandlung rechnen, die ihren Zustand auf ein hohes Niveau (0,9) heben wird. Die Frage lautet nun schlicht: Sollen wir aus Gründen knapper Ressourcen innerhalb des Gesundheitssystems im Ganzen einer Behandlung der Gruppe B Priorität einräumen, weil dies bei gleichen Kosten in Ansehung der absoluten Steigerung einen um 50 % höheren „Gesamtnutzen“ erbringen würde, und damit die wesentlich Kränkeren der Gruppe A unversorgt lassen? Es ist unschwer abzusehen, dass eine solche Vorgehensweise von Patienten wie Ärzten weit mehrheitlich als inakzeptabel angesehen würde. Der Grund hierfür liegt offensichtlich in der besonderen Hilfsbedürftigkeit schwer Erkrankter und einem daraus abgeleiteten *Recht* auf Erlangung der lebenserhaltenden Versorgung sowie – zugleich – in der Annahme, dass eine evtl. wirksamere Behandlung anderer Patienten(gruppen) keinen Sachgrund darstellt, um diesen Patienten eine grundsätzlich vorhandene, nicht von vornherein wirkungslose Therapie vorzuenthalten. Daran kann auch der Kostenfaktor nichts ändern, weil der intrinsische Charakter des auf dem Spiele stehenden Rechtsguts einer Quantifizierung generell nicht zugänglich ist. Das zeigen in aller Deutlichkeit dahingehende Festlegungen, denen übersehbar ihre Willkürlichkeit auf die Stirn geschrieben steht wie etwa in Großbritannien, das jedes weitere Lebensjahr mit einem „Wert“ von 30.000 £ (derzeit umgerechnet ca. 33.000 Euro) beziffert.<sup>149</sup> Das Beispiel Oregons<sup>150</sup> illustriert überdies, dass eine Orientierung an der Kosteneffektivität überdies konsequenterweise indikationsübergreifend mit behandlungs-

---

<sup>146</sup> Deutlich *Bayerl/Friedrich/Woblgemuth*, DÄBl. 2009, A-820 ff.

<sup>147</sup> Zum Folgenden: *Brock*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 183, 199 ff.

<sup>148</sup> Eine spezifische Version von Lebensqualitäts-Fragebogen, dazu näher *Schöffski/Emmert*, in: Schöffski/Schulenburg (Hrsg.), Gesundheitsökonomische Evaluationen, 3. Aufl. 2007, S. 415 ff.

<sup>149</sup> Vgl. *Boldt/Schöllhorn*, *Der Anaesthetist* 2008, 1075, 1080 m.w.N.

<sup>150</sup> Zum „Oregon Health Plan“ näher *Marckmann/Siebert*, *DMW* 2002, 1601 ff.

methodenübergreifenden Effizienzbewertungen zu erfolgen hätte, was eine Vielzahl weiterer konstraintuitiver Folgen nach sich zöge – noch einmal mit *Dan Brock*: „Im Oregon Medicaid-Programm kam dem Überkronen freiliegender Zahnhälse eine knapp höhere Priorität zu als einer Appendektomie<sup>151</sup> bei akuter Appendizitis<sup>152</sup> – einer potentiell lebensbedrohlichen Erkrankung. Weil eine Appendektomie etwa 150 mal so teuer ist wie die Überkronung eines Zahnes, war der aggregierte Nutzen der Zahnkronen für 150 Patienten als größer beurteilt worden als der Nutzen einer Appendektomie für einen einzelnen Patienten. [...] So hätte es also – abhängig von den dem Medicaid-Programm zur Verfügung stehenden Ressourcen – dazu kommen können, dass Zahnkronen, nicht jedoch Appendektomien bezahlt worden wären“<sup>153</sup>. Mit einer auf die individuelle Bedürftigkeit abhebenden Betrachtungsweise<sup>154</sup> lässt sich eine solche, ausschließlich auf die übergreifende Effizienz abhebende Zuteilung, beim besten Willen nicht mehr vereinbaren.

Es ist offensichtlich unfair, solche Abwägungen und Vorrangentscheidungen (mit potentiell schädigender Folge) fern von den individuellen Gegebenheiten beim konkreten Patienten und ohne Rücksicht auf seine Bedürfnisse und Präferenzen exekutieren zu lassen. Bezieht man allerdings stärker die individuelle Befindlichkeit des einzelnen Patienten und seine subjektive Einschätzung der eigenen Lebensqualität zwecks Festlegung „individueller Prioritäten“ ein, wie es das moderne Idealbild von der „individualisierten Medizin“<sup>155</sup> doch eigentlich nahelegen scheint, so dürfte dies zwar die Behandlungsqualität erhöhen, aber wohl kaum kostendämpfend wirken.<sup>156</sup> Der Grund liegt auf der Hand: Wer wird im Zustand einer nicht nur bagatellartigen gesundheitlichen Beeinträchtigung schon freiwillig auf Behandlungsoptionen verzichten wollen, wenn diese zumindest die Möglichkeit einer Besserung erhoffen lassen? Im Übrigen dürfte diese im Zweifel stets auf Vornahme einer medizinischen Intervention gerichtete Präferenz vom Ausmaß an erhoffter Lebenserwartung und Lebensqualität ganz unabhängig sein – denn: „Die Stärke meines Wunsches, nicht morgen sterben zu wollen, hängt nicht davon ab, ob ich sonst in fünf oder in zehn Jahren sterben würde“<sup>157</sup>; eher wird man umgekehrt annehmen dürfen, dass der subjektive Wert der verbleibenden Lebensspanne mit ihrer zunehmenden Verkürzung tendenziell sogar noch steigt, solange das Leben aus der Warte des individuellen Patienten noch ansatzweise „lebens-

<sup>151</sup> Blinddarmoperation.

<sup>152</sup> Blinddarmentzündung.

<sup>153</sup> *Brock*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 183, 203.

<sup>154</sup> Dazu grundlegend o. III.

<sup>155</sup> Siehe dazu näher *Knoepffler*, in: Förstl/Neumayer/Wolf (Hrsg.), *Patientenorientierte Therapieprinzipien*, 2006, S. 129 ff.; weiterhin die Beiträge in: Hüsing u.a. (Hrsg.), *Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem. Zukunftsreport*, 2008; vgl. weiterhin das öffentliche Fachgespräch des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung des Deutschen Bundestages vom 27.05.2009 (abrufbar unter: [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de) <aufgerufen am: 11.11.2009>).

<sup>156</sup> So ausdrücklich auch *Bayerl/Friedrich/Wohlgenuth*, DÄBl. 2009, A-820 ff.

<sup>157</sup> *Gutmann*, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 15), S. 34.

wert“ erscheint. Und seinen beeinträchtigten oder gar akut gefährdeten körperlichen Zustand möglichst zu verbessern, wird dem Patienten ein dringliches Anliegen ganz unabhängig davon sein, wie weit sich seine Lebensqualität voraussichtlich noch erhöhen lässt. Oder mit den Worten *Gutmanns*: „Die Intensität des Wunsches eines Patienten, eine bestimmte medizinische Ressource zugeteilt zu erhalten, dürfte sich in aller Regel danach bemessen, wie dringend er sie benötigt (oder zu benötigen glaubt)“<sup>158</sup>. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich auf dem Boden eines präferenzutilitaristischen Ansatzes<sup>159</sup> nicht nur wiederum das schon an früherer Stelle ermittelte Leitkriterium der (gleichen) Bedürftigkeit („bedürfnissensibler Egalitarismus“)<sup>160</sup>, sondern lässt sich ebenso erkennen, warum der „Gesundheitsutilitarismus gleichsam nur mit halber Mannschaft antreten kann“<sup>161</sup>: Darin zeigt sich nochmals die ihm eigene Verabsolutierung des Kollektivinteresses zu Lasten des individuellen Patientenwohls, mit der er selbst das rechtsethische Urteil über sich fällt.

#### 4. Versicherungslösung

Die Relevanz der individuellen Präferenzen muss allerdings nicht denkbare Knappheit einem sparsameren Einsatz knapper Ressourcen zuwiderlaufen: Das steht nur dann zu erwarten, wenn selbige in der jeweiligen Akutsituation abgefragt werden, weil dann ein jeder sich selbst der Nächste ist. Verlagert man die Entscheidung des Patienten jedoch ins Vorfeld und überantwortet ihm die Aufgabe, selbst über den Umfang der von ihm gewünschten Gesundheitsleistungen zu disponieren, so ist ein nachfolgendes Vorenthalten von Behandlungsoptionen allem Anschein nach nicht mehr heteronom erzwungen, sondern Resultat einer „autonomen“ Präferenzentscheidung. Diese „freiheitliche Alternative“ ließe sich dabei als unmittelbar anschlussfähig begreifen mit Blick auf das sonstige Konsumverhalten der Bevölkerung, bei dem sich jeder Bürger ebenfalls stets entscheiden müsse, ob er mehr in aktuelle Lebensfreuden oder eher in seine Alterssicherung investieren möchte. Hieraus resultiert die Idee einer „Aufspaltung der möglichen medizinischen Leistungen in einen Grundkatalog, der kollektiv finanziert wird und einen Wahlkatalog, der von jedem Einzelnen privat hinzugekauft werden kann“<sup>162</sup>. Ein inzwischen präsentierter konkreter Vorschlag<sup>163</sup> will alle „lebensverlängernden Maßnahmen

<sup>158</sup> *Gutmann*, ebd.

<sup>159</sup> Grundlegend *Singer*, *Praktische Ethik*, 2. Aufl. 1994, S. 128 f.; weiterführend z.B. *Birnbacher*, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2. Aufl. 2007, S. 224 ff.; *Düsing*, *Fundamente der Ethik*, 2005, S. 96 ff.; *Huber*, *Kritik der moralischen Vernunft*, 1999; *Zimmermann*, *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 1996, 295 ff.

<sup>160</sup> Siehe o. III.

<sup>161</sup> Treffend *Gutmann*, ebd.

<sup>162</sup> *Breyer*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 149, 151 ff.

<sup>163</sup> Näher *Kopetsch*, *RPG* 2005, 51 ff.; siehe auch *Höffe*, *Medizin ohne Ethik?*, 2002, S. 232 ff.

mit einer relativ geringen Kosteneffektivität“ in eine Zusatzversicherung ausgliedern (in der Erwartung einer dadurch bewirkten Verminderung des allgemeinen Beitragssatzes); da die Wahl für alle chancengleich und daher unter dem „Schleier des Nichtwissens“ erfolgen soll, müsse den Versicherten bereits zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt, etwa zum 30. Lebensjahr die Entscheidung auferlegt werden, ob sie einen (per Zuschlag zum Beitragssatz zu erwerbenden) Zusatztarif wählen oder sich mit der Basissicherung bescheiden wollen. In gesunder Lebenslage sei es den Versicherten dabei möglich, über ihr eigenes Schicksal wie über ein „statistisches Leben“ rational zu verfügen: „Mit der Entscheidung, auf bestimmte lebensverlängernde Maßnahmen im Alter zu verzichten, erhöhen sie lediglich die Wahrscheinlichkeit, früher zu sterben, also ihr Mortalitätsrisiko; als Kompensation erhalten sie eine Beitragsreduktion, können mehr konsumieren und folglich einen höheren Lebensstandard in jüngeren Jahren realisieren“<sup>164</sup>.

Das damit in Anspruch genommene „ethische Prinzip der Selbstbestimmung“<sup>165</sup> bildet in der Sache allerdings eher eine Fiktion, weil die aufgenötigte „Wahl“ für oder gegen Zusatzleistungen doch zwingend unter der Bedingung des Nichtwissens erfolgte und daher per definitionem im entscheidenden Punkt inhaltsleer wäre – erinnert sei im Vergleich dazu nur an die höchstrichterlich gesetzten Anforderungen an einen „*informed consent*“. Aus der Debatte um die Patientenverfügung sollte jedoch inzwischen gelernt sein, dass solcherart antizipierte Festlegungen mit existenziell-schicksalhafterm Bedeutungsgehalt – ungeachtet des inzwischen in Kraft getretenen Patientenverfügungsgesetzes<sup>166</sup> – in ihrer Wertigkeit zweifelhaft sind<sup>167</sup> und insbesondere bei jenen, denen der einzelne Patient nicht mehr nur als „statistisches Leben“ begegnet, mit Blick auf deren Selbstverständnis unweigerlich auf erhebliche Akzeptanzprobleme treffen muss. Denn die ärztliche Rolle würde sich dann noch stärker in Richtung eines Zuteilungs-Agenten je nach versicherungsrechtlichem Status entwickeln.<sup>168</sup> Nicht minder dürfte es auch den betroffenen Patienten und ihren Angehörigen in der Akutsituation wohl schwer zu vermitteln sein, dass eine notwendige medizinische Behandlung nicht anders wie etwa ein Wertersatz für das gestohlene Fahrrad ggf. am Versicherungstarif scheitern soll, zumal hierüber vor allem die finanziellen (Un-)Möglichkeiten in einem meist weniger konsolidierten Lebensabschnitt (Familiengründung!) entscheiden, was die ohnehin schon bestehenden, vor allem sozioökonomisch bedingten Un-

---

<sup>164</sup> *Kopetsch*, RPG 2005, 51, 56 f.

<sup>165</sup> *Kopetsch*, ebd.

<sup>166</sup> Gesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2286).

<sup>167</sup> Dazu näher *Duttge*, in: Albers (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, 2008, S. 185 ff. m.w.N.

<sup>168</sup> Negative Rückwirkungen auf den ärztlichen Fürsorgeethos erwarten bei Ausweitung der „individuellen Gesundheitsleistungen“ (IGeL.) auch *Thanner/Nagel*, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 2009, 3 ff.



gleichheiten in der sozialen Verteilung von Gesundheit<sup>169</sup> geradezu zementieren würde. Überdies ist die vermeintliche Wahlfreiheit im hiesigen Kontext ohnehin strukturell verzerrt, weil die Chance, im späteren Lebensstadium in den Genuss von Zusatzleistungen zu gelangen, zwangsläufig davon abhängt, überhaupt ein entsprechendes Alter zu erreichen. *Kliemt* hat deshalb den Schluss gezogen, dass „ein rationales, die Lebenserwartung maximierendes Individuum bei Wahlfreiheit für die von ihm zu schließenden Versicherungsverträge Leistungsgarantien in frühen Lebensaltern gegenüber Leistungszusagen für spätere Lebensphasen grundsätzlich priorisieren sollte“<sup>170</sup>. M.a.W. wäre auf diese Weise, sofern sich die betroffenen Menschen mit Rücksicht auf die u.U. existentielle Bedeutung ihres Votums überhaupt zu einem rationalen Entscheiden imstande sehen sollten, der Effekt einer „Selbstrationierung“ zu erwarten – mit einer für Gesundheitspolitik wie Krankenkassen angenehmen Nebenfolge: Hier kann man nun, auf die „Eigenverantwortung“ der Patienten verweisend, die eigenen Hände in Unschuld waschen.

Der soziale Rechtsstaat zeichnet sich jedoch nicht durch seine Flucht aus der Verantwortung, sondern umgekehrt dadurch aus, gerade unter Knappheitsbedingungen eine sachgerechte und nicht-diskriminierende Verteilung der Leistungen möglichst sicherzustellen. Wenn dies eine Benachteiligung des höheren Lebensalters<sup>171</sup> ebenso wenig erlaubt wie eine kollektivistisch geprägte Begrenzung wegen mangelnder „Kosteneffektivität“, so ändert sich hieran um keinen Deut etwas dadurch, dass die von solchen Rationierungseffekten Betroffenen dazu genötigt werden, selbigen zur erforderlichen Legitimation zu verhelfen. Eine solche kann nur aus einer Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung resultieren und nicht aus dem gewillkürten Verhalten Einzelner, die zur Herstellung und Erhaltung von Verteilungsgerechtigkeit gar nicht berufen sind. Wo es keine Verantwortung gibt, kann daher auch von „Eigenverantwortlichkeit“ keine Rede sein!<sup>172</sup>

## 5. Stufenpriorisierung

Es führt somit kein Weg daran vorbei, dass auf gesellschaftlich verantwortlicher Ebene in grundsätzlicher Weise darüber entschieden werden muss, wie künftig der Zugang zu jenen immer knapper werdenden Ressourcen des Gesundheitssystems

---

<sup>169</sup> Dazu näher *Huster*, JZ 2008, 859, 860 f. m.w.N.: Männer im oberen Einkommensbereich haben statistisch eine um mehr als zehn Jahre höhere Lebenserwartung als Männer mit niedrigem Einkommen; s. auch die Expertise des Robert-Koch-Instituts zum 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, publiziert von: *Lampert u.a.*, Armut, soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005.

<sup>170</sup> *Kliemt*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 91, 93.

<sup>171</sup> Man könnte hier auch von einer „verdeckten Altersrationierung“ sprechen.

<sup>172</sup> Damit ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, ob bzw. inwieweit ein „Eigenverschulden“ bei der Genese von Erkrankungen innerhalb der gesamtgesellschaftlich verantworteten Allokation Anknüpfungspunkt für eine Begrenzung des Solidaritätsversprechens sein darf, siehe dazu einerseits *Buyx*, DMW 2005, 1512 ff. (vorsichtig befürwortend), andererseits *Alber/Kliemt/Nagel*, DÄBl. 2009, A-1361 ff.

unter Wahrung des hohen Anspruchs der Verteilungsgerechtigkeit gesteuert werden soll. Das schon herausgearbeitete Leitprinzip der individuellen Bedürftigkeit<sup>173</sup> legt dabei eine Differenzierung nahe, die sich ganz am erwartbaren *medizinischen* Nutzen beim jeweiligen Patienten orientiert. Der dieser grundlegenden Weichenstellung immanente Gedanke ist schlagend: Sollte es tatsächlich unvermeidlich sein (Vorrang der Rationalisierung!), infolge der Mittelknappheit Gesundheitsleistungen zu rationieren, d.h. innerhalb der solidarischen Versorgung auch das Vorenthalten durchaus sinnvoller Maßnahmen notgedrungen hinzunehmen, dann müssen sich die nachteiligen Effekte der Begrenzung wenigstens auf das unvermeidliche Minimum beschränken. Die medizinische „Effizienz“ ist dabei in abstracto von zwei grundlegenden Faktoren abhängig: Zum einen von der zu erwarteten Wirksamkeit der jeweils in Frage stehenden Behandlung („Erfolgsaussicht“), zum anderen von der Risikodimension, d.h. der beim jeweiligen Patienten in Betracht zu ziehenden Schädigungsgefahr im Falle einer Nichtbehandlung („Dringlichkeit“). Von hier ausgehend lässt sich daher im Sinne einer komparativen Regel die Leitlinie formulieren, dass ein Ausschluss der in Frage stehenden Behandlung aus der Solidarversicherung um so eher vorstellbar ist, je weniger der jeweilige Patient von dieser überhaupt profitieren würde und je weniger er einer solchen mit Blick auf seinen Gesundheitszustand überhaupt bedarf. Dieser Leitlinie liegen ersichtlich wiederum zwei Annahmen zugrunde: Erstens verringert sich die Wertigkeit des Anspruchs auf freien Zugang zu einer medizinischen Leistung um so mehr, je geringer der zu erwartende Nutzen ist; denn auf Erhalt einer nach ärztlich-medizinischer Expertise wirkungslosen „Behandlung“ hat kein Patient ein Anrecht und niemand eine Leistungspflicht. Zweitens erhöht sich umgekehrt aber zugleich die Dringlichkeit einer Leistungsgewähr um so mehr, je stärker das Existenzrecht des Patienten auf dem Spiele steht; das Verweigern von „Hilfe“ lässt sich dann nur akzeptieren, wenn substantielle medizinische Hilfe so gut gar nicht (mehr) vorhanden ist: *ultra posse nemo obligatur!*

In beiderlei Hinsicht, also zur Erfolgsaussicht ebenso wie zur Dringlichkeit der Behandlung, bedarf es der besseren Orientierung und Erleichterung der Entscheidungsfindung wegen einer typologischen<sup>174</sup> Klassifizierung aller denkbaren Anwendungsfälle in mehrere Gruppen. Zur medizinischen Bedürftigkeit hat ganz in diesem Sinne bereits die *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* in ihrer profunden Stellungnahme zur „Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung“ (September 2007)<sup>175</sup> einleuchtend vier Stufen vorgeschlagen: Vom Lebensschutz bzw. Schutz vor schwerem Leid (1. Stufe) über den Schutz vor Ausfall oder Beeinträchtigung wesentlicher Orga-

---

<sup>173</sup> Näher oben III.

<sup>174</sup> Zum typologischen Denken näher *Duttge*, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 11 (2003), S. 103 ff.

<sup>175</sup> Abrufbar unter: [www.zentrale-ethikkommission.de/page.asp?his=0.1.53](http://www.zentrale-ethikkommission.de/page.asp?his=0.1.53) <aufgerufen am: 11.11.2009>.

ne/Körperfunktionen (2. Stufe) und vor weniger schwerwiegenden bzw. nur vorübergehenden Beeinträchtigungen (3. Stufe) bis hin zur bloßen Verbesserung und Stärkung von Körperfunktionen, sodass deren Verweigerung/Nichterstattung überhaupt keine nachteiligen gesundheitlichen Veränderungen am status quo befürchten lässt (4. Stufe). In ähnlicher Weise, wenngleich inhaltlich etwas abweichend, unterschied zuvor schon *Paul Kirchhof* in „notwendige“<sup>176</sup>, „wünschenswerte“<sup>177</sup>, „hilfreiche“<sup>178</sup> und „überflüssige“<sup>179</sup> medizinische Leistungen.<sup>180</sup> Interessanterweise verbindet sich bei ihm die Klassifizierung dieser Gruppen abnehmender Dringlichkeit mit dem Gedanken einer Differenzierung auch in der Rechtsfolge: Während notwendige Gesundheitsleistungen Gegenstand eines unbedingten Individualanspruchs ohne Zusatzzahlungen sein sollen, werden solche bei lediglich wünschenswerten und mehr noch bei nur hilfreichen Angeboten der Medizin als durchaus erwägenswert betrachtet; die gänzlich überflüssigen Leistungen sollten schließlich gar nicht erst angeboten werden und wären jedenfalls als bloße „Wunschmedizin“ vollständig von den „Kunden“ zu tragen.

In derselben Weise wäre auch hinsichtlich des zu erwartenden (individuellen) Nutzens eine Abstufung vorzunehmen: Bei *Schöne-Seifert u.a.* begegnet in diesem Zusammenhang der einleuchtende Vorschlag, die „marginale Wirksamkeit“ einer Behandlungsmethode bzw. eines Medikaments zum Ausschlusskriterium zu bestimmen.<sup>181</sup> Von einer solchen wäre etwa bei einer voraussichtlichen Lebensverlängerung nur um wenige Tage oder bei einer „winzigen“ Verbesserung der gesundheitsbezogenen Lebensqualität auszugehen. Leicht zu erkennen ist allerdings die Problematik einer willkürfreien Festlegung der Schwellenwerte ebenso wie die weitere der notwendig unsicheren Prognostizierbarkeit, noch dazu, wenn dabei u.U. auch (inwieweit?) ein „subjektiver Nutzen“ ausreichen soll. Darüber hinaus stellt sich nicht minder die Frage, ob das Ausschlusskriterium nicht letztlich (jedenfalls bei restriktiver Interpretation) mehr oder minder mit dem „Wegfall der medizinischen Indikation“ infolge Aussichtslosigkeit der Weiterbehandlung („futility“)<sup>182</sup> zusammenfällt. Bei einer feineren Differenzierung ließe sich allerdings womöglich nochmals zwischen einer „strikt fehlenden Wirksamkeit“, einer „sehr niedrigen Ansprechrare“ sowie einer „marginal lebensverlängernden Wirkung“

---

<sup>176</sup> Gemeint: zur Verhinderung des vermeidbaren Todes und zur Heilung und Linderung von Krankheiten.

<sup>177</sup> Scil.: zur Unterstützung und Steuerung natürlicher Abläufe in der Entwicklung des menschlichen Lebens (z.B. der Seh- und Hörfähigkeit, des Gedächtnisses u.a.).

<sup>178</sup> Konkreter: Maßnahmen der Pflege, Betreuung und Gesundheitserziehung im Grenzbereich zwischen Medizin und Sozialstaatspolitik.

<sup>179</sup> Gemeint: nicht mehr erforderliche „Gewohnheitsmedikamente“, Behandlung von Alltagsbeschwerden wie eines grippalen Infekts, die üppig ausgestattete Reiseapotheke u.a.m.

<sup>180</sup> *Kirchhof*, Zeitschrift für medizinische Ethik 2005, 229 ff., insb. 238 f.

<sup>181</sup> Zum Folgenden: *Friedrich/Buyx/Schöne-Seifert*, DÄBl. 2009, A-1562 ff.; zuvor bereits *Schöne-Seifert/Buyx*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Fn. 15), S. 215 ff.; ähnlich *Maiò*, DMW 2002, 1573, 1574.

<sup>182</sup> Zur Problematik näher *Duttge*, NStZ 2006, 479 ff. m.w.N.

bzw. „marginalen Verbesserung der Lebensqualität“ unterscheiden.<sup>183</sup> Vieles wird hier wie auch im vorstehenden Kontext maßgeblich davon abhängen, wie diese noch sehr konkretisierungsbedürftigen Formeln mit Blick auf die klinischen Realitäten in den einzelnen Teildisziplinen ausgefüllt werden. Und die entscheidende Frage geht natürlich dahin, in welcher Weise die jeweiligen Ausprägungen der beiden Leitkriterien miteinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen.<sup>184</sup> Die „Strohalm“-Problematik in hoffnungslosen Fällen<sup>185</sup> oder etwa die strukturelle Parallele zur Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen der postmortalen Organtransplantation (vgl. § 12 Abs. 3 TPG) lässt erahnen, dass hier noch schwierige Grenzfragen von großer praktischer Bedeutung und rechtsethischer Brisanz auf ihre Beantwortung warten.

## V. Ausblick

Dies gilt natürlich nicht zuletzt auch für die juristische und rechtspraktisch-organisatorische Umsetzbarkeit der erarbeiteten Konzepte einer patientenschonenden Weise der „Ressourceneffizienz“ im Gesundheitswesen. Inwieweit die „Wesentlichkeitslehre“ des BVerfG dabei am Ende auch eine parlamentsgesetzliche Verankerung erfordert,<sup>186</sup> in welchen rechtlichen Strukturen (etwa in Leitlinien nach schwedischem oder verbindlichen Richtlinien nach englischem Vorbild) sich solche Weichenstellungen in die jeweiligen klinischen Kontexte übersetzen und für die medizinische Praxis rechtssicher handhabbar machen lassen<sup>187</sup> unter Einräumung der nötigen Freiräume (kein Schematismus)<sup>188</sup> bei gleichzeitiger Vorsorge gegen ein Unterlaufen, und wie sich sodann in haftungs- und strafrechtlicher Hinsicht die „Einheit der Rechtsordnung“ wiederherstellen und bewahren lässt, das alles sind nur zentrale Stichworte und keineswegs schon sämtliche der noch klärungsbedürftigen Aspekte. Es liegt geradezu auf der Hand, dass es zur weiteren Klärung der komplexen Materie einer intensiven interdisziplinären Anstrengung bedarf; die zuletzt nochmals ausdrücklich von der Bundesärztekammer in ihrem Eckpunktepapier vom 07.10.2009 geforderte Einsetzung eines „Gesundheitsrats“,

<sup>183</sup> So *Schöne-Seifert/Byx* (Fn. 181), S. 215, 217.

<sup>184</sup> Im Ansatz wie hier auch die *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer*, Stellungnahme 2007 (Fn. 175), S. 25 f. („Abwägung“), allerdings – m.E. zu Unrecht – als drittes Leitkriterium wiederum die „Kosteneffektivität der Maßnahme“ nennt.

<sup>185</sup> Dazu *Friedrich/Byx/Schöne-Seifert* (Fn. 181).

<sup>186</sup> Was im Kontext des Transplantationsrechts bekanntlich umstritten ist, siehe einerseits *Höfling/Augsberg*, *Zeitschrift für medizinische Ethik* 2009, 45, 52 ff., andererseits *Schreiber*, in: *FS für Arztl.* 2009, S. 487, 492 f., jeweils m.w.N.

<sup>187</sup> Die strukturelle Problematik „kostensensibler Leitlinien“ ist im Rahmen des Abschluss-Symposiums des Forscherverbunds „Allokation“ (Fn. 134) am 30.10.2009 deutlich sichtbar geworden, nähere Informationen unter: [www.iegm.uni-tuebingen.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=47&Itemid=175](http://www.iegm.uni-tuebingen.de/index.php?option=com_content&task=view&id=47&Itemid=175).

<sup>188</sup> Zutreffend *Dabrock*, *DMW* 2003, 210, 213.

in dem Ärzte gemeinsam mit Ethikern, Juristen, Gesundheitsökonomern, Theologen, Sozialwissenschaftlern und Patientenvertretern Empfehlungen zur „Priorisierung“ entwickeln,<sup>189</sup> ist deshalb nur mit Nachdruck zu unterstützen. Das Ziel muss dabei letztlich sein, einen gesamtgesellschaftlichen „Konsens“ über einen ressourcenschonenden Einsatz der knappen Mittel herbeizuführen, also gleichsam eine gemeinsame „Kultur“ der Gesundheitsversorgung. Diese muss jedoch unhintergebar das Wohl des Einzelnen im Blick behalten und darf sich nicht durch Kostenaufstellungen irritieren oder verführen lassen: Denn „der einzelne zählt“, wie es der britische Medizinethiker *John Harris* so prägnant auf den Punkt gebracht hat, und er allein hat das Recht, über den „Wert“ seines Lebens zu bestimmen:<sup>190</sup> „Solange Menschen den Rest ihres Lebens auskosten wollen, sollten wir ihnen, ganz gleich, um welchen Zeitraum es sich dabei handelt, die beste Chance dazu geben, die wir ihnen geben können, und wir sollten unter diesen Menschen nicht aufgrund irgendwelcher anderer Kriterien wählen, sondern sie als Gleiche behandeln. Die moralischste und ehrenvollste Art, mit den verbleibenden Schwierigkeiten [...] umzugehen, besteht darin sicherzustellen, dass wir über genügend Mittel verfügen...“<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Eckpunktepapier der Ärzteschaft für eine patientengerechte Gesundheitsversorgung (Fn. 2), S. 2 f.

<sup>190</sup> *Harris*, *Der Wert des Lebens*, 1995, S. 134 ff., 148.

<sup>191</sup> *Harris*, *ebd.*, S. 164.



# Gesundheitssysteme Europas im Vergleich

*Dipl. Gesundheitswirt Adam Runciman*

## I. Einleitung

Der Vergleich der Gesundheitssysteme verschiedener Staaten erweist sich als schwierig. Die weltweite Suche nach zwei identischen Gesundheitssystemen lässt sich kaum mit einem positiven Ergebnis durchführen; eine qualitative Bewertung der Systeme ist fast unmöglich. Alle Staaten haben ähnliche Probleme in der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung, einhergehend mit knappen Ressourcen und steigenden Kosten.<sup>1</sup> Das ist nicht nur durch den demographischen Wandel bedingt. Knappe Ressourcen begleiten historisch gesehen Gesundheitssysteme weltweit.

Wenn man Gesundheitssysteme vergleichen will, benötigt man Gemeinsamkeiten, die Gesundheitssysteme grundsätzlich aufweisen. Sie beinhalten immer Leistungsberechtigte, Finanzträger und Leistungserbringer. Diese drei Faktoren stehen jeweils in Beziehung zueinander. In jedem System geht es um die Finanzierung der Leistungserbringung. Dabei spielen Werte, Ziele und Präzeptionen eine Rolle. Diese Faktoren sind je nach Staat oder Kultur unterschiedlich gewichtet. In Europa sind nicht alle Grundvoraussetzungen gleich und daher gab es natürlich auch bei den Gesundheitssystemen verschiedene Richtungen und Schwerpunkte, die im Laufe der Geschichte verfolgt wurden. Die jeweiligen historischen Verläufe der Staaten spiegeln sich heute vielfach in den Gesundheitssystemen wieder. In diesem

---

<sup>1</sup> *Webkamp*, Das Parlament, Nr. 50, 2006, [www.bundestag.de/dasparlament/2006/50/Thema/026.html](http://www.bundestag.de/dasparlament/2006/50/Thema/026.html), <aufgerufen am: 03.04.2009>.

Beitrag wird auf die Gesundheitssysteme Englands und Schwedens mit Bezug auf Priorisierung im Gesundheitswesen eingegangen.

Grundsätzlich gibt es im westlichen Europa drei angewandte Grundmodelle von Gesundheitssystemen, aber nie ein reines System dieser drei. Zuerst ist das Bismarck-Modell, jenes Modell, das dem Gesundheitssystem in Deutschland zugrunde liegt, zu nennen. Es besteht in Teilen auch in Frankreich, Holland, Belgien und in Luxemburg. Das zweite ist das Beveridge-Modell, dessen Heimat Großbritannien ist. Es besteht auch u.a. in Schweden und in Dänemark. Das dritte Modell ist das Marktmodell, dieses findet man überwiegend außerhalb Europas, z.B. in den USA und in Singapur. Die Gesundheitssysteme Europas sind überwiegend Bismarck-Modelle und Beveridge-Modelle mit Marktmodellanteilen. Hierbei muss erwähnt werden, dass in allen Systemen zusätzliche Kosten entstehen, die der Patient selbst tragen muss. So fallen beispielsweise Kosten für Zahnersatz oder für bestimmte Medikamente an. Dabei handelt es sich um sogenannte „Out-of-Pocket-Payments“.

## II. Wer hat die Entwicklung dieser Systeme maßgeblich geprägt?

*Fürst Otto von Bismarck* hat u.a. in Göttingen studiert. Er hat eines der ersten Wohlfahrtssysteme, die es weltweit überhaupt gab, auf den Weg gebracht. Allerdings heißt es, dies sei initial gar nicht sein Vorhaben gewesen, sondern mehr ein taktisch-politisches Manöver im Zeichen der damaligen gesellschaftspolitischen Verhältnisse. Das Modell hat heute noch in vielen Teilen Bestand. Anschließend ist *Sir William Henry Beveridge*, 1879 in Bengalen, Indien, geboren, zu nennen. *Beveridge* studierte Jura in England. Er entwickelte früh ein Interesse für das Sozialwesen und befasste sich sicherlich auch mit der Bismarckschen Entwicklung. Seit 1909 war er Mitglied im „Board of Trade“ in England und wirkte an der Implementierung des nationalen Arbeitsamtssystems mit. Ab 1939 war er Leiter des „University College“ in Oxford und verfasste 1942 den Beveridge Report.<sup>2</sup> Der Beveridge Report war Grundlage für das Beveridge-Modell, welches 1948 in England implementiert wurde. Dieses System fand großen Zuspruch. Die Planung geschah zu einer Zeit, in der England, wie ganz Europa, in den Zweiten Weltkrieg verwickelt war. *Beveridge* machte sich frühzeitig Gedanken darüber, wie man die Menschen sozial auffangen kann, damit die Bevölkerung später nicht durch die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in eine prekäre wirtschaftliche Situation gerät. Damals standen dem britischen Gesundheitssystem sehr knappe Ressourcen zur Verfügung. *Beveridge* hat erkannt, dass man sich um eine soziale Absicherung kümmern muss und angefangen, ein entsprechendes System einzuführen.

---

<sup>2</sup> Vgl. *Sir Beveridge*, Social Insurance and Allied Services, His Majesty's Stationary Office, 1942.



### III. Abgrenzungen des Beveridge-Modells zum Bismarck-Modell

Im Bismarck-Modell ist Lebensstandardsicherung vorgesehen, das Beveridge-Modell ist auf Basissicherung ausgelegt. Das Bismarck-Modell hat das Versicherungsprinzip, das wir durch Versicherungsbeiträge kennen. Das Beveridge-Modell hat ein Bedarfsdeckungsprinzip und wird durch Steuern finanziert. Das Bismarck-Modell favorisiert die Absicherung nach dem Arbeitsverhältnis, das Beveridge-Modell Absicherung nach dem Wohnsitz. Es gibt eine Umverteilung nach Systemgrundsätzen beim Bismarck-Modell und eine Umverteilung entlang des Steuersystems beim Beveridge-Modell. Beim Bismarck-Modell gibt es eine pluralistische Anbieterstruktur, das heißt, es gibt verschiedene Anbieter von Gesundheitsleistungen. Das Beveridge-Modell ist zentralistischer aufgestellt, in vielen Fällen wird sich eines zentralen nationalen Gesundheitsdienstes bedient. Allerdings gibt es nie ein reines Bismarck- oder ein reines Beveridge-Modell.

Wie sieht also die Verteilung in Europa aus? Die steuerfinanzierten Systeme überwiegen in Europa deutlich. In Spanien, Portugal, Irland, Großbritannien, Schweden, Finnland und Dänemark findet man solche Modelle. Italien ist zwar offiziell beitragsfinanziert, aber aufgrund geringer Beitragszahlungen tatsächlich auch ein steuerfinanziertes Land.

Es gibt auch Mischsysteme und Mischkonzepte. Die Niederlande haben seit 2006 ein grundsätzlich reformiertes System, welches in Europa derzeit einzigartig ist. Es besteht eine gesetzliche Basisversicherung, zusätzlich können sich die Bürger privat versichern.

### IV. Das schwedische Gesundheitssystem

Schweden hat ca. neun Millionen Einwohner, das entspricht 20 Einwohnern pro Quadratkilometer. Das ist bezogen auf die Staatsfläche eine niedrige Einwohnerdichte; Deutschland hat ca. 231 Einwohner pro Quadratkilometer. In Schweden gibt es dicht besiedelte und weniger dicht besiedelte Regionen, vor allem der Norden ist recht bevölkerungsarm. Dieser Umstand kann Schwierigkeiten in der Gesundheitsversorgung der Bewohner zur Folge haben.

#### 1. Wie ist das Land strukturell aufgeteilt?

Schweden ist grundsätzlich in 21 Provinzen eingeteilt. Diese Provinzen, „Län“ genannt, haben die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben zu verantworten. Eine Provinz entspricht vom Gebiet her jeweils in etwa einem Landtag. Die Landtage – „Landsting“ genannt – sind für das Gesundheitswesen verantwortlich. Es gibt 18 Landtage und 2 weitere Regionen und eine Kommune, die für das Gesundheitswesen verantwortlich sind. Insgesamt gibt es 290 Kommunen in den Landta-

gen.<sup>3</sup> Die Kommunen übernehmen u.a. die Aufgaben der sozialen Dienstleistung, d.h. der Kinderbetreuung, Feuerwehr und der Betreuung kultureller Einrichtungen. In Deutschland gibt es bezogen auf die Bevölkerungsdichte ausreichend Krankenhäuser, Arztpraxen und zunehmend medizinische Versorgungszentren. Aber auch hierzulande treten in manchen ländlichen Gebieten zunehmend Probleme bei der medizinischen Versorgung der Bevölkerung auf.<sup>4</sup> Um dieser Problematik zu begegnen, hat Schweden frühzeitig in die Implementierung von E-Health-Lösungen investiert.<sup>5</sup> E-Health ist kurz gesagt der Gesamtbegriff für alle Vorgänge, die mit dem digitalen Transport von Daten im Gesundheitswesen zusammenhängen. E-Health wird von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) folgendermaßen definiert: „eHealth is the combined use in the health sector of electronic communication and information technology (digital data transmitted, stored and retrieved electronically) for clinical, education and administrative purposes, both at the local site and at a distance“.<sup>6</sup> E-Health kann ein Telefonat sein. Aber auch telemedizinische Anwendungen, wie Telekonsultation und Teleradiologie, bei der Röntgenbilder über den Datenweg verschickt werden, sind immer mehr von Interesse. Die schwedische Regierung sieht mit der Anwendung von E-Health eine Chance, der Bevölkerung in der Fläche eine moderne Gesundheitsversorgung anbieten zu können.

## 2. Wie ist also das schwedische System organisiert?

Es gibt das Ministerium für Gesundheit, die Nationale Behörde für Wohlfahrt und Sozialwesen (SOS) und noch untergeordnete Behörden und Einrichtungen. „Hälso- och Sjukvårdens Ansvarsnämnd“ (HSAN) ist zum Beispiel eine untergeordnete Behörde. HSAN spielt eine gerichtsähnliche Rolle bei Disziplinarmaßnahmen und Behandlungsfehlern. Die schwedische Regierung legt die grundlegenden Prinzipien und Rahmenbedingungen der medizinischen Versorgung fest und die nationale Behörde für Gesundheit und Wohlfahrt hat eine zentrale Beratungs- und Kontrollfunktion. Für diese Tätigkeiten sind diese untergeordneten Behörden eingesetzt worden. Es gibt eine Behörde für medizinische Produkte sowie einen schwedischen Rat für Technikbewertung und Gesundheitsversorgung. Des Weiteren gibt es eine Behörde, die die pharmazeutischen Entwicklungen überprüft, und ein „Na-

---

<sup>3</sup> Malmer, Interoperability in Swedish Health Care – The Conditions of the Infrastructure, eHealth Conference 2007 – Infrastructures and Health Services, 2008, S. 59.

<sup>4</sup> Hayni, Entwicklung des ländlichen Raumes in den agglomerationsfernen Räumen, Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung, Vorbereitender Bericht Jahrestagung 2004, S. 12.

<sup>5</sup> Malmer (Fn. 3), S. 59.

<sup>6</sup> WHO, Information technology in support of health care, Department of Essential Health Technologies, [www.who.int/cht/en/InformationTech.pdf](http://www.who.int/cht/en/InformationTech.pdf), <aufgerufen am: 03.04.2009>.

tional Institute of Public Health<sup>7</sup>, das im Gegensatz zum deutschen System recht fortschrittlich ist. Es übernimmt viele Tätigkeiten, die auch die Gesundheitsämter in Deutschland übernehmen, wobei die Public-Health-Forschung hierzulande im europäischen Vergleich verbesserungswürdig ist. Ein Grundstein der gesundheitlichen Versorgungsstruktur in Schweden sind Distrikt-Pflegekräfte. Wenn man sich die schwedische Geographie erneut ins Gedächtnis ruft, erscheint dies sehr sinnvoll. Es kann nicht überall ein Arzt auf Abruf zur Verfügung stehen. Zusätzlich gibt es natürlich Krankenhäuser und die Primärversorgung durch niedergelassene Ärzte.

### 3. Wie wird das Gesundheitssystem in Schweden finanziert?

Das schwedische Gesundheitssystem basiert auf dem Beveridge-Modell, ist also auch ein steuerfinanziertes Modell. Zudem wird es durch verschiedene Gebühren sowie Zuzahlungen und Selbstzahlungen vom Patienten getragen. 70 % der Gesundheitsausgaben werden durch die Landtage bezahlt. Die Landtage haben die Finanzierung des Gesundheitswesens zum Schwerpunkt erklärt. Durch die demographische Entwicklung der Bevölkerungsstruktur, also die Überalterung in den europäischen Ländern, funktioniert das Finanzierungssystem nicht mehr so ausreichend effizient wie früher. Die möglichen Folgen dieses demographischen Wandels sind weithin bekannt. Durch die veränderten Bedingungen ergeben sich natürlich gerade für das Gesundheitssystem höhere Kosten. Um steigenden Kosten und niedrigeren Einnahmen entgegenzuwirken wird in Schweden offensiv in einer gesellschaftlich geführten Diskussion über Rationierung von Leistungen im Gesundheitswesen debattiert. Zahnersatz wird seit diversen Reformen zum Beispiel minimal bezuschusst. Für Bürger, die das 65. Lebensjahr überschritten haben, gilt eine Höchstgrenze für Kosten, die für Zahnersatz erhoben werden dürfen. Kinder und Jugendliche bis 19 Jahren erhalten dagegen kostenfreie Zahnbehandlungen. Es wird aber auch Wert darauf gelegt, dass Präventionsmaßnahmen Anwendung finden.<sup>8</sup> Medikamente muss die schwedische Bevölkerung in einem gewissen Rahmen auch selbst bezahlen. Im Jahr 2003 lagen die Ausgaben für Medikamente pro Bürger bei SKr 3500 (ca. 390 Euro). Die Patienten erhalten bei verschreibungspflichtigen Medikamenten Zuschüsse und die Zuzahlungen sind auf eine Höchstgrenze von jährlich SKr 1800 (ca. 170 Euro) festgelegt.<sup>9</sup> In etwa tragen die Patienten in Schweden 25 % zur Finanzierung der Arzneikosten bei. Es gibt einen parteiübergreifenden Konsens, der besagt, dass die Patienten auch in Zukunft nicht zu sehr

---

<sup>7</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Das Gesundheitswesen in Schweden – Regulierung des Gesundheitswesens, [www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik\\_Lernobjekt.html?lt=AA C148&guid=AA C377](http://www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik_Lernobjekt.html?lt=AA C148&guid=AA C377), <aufgerufen am: 03.04.2009>.

<sup>8</sup> *Glenngård/Hjalte/Svensson/Anell/Bankauskaite*, Health Systems in Transition: Sweden. Copenhagen, WHO Regional Office for Europe on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2005, S. 89.

<sup>9</sup> *Glenngård/Hjalte/Svensson/Anell/Bankauskaite* (Fn. 8), S. 82-83.

belastet werden sollen und der Staat immer noch die Gesundheitskosten tragen wird.

#### 4. Finanzierung durch die Landtage

Die Finanzierungsgrundlage variiert je nach Landtag. Landtage regeln die Finanzierung der Gesundheitsleistungen, die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung und ihre Finanzierung durch Einkommenssteuern. Es gibt 21 verschiedene Landtage. Im Durchschnitt können diese für die Gesundheitsversorgung Steuern von ungefähr 11 % erheben.

Das kann aber je nach Landtag variieren. Es handelt sich hier um kein zentralistisches System, wie z.B. in England, sondern die Landtage entscheiden, wie sie die Bevölkerung in den Landtagsgrenzen besteuern wollen. Dazu werden Globalbudgets an die Gesundheitsdistrikte ausgeteilt. Dies soll eine Beschränkung der Kosten mit sich bringen. Anfang der 90er-Jahre führte die Hälfte der Landtage „Purchaser-Provider-Modelle“ ein. Dabei handelt es sich um Besteller- und Anbietersysteme, in deren Rahmen die Landtage gegenseitig Gesundheitsdienstleistungen kaufen und verkaufen, um die Versorgung sicherzustellen.<sup>10</sup> Somit können sich Bürger eines Landtages unter bestimmten Bedingungen in einem anderen Landtagsgebiet behandeln lassen. Wie in fast allen Gesundheitssystemen, denen ein Beveridge-Modell zugrunde liegt, gibt es Wartelisten für medizinische Behandlungen – so auch in Schweden. Wenn der Patient zum Arzt geht, kann er nicht davon ausgehen, dass er gleich einen Termin bekommt. Die Purchaser-Provider-Modelle helfen Wartelisten zu reduzieren und bieten einen guten Lösungsansatz.

Die Ausgaben der Landtage sahen im Jahr 2005 wie folgt aus: Die physische Versorgung inklusive der Leistungen der Krankenhäuser beanspruchte ca. 50 % der Gesundheitsausgaben bzw. belastete die Landtage mit 50 %. 16 % der Kosten entstanden durch Primärversorgung, also den Besuch des Arztes oder der Distrikt-Pflegekraft. Den Rest stellten Medikamente und sonstige Ausgaben. Der Anteil privater Versicherungen in Schweden ist relativ gering. Im Jahr 2003 waren ca. 200.000 Bürger privat versichert, also nur 2 % von 9 Mio. Einwohnern.<sup>11</sup> Das ist recht wenig im internationalen Vergleich. In Deutschland spricht man derzeit von ca. 10 % privat Vollversicherten. Zusatzversicherungen sind hier nicht berücksichtigt. Die schwedische Regierung hat schon frühzeitig damit begonnen, alternative Modelle zu entwickeln, um die Kosten im Gesundheitswesen zu reduzieren. Sie war und ist noch Vorreiter in Europa, was die Erstellung einer Prioritätenliste von Leistungsangeboten im Gesundheitswesen angeht. Darauf will ich im Folgenden näher eingehen. Politisch gesehen werden Entscheidungen meist nach Prioritätä-

---

<sup>10</sup> *Glenngård/Hjalte/Svensson/Anell/Bankauskaite* (Fn. 8), S. 49-51.

<sup>11</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Das Gesundheitswesen in Schweden – Finanzierung des Gesundheitswesens, [www.bpb.de/themen/WZDR71,0,Gesundheitspolitik\\_Lernobjekt.html?lt=AA C148&guid=AAC375](http://www.bpb.de/themen/WZDR71,0,Gesundheitspolitik_Lernobjekt.html?lt=AA C148&guid=AAC375), <aufgerufen am: 03.04.2009>.

ten gefällt, in Gesundheitssystemen natürlich auch. Betrachten wir einmal die verschiedenen Ebenen: Die Makroebene ist die Ebene, in der die Regierung mit ihren politischen Aktivitäten ansässig ist, also z.B. das Gesundheitsministerium. Die Mesoebene wäre hier gleichzusetzen mit Krankenkassen und die Mikroebene wäre der behandelnde Arzt. Auf der Makroebene wird entschieden, ob Geld z.B. entweder für Gesundheit, Transport oder Bildung ausgegeben wird. Die Mesoebene legt fest, welche Organisationen diese Gelder bekommen und welche Organisationseinheiten damit finanziert werden. Die endgültige Entscheidung fällt dann der Arzt. Dies wirft natürlich ethische Probleme auf. Man kann an diesem Beispiel erkennen, dass die Makroebene die Prioritäten festlegt und dass die Entscheidung eine direkte Auswirkung auf alle anderen Ebenen hat.

Generell versteht man unter Priorisierung „die ausdrückliche Feststellung einer Vorrangigkeit bestimmter Indikationen, Patientengruppen oder Verfahren vor anderen“.<sup>12</sup> Es gibt im Bereich Public Health mehrere Arten der Priorisierung. Beispielfhaft nenne ich die implizite Priorisierung und die explizite Priorisierung.

Es ist hier von Bedeutung, ob eine bewusste Entscheidung getroffen wird und ob Leitlinien, im Englischen „guide lines“, angewendet werden oder nicht. Implizite Priorisierung bedeutet, dass die Makroebene aufgrund der ihr zugänglichen Informationen und unter Berücksichtigung der politischen Ziele entscheidet, wie z.B. eine Prioritätenliste auszusehen hat. Diese wird dann implementiert. Das ist für die Politik mit einigen Vorteilen behaftet, z.B. dass die Maßnahme zügig implementiert wird. Dies ist in der Vergangenheit überwiegend so geschehen.

In der im Jahre 2008 publizierten Studie „An Ethical Analysis of International Health Priority-Setting“ wird jedoch bemängelt, dass diese Vorgehensweise willkürlich und ungerecht sei: Schließlich erstellt der Staat die Prioritäten, ohne ihre Auswirkungen öffentlich diskutiert zu haben. Darüber hinaus fehlen die nötige Transparenz und die Verantwortlichkeit, die für eine öffentliche Legitimität notwendig seien. Und zudem bestehe die wohl größte Herausforderung darin, die politische Zustimmung zur Einführung der expliziten Priorisierung herbeizuführen.<sup>13</sup> *Rosén* resümiert in der Veröffentlichung „Public dialogue on healthcare prioritization“, dass seiner Meinung nach der Anschein erweckt werde, Befürworter der impliziten Lösung provozieren, dass Ärzte sich elegant durch die Public Health-Regulierungen durchschlängeln müssen.<sup>14</sup> Im Englischen wird die Bezeichnung „to muddle through“ verwendet. Man könnte die implizite Priorisierung durchaus auch als eine Top-Down-Strategie bezeichnen, die möglicherweise nur ein Minimum an möglicher Spezialisten-Expertise anwendet. Das Vorgehen kann auf der Mikroebene dazu führen, dass die Ärzte Rationierungen vornehmen müssen, die nicht ethisch durchdacht sind.

---

<sup>12</sup> Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, DÄBl. 2000, A-1017, 1019.

<sup>13</sup> *Kenny/Joffres*, Health Care Analysis, 2008, 145, 146.

<sup>14</sup> *Rosén*, Health Policy 79, 2006, 107–116; Vgl. dazu auch: *Hunter*, Desperately Seeking Solutions: Rationing Health Care, 1997.

Der andere Weg ist die explizite Priorisierung: Hierbei trifft man eine bewusste Entscheidung, die auf der Grundlage von Leitlinien erstellt wird. Man kennt die Begründung und viele der möglichen Folgen der Entscheidungen; die zugrunde liegenden Werte und Prinzipien sind den Erstellern bewusst. Diese Werte können auch öffentlich gemacht werden, wie es bspw. in Schweden geschehen ist.

Die Entwicklung einer Systematik zur Errichtung einer expliziten Priorisierung ist offensichtlich in der Vorbereitung viel aufwendiger. Da nicht nur das Gesundheitswesen, sondern auch die Politik, die Wirtschaft und auch die Öffentlichkeit einbezogen werden, handelt es sich um eine langwierige Vorgehensweise.

Allerdings hat Schweden frühzeitig auf politischer Ebene damit begonnen, die Grundsteine zu legen – und zwar 1992 mit der Einrichtung einer Kommission, die folgendes Ziel verfolgte: „To define a basic measure of security or a minimum level of health and medical care, which is to be offered to all its citizens.“<sup>15</sup>

Herr *Schlandraff*, der viel zu diesem Kongress beigetragen hat, hat Anfang der 90er-Jahre an einer Konferenz in Schweden teilgenommen, bei der es darum ging, europäische Priority-Settings zu erstellen. Dort waren nur wenige Deutsche unter den Teilnehmern. Das Thema scheint im politischen Deutschland nicht viel Anklang in Bezug auf eine öffentliche Diskussion gefunden zu haben. Prioritäten stehen in Zusammenhang mit Rationierungen und Politiker tun sich immer sehr schwer damit, das Thema Rationierungen anzusprechen. Sie wollen wiedergewählt werden und niemand scheint direkte Rationierungen – besonders in Wahljahren – in der Öffentlichkeit vorschlagen zu wollen. Offene Rationierungen müssten der Bevölkerung und den Parteikollegen in mehreren Schritten behutsam kommuniziert werden.

Aus den anfänglichen Konferenzen und Kommissionen hat Schweden drei Grundprinzipien erkannt und diese auch dokumentiert.

Die Menschenwürde steht an erster Stelle. Es folgen Bedarf und Solidarität und drittens die Kosteneffektivität.<sup>16</sup> 1995 erschien der Abschlussbericht der schwedischen Parlamentskommission, der sich diesen grundlegenden ethischen Prinzipien widmete. Gleichzeitig wurden andere mögliche Prinzipien wie gesellschaftlicher Utilitarismus, Lotterie, Nachfrage, Autonomie und Priorisierungskriterien wie Alter, Geburtsgewicht, Lebensstil und der soziale Wert einer Person diskutiert und ausgeschlossen. Diese Themengebiete sind aktiv diskutiert worden, auch öffentlich. Die beteiligten Gremien haben sich Meinungen aus diversen gesellschaftlichen Bereichen eingeholt. In Schweden hat man sich hier mit Hilfe einer ethischen Grundlage Gedanken gemacht und die Themen öffentlich diskutiert. Es folgt ein Beispiel einer schwedischen Priorisierungsordnung mit vier Priorisierungsgruppen.

---

<sup>15</sup> Swedish Parliamentary Priorities Commission. *Priorities in health care: Ethics, Economy, Implementation. (Vårdens snåra val)*, Stockholm, Ministry of Health and Social Affairs, SOU 1995: 5, [www.sweden.gov.se/sb/d/108/a/25124](http://www.sweden.gov.se/sb/d/108/a/25124), <aufgerufen am: 03.04.2009>.

<sup>16</sup> *Glenngård/Hjalte/Svensson/Anell/Bankauskaite* (Fn. 8), S. 26.

1. Gruppe: Personen mit lebensgefährlichen Erkrankungen, die ohne Behandlung zur dauerhaften Invalidität oder zum Tod führen könnten, Personen mit schweren chronischen Erkrankungen, Personen, die eine palliative Versorgung benötigen und Personen mit herabgesetzter Autonomie.
2. Gruppe: Patienten, die Rehabilitationsmaßnahmen benötigen und Patienten, die präventiv versorgt werden.
3. Gruppe: Patienten mit nicht akuten und nicht schweren chronischen Erkrankungen.
4. Gruppe: Behandlungen, die nicht auf Krankheiten oder Unfälle zurückgehen.<sup>17</sup>

Ein Beispiel einer Prioritätstabelle für kardiologische Erkrankungen ist „The Swedish National Board of Health and Welfare’s Guidelines for Cardiac Care 2004“. Die Tabelle bildet eine vertikale Prioritätenliste, die Behandlungsprioritäten von Krankheiten des Herz-Kreislauf-Systems regeln soll. Es gibt bisher noch nicht viele Behandlungsfelder, für die eine solche Tabelle oder eine solche Prioritätenliste erstellt wurde. Diese Liste aus dem Jahr 2004 kumuliert 118 Problemlösungskopplungen, die in eine einzige Rangreihe gebracht wurden. Jeder einzelnen Indikation ist eine von zehn Prioritätenklassen zugeordnet worden. An der Position sieht man dann, welchen Rang die jeweilige Aktion in dieser Liste hat; den Rang der Priorität findet man auf der rechten Seite der Tabelle 1 ist die wichtigste Prioritätenklasse und 10 die letzte Priorität im Ranking. In der Tabelle ist folgendes zu sehen:

**Tabelle 1**

Position	Indikation	Rang
1	Beunruhigende Symptome = mögliche Herzerkrankung → Kontakt med. Personal (ambulant/Notaufnahme)	1
3	Koronare Herzkrankheit (KHK) ist dokumentiert → Medikamentös eingestellt (nach Standard)	1
82	Herzinfarkt Nachbehandlung (Präventiv) → Gabe von Blutgerinnungshemmer	5
114	Primärprävention (geringes Risiko einer KHK) → Medikamentöse Einstellung mit Blutfett-Senker	10

Auf Position 1 sind beunruhigende neue Symptome und mögliche Herzerkrankungen mit Priorität 1 angegeben. Patienten mit diesen Kriterien sollen vorrangig von medizinischem Personal, der Ambulanz oder in der Notfallaufnahme behandelt werden. Als Drittes in der Rangfolge sind Patienten mit einer koronaren Herz-

<sup>17</sup> Fuchs/Nagel/Raspe, DÄBl. 2009, A-554, 556.

krankheit, also einer Erkrankung der Herzkranzgefäße, die zu einem Herzinfarkt führen kann, gelistet. Dieser Rang betrifft Patienten, die schon medikamentös eingestellt sind. Auch hier ist die erste Priorität in der Behandlung gegeben.

Dann sehen wir in dieser verkürzten Tabelle einen Sprung auf die Position 82, die Herzinfarktnachbehandlung. Diese Patientengruppe ist medikamentös eingestellt, z.B. mit Gerinnungshemmern. Das Risiko der Verschlechterung des Befindens dieser Patienten ist als nicht akut eingestuft. Hier ist die Prioritätsstufe 5 von 10 angegeben. Die Erstellung dieser Liste geht initial auf die Arbeit verschiedener Expertengruppen zurück, ihr Inhalt wurde teils aus ökonomischen, teils aus medizinischen Daten zusammengestellt. Die Arbeitsgruppen bestanden insgesamt aus 67 Experten. Die endgültige Reihenfolge wurde von einer

18-köpfigen interdisziplinären Steuerungsgruppe festgelegt. In allen Gruppen waren überwiegend klinisch tätige Ärzte vertreten. Patienten, Politiker und andere Laien waren daran nicht beteiligt.<sup>18</sup> Es ist ersichtlich, dass die fachlichen Entscheidungen auch den Fachleuten überlassen wurden und dass die Politik wenig Einfluss auf das Geschehen hatte. Dies ist ein Beispiel für eine funktionierende Prioritätenliste, bei der sich professionelle Gruppen intensiv Gedanken gemacht haben, wie diese erschaffen werden kann und welche möglichen Folgen zu erwarten sind.

## 5. Wie ist also das Outcome in Schweden bei der Praktikabilität der Prioritätensetzung?

Ein Bericht der WHO hat gezeigt, dass überwiegend keine Definitionen von essenziellen Leistungen vorgenommen wurden. Die Prioritätenliste der Herzerkrankungen, die ich angesprochen hatte, ist eine Ausnahme. Die Priorisierungsordnung, auch „Rank of Order“ genannt, also Menschenwürde, Bedarf/Solidarität und Kosteneffektivität, wird wenig angewendet und das Prinzip des Bedarfs dominiert über die Kosteneffektivität. Dies ist aus der Perspektive der Mikroebene auch nachvollziehbar. Wer ärztlich tätig ist und Patienten behandelt, hat eine gewisse Verantwortung dem Kranken gegenüber. Wenn es keine klaren Richtlinien gibt, wie zu verfahren ist, dann macht der Mediziner im Regelfall das, was er im Sinne des Patienten für richtig hält. Und da hat der Wirtschaftlichkeitsgedanke nicht immer Vorrang. Eine effizientere Verbesserung der Versorgungssituation wurde bisher nicht erreicht. Es ist also nur eine aktuelle Ansicht des ganzen Prozesses, der ständigen Veränderungen unterworfen ist. Es ist vorbildlich, dass Schweden sehr viel dazu beigetragen hat, ethische Gedankengänge in die Entwicklung einer Priorisierung einzubringen.

Durch die Einführung von Diagnose Related Groups (DRGs) in der Deutschen Krankenhausfinanzierung wurde eine Leistungsbeschränkung erwartet.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Raspe*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen*, 2006, S. 115.

<sup>19</sup> *Buyx/Schöne-Seifert/Ach* (Fn. 18), S. 8.



DRGs sind Fallpauschalen, die ein Krankenhaus für eine Behandlung definierter Diagnosen erhält. Mehr Geld als diese Pauschale für den jeweiligen Behandlungsfall erhält das Krankenhaus in der Regel nicht. DRGs können z.B. eine Maßnahme sein, um verdeckte Rationierungen durchzuführen. Krankenhäuser arbeiten heutzutage gewinnorientiert bzw. versuchen keine Schulden zu machen. Wenn eine dieser DRGs keinen wirtschaftlichen Gewinn verspricht, dann werden Krankenhäuser mitunter versuchen, diese Behandlungen zu meiden. Dabei handelt es sich um eine verdeckte Rationierung.

## 6. Adaptionmöglichkeiten

Bezüglich möglicher Adaptionmöglichkeiten des deutschen Systems an das schwedische gibt es einige interessante Aspekte: Der Bund und die Länder und mitunter auch andere Akteure könnten Patientenvertreter in Deutschland mehr einbeziehen. In jedem schwedischen Landtag sitzt ein Patientenvertreter, der an der Gesundheitspolitik mitwirken kann. Das ist in Deutschland nicht der Fall, wie das Beispiel der elektronischen Gesundheitskarte zeigt: Patientenvertreter wurden erst spät einbezogen, nämlich erst zum Schluss, als die Grundstruktur beschlossen war, und auch zu diesem Zeitpunkt nur bedingt. In Schweden hat die Regierung Patientenvertreter in das Gesundheitswesen miteinbezogen.

Eine andere Adaptionmöglichkeit ist die Forschung und Anwendung von Public Health. Public Health ist auch ein Bereich, der von den Landtagen in Schweden gefördert und durchgeführt wird. Dieser Bereich ist – wenn auch nur bedingt – mit dem deutschen Gesundheitsamt vergleichbar. Bei Public Health geht es aber auch noch um viel mehr. Es beinhaltet nicht nur Tätigkeiten des Gesundheitsamts, wie beispielsweise Lebensmittelschutz, sondern auch Gesundheitsberichterstattung. Die Basis hierfür bildet die Epidemiologie. Epidemiologie beschäftigt sich u.a. mit folgender Fragestellung: Woher bekommen wir die nötigen Gesundheitsdaten, um Public Health evidenzbasiert zu erforschen und anzuwenden?

Diese Bereiche sind in Schweden wie auch in England staatliche Aufgaben und werden flächendeckend angewendet. Beispiele hierfür sind Anti-Raucher-Kampagnen. Behörden, Gesundheitszentren und soziale Träger arbeiten verzahnt fallbezogen miteinander. In England werden regelmäßig Kampagnen lanciert. Es laufen Spots im Fernsehen, die die Zuschauer anregen sich mehr zu bewegen oder sich mehr mit Themen wie Gesundheit und Ernährung zu beschäftigen. Dafür werden auch Telefon-Hotline-Nummern bereitgestellt. Bei einem Anruf bei den angegebenen Nummern bekommen die Anrufer qualifizierten Rat von Fachleuten – alles von staatlicher Seite finanziert. Manche Studien legen nahe, dass durch die Anwendung von Gesundheitsförderung und Prävention im Gesundheitswesen Kosten gesenkt werden können. Das wurde auch in Schweden erkannt und dieses Wissen wird nun eingebracht, um die Gesundheit der Bevölkerung zu verbessern und dadurch die Kosten für das Gesundheitswesen zu senken. Die Prioritätenliste

wurde dort sehr transparent diskutiert und implementiert. Eine solche Vorgehensweise ist in Deutschland bisher nicht bekannt.

## V. Das Gesundheitssystem in Großbritannien.

Das Gesundheitssystem Großbritanniens besteht aus vier Einzelsystemen der Länder Großbritanniens; Wales, Schottland, Nordirland und England. Es wird hier auf England Bezug genommen, weil England 84 % der Bevölkerung Großbritanniens ausmacht. Die weiteren 16 % sind auf die restlichen Länder Großbritanniens verteilt: Wales hat drei Millionen, Schottland 5,1 Mio. und Nordirland 1,7 Mio. Einwohner.<sup>20</sup> In Großbritannien werden die Gesundheitssysteme auch zum größten Teil aus öffentlichen Mitteln finanziert, insbesondere aus Steuern, zweckgebundenen Steuern und – wenn auch in geringem Umfang – aus Sozialversicherungseinnahmen.

Das britische Finanzministerium in London, „The Treasury“, ist für die Entwicklung der finanziellen Ressourcen, die für die Gesundheitsversorgung in Großbritannien zur Verfügung stehen, verantwortlich. Es handelt sich im Gegensatz zu Schweden und Deutschland um ein zentral gesteuertes Gesundheitssystem.

Das Gesundheitssystem in Großbritannien basiert auf dem schon erwähnten Beveridge-Modell.

### 1. Wie ist der „National Health Service“ organisiert?

Das Departement of Health (DH) ist für die Finanzierung zuständig und unterstützt den National Health Service (NHS) in seinen Aktivitäten. Dem DH unterliegen auf lokaler Ebene die „Primary Care Trusts“ (PCT). Die PCT sind regional so aufgestellt, dass sie für ein bestimmtes Territorium zuständig sind und die Versorgung der Bevölkerung in der jeweiligen Region regulieren. Es gab im Jahr 2007 in England 152 Primary Care Trusts.<sup>21</sup> Sie unterliegen der Kontrolle durch „Strategic Health Authorities“ (SHA). Auf der Mikroebene besteht eine Unterteilung in Primary Care und Secondary Care. Dabei ist Primary Care mit dem ambulanten Sektor in Deutschland, also z.B. niedergelassenen Ärzten, und Secondary Care mit dem stationären Sektor, also beispielsweise Kliniken, vergleichbar. Secondary Care ist gebietsweise in verschiedene Trusts aufgeteilt. Krankenhäuser werden durch NHS Trusts verwaltet, Altenheime durch Care Trusts. Der Eintritt in die Gesundheitsversorgung wird auf der Mikroebene durch das „Gate Keeper Modell“ gere-

---

<sup>20</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Das Gesundheitssystem in England – Kleine Landeskunde Großbritanniens, [www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik\\_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC380](http://www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC380), <aufgerufen am: 14.04.2009>.

<sup>21</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Das Gesundheitssystem in England – Regulierung des Gesundheitswesens in England, [www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik\\_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC383](http://www.bpb.de/themen/WZDR7I,0,Gesundheitspolitik_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC383), <aufgerufen am: 14.04.2009>.

gelt. Alle Engländer, die ins Gesundheitssystem der NHS eintreten – außer bei Notfällen – müssen zunächst den General Practitioner (GP) konsultieren. Der GP ist ein speziell ausgebildeter Arzt, der als Lotse im Gesundheitswesen fungiert, hierzulande vergleichbar mit dem Allgemeinmediziner. Der GP entscheidet, ob man zu einem Facharzt überwiesen wird, oder ob der Hausarzt die Behandlung selbst durchführen kann.

Neben den GPs im Primary Care gibt es parallel die Family Health Services bestehend aus Zahnärzten, Apothekern und Optikern. Des Weiteren stellen kommunale Gesundheitsdienste, Krankenhäuser und Tageskliniken sogenannte Community Health Services. Darunter werden fürsorgerische und pflegerische Tätigkeiten von Gemeindeschwestern, Hebammen und Krankenpflegepersonal zusammengefasst. Primary Care übernimmt mit Community Health Services und Family Health Services nicht nur die kurative Rolle, sondern wird auch im präventiven Bereich tätig.<sup>22</sup>

Dies hat zur Folge, dass England im Vergleich zu Deutschland eine niedrigere Facharzttdichte aufweist. Auch Krankenpflegepersonal übernimmt in England Tätigkeiten, die in Deutschland ärztliche Aufgaben sind.<sup>23</sup> In der Primary Care gibt es flächendeckend medizinische Versorgungszentren. Ein medizinisches Versorgungszentrum ist ein Gebäude, in dem Ärzte und weitere Leistungserbringer niedergelassen sind und die Gesundheitsleistungen ambulant übernehmen. Wenn die Versorgung dort nicht möglich ist, wird der Patient ins Krankenhaus überwiesen.

Im NHS besteht keine freie Arztwahl. Der Patient geht zu demjenigen Arzt, der dem Postleitzahlengebiet des gemeldeten Wohnortes des Patienten zugeordnet ist. So haben die Bewohner eines Postleitzahlengebiets vielleicht drei Ärzte zur Auswahl und müssen hoffen, dass sie beim Arzt ihrer Wahl behandelt werden können.

Primary Care Trusts verwalten die Gesundheitsversorgung nach Budgets. Wenn ein Primary Care Trust nicht so gut wirtschaftet wie ein anderer, kann es zu Nachteilen in der Versorgungsstruktur kommen. Der Primary Care Trust im Postleitzahlengebiet nebenan arbeitet vielleicht besser – aber Zugang zu diesem Gebiet hat man als NHS-Versicherter nicht unbedingt. Im Volksmund wird dieser Zustand „Post Code Lottery“ genannt, übersetzt Postleitzahlen-Lotterie.

Auch das englische Gesundheitssystem hat wie viele Staaten mit langen Wartezeiten in der Gesundheitsversorgung zu kämpfen. Die Regierung hat in den letzten Jahren mehrere Reformen umgesetzt, die diesen Wartezeiten entgegensteuern sollten, und viel Geld in neue Pflegekräfte und Ärzte investiert. Die Wartezeiten sind daraufhin massiv zurückgegangen. Inzwischen gibt es Gesetze, die Wartezeiten über 18 Wochen entgegenwirken sollen. Wenn die 18 Wochen überschritten sind,

---

<sup>22</sup> Bundeszentrale für politische Bildung (Fn. 21).

<sup>23</sup> ESS-Europe, Krankenversicherungswesen Großbritanniens, practice nurse – nicht nur der Arzt darf verschreiben, [www.ess-europe.de/europa/krankenversicherung\\_england.htm](http://www.ess-europe.de/europa/krankenversicherung_england.htm), <aufgerufen am: 07.03.2009>.

kann der Patient in einen anderen Primary Care Trust wechseln und sich dort behandeln lassen. Die Anzahl der Personen, die länger als sechs Monate auf eine stationäre Behandlung warten müssen, nahm von 265.000 im März 2000 auf 12.000 im November 2005 ab. Die Zahl der Personen, die mehr als 13 Wochen auf eine Behandlung im ambulanten Bereich warten mussten, fiel von 390.000 im März 2000 auf rund 40.000 im September 2005.<sup>24</sup>

Die Finanzierung des National Health Service ist zu ca. 80 % durch Steuern gedeckt und zu ca. 15 % durch die „National Insurance“, die das soziale Versicherungssystem darstellt.<sup>25</sup> Sachleistungen sind größtenteils durch Steuern und Gesundheitsleistungen durch einen Globalbeitrag finanziert. Dieser setzt sich aus Bruttoeinkommens- und Arbeitgeberanteilen zusammen. Der Steuerbeitragsatz für Arbeitnehmer liegt bei 11 %, für Arbeitgeber bei 12,5 %, jeweils vom Wochenverdienst. 90 % aller Ärzte und 95 % aller Krankenhausbetten sind dem NHS unterstellt. Es gibt aber auch viele private Anbieter von Gesundheitsleistungen. Überhaupt findet man im NHS eine große Beteiligung privater Investoren, die im Hintergrund langjährige Verträge mit den jeweilig zuständigen Trusts abgeschlossen haben. Verschiedene Bereiche des NHS sind privatisiert worden. So wurde beispielsweise der Wäsche- und Putzservice in Krankenhäusern frühzeitig in den neunziger Jahren ausgelagert. Zunehmend unterliegen auch verschiedene Bereiche der Logistik einem Outsourcing-Prozess. Sogar die Sammlung der Gesundheitsdaten wurde an externe Dienstleister vergeben. Dies ist in die Kritik geraten, da das zentrale System der Datensammlung – ein großer Vorteil eines zentral ausgerichteten Gesundheitssystems – nun nicht mehr so gut abrufbar ist. Der NHS muss die Daten von den verschiedenen Dienstleistern zurückkaufen, um sie dann zusammenführen und auswerten zu können. Es wird zudem bemängelt, dass die erhobenen Gesundheitsdaten zunehmend in den Krankenhäusern und in den Primary Care Trusts verbleiben, anstatt zentral zusammengeführt und ausgewertet zu werden.<sup>26</sup> Das ist eine Entwicklung, die aus gesundheitswissenschaftlicher Sicht eher negativ zu bewerten ist.

Zudem steigt die Zahl der Privatversicherten stetig an. Im Jahr 2005 verfügten über 16 % der Briten über eine private Krankenzusatzversicherung.<sup>27</sup> Damit können die Wartezeiten umgangen werden. Private Anbieter haben Krankenhäuser gebaut und Praxen eröffnet und dadurch natürlich auch eine Zweiklassenmedizin gefördert. Die Budgetierung im NHS erfolgt anhand der Einwohnerzahl. Grundsätzlich ist die Behandlung im NHS kostenfrei. Es gibt aber Zuzahlungen bei Brillen, Zahnersatz<sup>28</sup> und Medikamenten.

---

<sup>24</sup> Wilcox/Seddon/Dunn et al., Health Affairs July/Aug. 2007, 26 (4):1078–1087.

<sup>25</sup> PKV Publik, PKV und Europa, Rationierung und Wartezeit im britischen Gesundheitssystem, 2007 (4), 44.

<sup>26</sup> Pollock, NHS plc, Privatising the NHS – an overview, 2005, S. 49.

<sup>27</sup> PKV Publik (Fn. 25), 45.

<sup>28</sup> Pollock (Fn. 26), S. 41.

Im NHS hat man, ähnlich wie in Schweden, früh damit angefangen, Prioritätensetzung und Rationierung zu identifizieren und im Gesundheitssystem einzuführen. Es wurde eine Behörde ins Leben gerufen, die jetzt die Bezeichnung National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) trägt. Die Diskussionen scheinen aber differenzierte Überlegungen zur Einsetzung von Prioritäten überlagert zu haben. In einem Bericht über das NICE äußerte sich ein Komitee des Unterhauses im Jahr 2002 folgendermaßen: „Priorisation of healthcare spending is an issue of overwhelming importance, and during the course of the inquiry it has become clear to us that more open debate on healthcare prioritisation needs to take place... We wish to record our view that the government must work to achieve a comprehensive framework or health prioritisation, underpinned by an explicit set of ethical and rational values...“.<sup>29</sup> Wie im Deutschen Ärzteblatt berichtet, eröffnet eine neue Zuzahlungsregelung bei Medikamenten neue Wege für zahlungskräftige Patienten im NHS. Die vorherige Regelung besagte, dass die Leistungen für alle NHS-Patienten immer gleich sind. Wenn der Patient Medikamente selbstständig besorgte, dann wurde er für diese Behandlung aus der NHS-Versorgung ausgeschlossen und musste die Kosten für die Behandlung selbst tragen. Nun kann der zahlungswillige und zahlungsfähige Patient zusätzliche oder bessere Medikamente als in der Regelversorgung erlaubt sind, in die NHS-Behandlung integrieren und bleibt trotzdem in der Versorgung der NHS. Es wird von britischen Ärztevertretern bemängelt, dass diese Regelung eine Zweiklassenmedizin forciert.<sup>30</sup>

## 2. Mögliche Vorteile und Nachteile des NHS

Eine zentrale Regulierung des Gesundheitswesens ist mit einigen Vorteilen behaftet. So besteht eine größere Vernetzung im Gesundheitssystem, wodurch sich Reformen und Projekte mitunter schneller realisieren lassen als in einem dezentral ausgerichteten Gesundheitssystem. Durch diese Vernetzung sind auch Standards einfacher zu implementieren. Die ambulante Gesundheitsversorgung von Allgemeinärzten (GP) arbeitet eng zusammen mit anderen staatlichen Organen zum Wohle des Patienten. Probleme gibt es in Großbritannien durch die chronische Unterfinanzierung. Es gibt natürlich, wie man an den Wartezeiten sieht, gewisse Behandlungs- und Versorgungsdefizite. Sowohl in England als auch in Schweden ist keine ausreichende Zahl an Pflegeeinrichtungen zu finden. Wenn ältere Patienten aus dem Krankenhaus in die stationäre Pflege entlassen werden könnten, sind diese Betten durch die Unterversorgung in der Pflege nicht mehr für die Regelversorgung verfügbar. Dieser Zustand wird in Medizinerkreisen „Bed-blocking“ genannt. Dies ist aber nicht der einzige Grund, und nicht der Kerngrund, warum lange Wartezeiten auftreten. Dünn besiedelte Gebiete sind schon daher besonders

---

<sup>29</sup> Raspe, in: *Buyx/Schöne-Seifert/Ach* (Fn. 18), S. 107.

<sup>30</sup> [www.aerzteblatt.de](http://www.aerzteblatt.de), Großbritannien: Zuzahlungsregelung sorgt für Streit, [www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=35732](http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=35732), <aufgerufen am: 10.03.2009>.

betroffen, da es dort nicht die erforderliche Krankenhausedichte gibt. In der Vergangenheit war auch Fachkräftemangel aufgrund von schlechter Bezahlung in England ein großflächiges Problem. Die Regierung hat jedoch eine Menge investiert, um die Grundstruktur des Gesundheitssystems zu verbessern und die Gesundheit der Bevölkerung sicherstellen zu können. Als Nachteil ist natürlich die oben angesprochene Post-Code-Lottery zu nennen. Neben der NHS gibt es auch einen stark wachsenden Markt für private Krankenversicherungen, der die Chance auf eine bessere und schnellere Gesundheitsversorgung im Vergleich zum Regelsystem bietet.

Dadurch, dass die Bevölkerung mit Wartezeiten auskommen musste und dies teilweise noch immer muss, hat das NHS einen schlechten Ruf in der Bevölkerung. Der Anteil privat versicherter Bürgern stieg entsprechend. 11,3 % der Briten nehmen derzeit private Krankenversicherungsleistungen in Anspruch.<sup>31</sup> Die Tendenz geht eindeutig in diese Richtung. Englische Patienten, die eine private Krankenversicherung haben, müssen aber zusätzlich das NHS mitfinanzieren. Da das NHS durch Steuern finanziert wird, führt kein Weg daran vorbei. Privat Versicherte zahlen daher doppelt – einmal die Steuern und zusätzlich ihre Beiträge für die Privatversicherung. Der trotz dieser Doppelbelastung hohe Anteil privater Krankenversicherung ist auch damit zu begründen, dass Firmen sich an den Kosten für die private Krankenversicherung ihrer Arbeitnehmer beteiligen.

## VI. Fazit

Die deutsche Politik hat sich bislang damit schwer getan, eine auf ethischen Grundlagen basierte öffentliche Diskussion über Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen zu fördern. Die Suche nach Kriterien für fundierte Rationalisierungs- und Priorisierungsverfahren im gerechtigkeitstheoretischen Kontext ist im Ausland deutlich fortgeschritten.<sup>32</sup> Die gleiche Problematik wie in Deutschland gibt es auch in anderen europäischen Ländern wie Frankreich, Spanien, Italien, Griechenland und Portugal.<sup>33</sup>

Bis heute ist noch keine breite ethische Diskussion über die Thematik in Deutschland zu erkennen. Bisweilen entscheidet in Deutschland der Gemeinsame Bundesausschuss über Behandlungen, Therapien und Medikamente u.s.w., die für die gesetzliche Krankenversicherung zugelassen werden. Die ersten umfangreichen Diskussionsbeiträge zum Thema Priorisierung erschienen in Deutschland im Jahr 2000. Im April 2000 veröffentlichte die Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (ZEKO) eine Stellungnahme mit dem Titel: „Prioritäten in der

---

<sup>31</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Das Gesundheitssystem in England – Regulierung des Gesundheitswesens in England, [www.bpb.de/themen/WZDR71,0,Gesundheitspolitik\\_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC381](http://www.bpb.de/themen/WZDR71,0,Gesundheitspolitik_Lernobjekt.html?lt=AAAC148&guid=AAAC381), <aufgerufen am: 14.04.2009>.

<sup>32</sup> Buyx/Schöne-Seifert/Ach (Fn. 18), S. 9.

<sup>33</sup> Raspe, in: Schöne-Seifert/Buyx/Ach (Fn. 18), S. 108.

medizinischen Versorgung im System der Gesetzlichen Krankenversicherung: Können und müssen wir uns entscheiden?<sup>34</sup>

Die Gesundheitssysteme Europas sind unterschiedlich strukturiert, rücken aber dennoch merklich zusammen. Auch steuerfinanzierte Systeme sind nicht ausschließlich durch Steuern finanziert; Ausgaben einzelner Bürger und Investitionen privater Unternehmen fließen vermehrt in das System ein. Im Gegenzug werden Systeme, die überwiegend durch Beiträge der Krankenkassen finanziert sind, zunehmend mit Steuern und Geldern einzelner Bürger sowie Geldern privater Unternehmen unterhalten.

Alle Systeme Europas haben aber mit knappen Ressourcen und höheren Ausgaben in der Medizin zu kämpfen. Die Zukunft wird zeigen, mit welchen Steuerungsmaßnahmen die Gesundheitssysteme Europas versuchen werden, eine gerechte Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel im Gesundheitswesen zu erreichen.

---

<sup>34</sup> Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, DÄBl. 2000, A-1017 ff.





# Perspektiven für die Entwicklung der Gesundheitssysteme

*Dr. med. Dr. h.c. Otmar Kloiber*

## **I. Einführende Darstellung über die Arbeit des Weltärztebundes**

Der Weltärztebund (World Medical Association – WMA) sieht sich als die globale Vertretung der Ärzteschaft. Er umfasst derzeit Ärzteverbände aus 95 Mitgliedsländern als Mitglieder (“konstituierende Mitglieder“). Die WMA nimmt in der Regel nur den Ärzteverband mit dem höchsten Repräsentationsgrad in einem Land auf. Für Deutschland ist dies die Bundesärztekammer, ferner u.a. die Österreichische Ärztekammer, die British Medical Association oder die American Medical Association. Seine Arbeit, die Interessenvertretung (oder neudeutsch: *advocacy*), sieht der Weltärztebund nicht nur im Interesse der Ärzte, sondern auch und vor allem im Sinne der Patienten.

Der Weltärztebund hat bis zum Beginn des 2. Weltkrieges eine Vorläuferorganisation: Die l'Association Professionnelle Internationale des Médecins (APIM). Dieser Verband war ein klassischer Ärzteverband, der sich um die beruflichen Interessen der Ärzte kümmerte. Er hörte faktisch 1939 mit dem Beginn des 2. Weltkrieges auf zu arbeiten. Bereits vor dem offiziellen Ende des 2. Weltkrieges war klar, dass man diesen Verband nicht fortführen würde, was auch mit dem Missbrauch der Medizin in den Konzentrationslagern und den Gefängnissen, insbesondere mit den medizinischen Versuchen, die dort durchgeführt wurden, zu tun hatte.

Mit der Gründung des Weltärztebundes am 18. September 1947 in Paris, wenige Tage nach dem Ende des Ärzteprozesses in Nürnberg, wurde dann auch deutlich, dass der Weltärztebund sich besonders auf die medizinische Ethik und die Berufsordnung – also auf die Deontologie des ärztlichen Berufes – konzentrieren würde. Dies ist auch nach wie vor der Kern der Arbeit. Der Weltärztebund beschäftigt sich in erster Linie mit Fragen der ärztlichen Ethik und versucht, einen globalen Konsens zu erreichen. Das ist ihm für die meisten Themen ärztlicher Ethik auch ganz gut gelungen: In 90 – 95 % der Arbeit konnte ein globaler Konsens erreicht werden. Wenn es jedoch zu den Fragen über den Beginn und das Ende des menschlichen Lebens kommt, dann scheiden sich die Geister. So gibt es bei der Frage der Euthanasie zwei Abweichler: die Niederlande und Belgien, wo die Ärzteschaft mittlerweile eine positive, wenn nicht gar prononcierte Einstellung für die Euthanasie eingenommen hat. Es gibt dann allerdings auch einen sehr großen Block (nämlich alle übrigen Mitgliedsländer), in denen die organisierte Ärzteschaft es kategorisch ablehnt, an der Euthanasie beteiligt zu sein. Ferner gibt es die Fragen der Reproduktionsmedizin, wo die Teilung der Auffassungen wahrscheinlich eher gleichmäßig zu sein scheint, und das sowohl zwischen den Ländern, als auch in den Ländern selbst. Die Diskussion über embryonale Stammzellen hier in Deutschland ist ein gutes Beispiel: Es gibt ein großes Lager der Befürworter und es gibt ein ungefähr gleichgroßes der Gegner; das ist weltweit ähnlich. Es gibt andere Fragen, die sich an den Landesgrenzen teilen: z.B. Leihmutterchaft. Diese ist in etlichen Ländern erlaubt, in Deutschland und in vielen anderen Ländern aber nicht. Bei diesen Fragen gibt es keinen globalen Konsens innerhalb der Ärzteschaft, weder zwischen den Nationen und oft auch nicht innerhalb derselben.

Die Tätigkeit des Weltärztebundes ist jedoch nicht auf ethische Fragen begrenzt. Wir leben in einer realen Welt und die Frage, wie sich Ärzte verhalten, ist oft auch davon abhängig, in welchem Umfeld sie arbeiten müssen, in welche Regelungssysteme sie gezwungen sind, oder kurz, in welchen materiellen Verhältnissen sie tätig sind. Daher ist es auch wichtig, dass die Organisation sich mit den sozialmedizinischen und den sozialökonomischen Fragen beschäftigt und versucht, zu diesen Fragen, Vorschläge und Richtlinien zu erarbeiten.

Der Weltärztebund vertritt die Ärzte bei den internationalen Organisationen, an vorderster Stelle bei den Vereinten Nationen mit ihrem Wirtschafts- und Sozialausschuss. Er vertritt die Ärzte bei der Weltgesundheitsorganisation, die auch in Genf beheimatet ist, bei dem Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen (UNDP), bei der Organisation für Erziehung, Wissenschaft und Kultur (UNESCO), die sich auch mit Fragen der Bioethik beschäftigt hat, bei UNICEF, dem Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen, das in mancherlei Hinsicht mehr Gesundheitsaufgaben als die WHO ausführt und bei der internationalen Arbeitsorganisation, ILO, der internationalen Organisation für Migration IOM, um nur einige Beispiele zu nennen. Daneben sind es aber auch private Organisationen wie z.B. die internationale Medizinstudierendenschaft, die mit dem Weltärztebund zusam-

men das Büro teilt, oder aber auch die Arzneimittelhersteller mit ihrem globalen Verband IFPMA.

Zusammen mit den Krankenschwestern, den Zahnärzten und den Apothekern bildet der Weltärztebund die „World Health Professions Alliance“, deren Sekretariat zurzeit von ihm geführt wird. Mit dieser Allianz kann häufig in der Gemeinsamkeit der Gesundheitsberufe eine Meinung vorgetragen werden.

Schließlich werden regionale und nationale Ärzteorganisationen unterstützt, wenn diese es wünschen. Es wird Unterstützung zur ärztlichen Selbstverwaltung geliefert, der eine wichtige Rolle in der Medizin zuzurechnen ist, denn gerade bei der Entwicklung von Gesundheitssystemen schafft Selbstverwaltung Perspektiven und Entwicklungsmöglichkeiten. Letztlich bietet der Weltärztebund derzeit Lernprogramme zu den Themen: Ärztliche Ethik, Gefängnismedizin und Tuberkulose.

Zusammengefasst: Der Weltärztebund entwickelt ethische und sozialmedizinische Empfehlungen für Ärzte und ihre Organisationen, ist eine Interessenvertretung des Berufes auf globaler Ebene und hat Serviceangebote für ärztliche Organisationen und ihre Mitglieder.

## II. Die globale Situation des Gesundheitswesens

Um den Fokus auf die globale Situation des Gesundheitswesens zu richten, so zeigt sich dort ein ziemlich düsteres Bild! Wenn man die Gelegenheit hätte, die Welt bei Nacht aus dem Weltraum zu beobachten, dann würde man ungefähr das in Abbildung 1 angeführte Bild sehen können. Diese aus vielen Satellitenaufnahmen zusammengesetzte Erdsicht stellt unseren Planeten bei Nacht dar. Einige Teile können gut erkannt werden: So ist Nordamerika und der südliche Teil von Kanada zu sehen. Es sind die kontinentalen Ränder von Lateinamerika zu erkennen. Ferner ist Europa gut und Japan sehr leicht auszumachen.

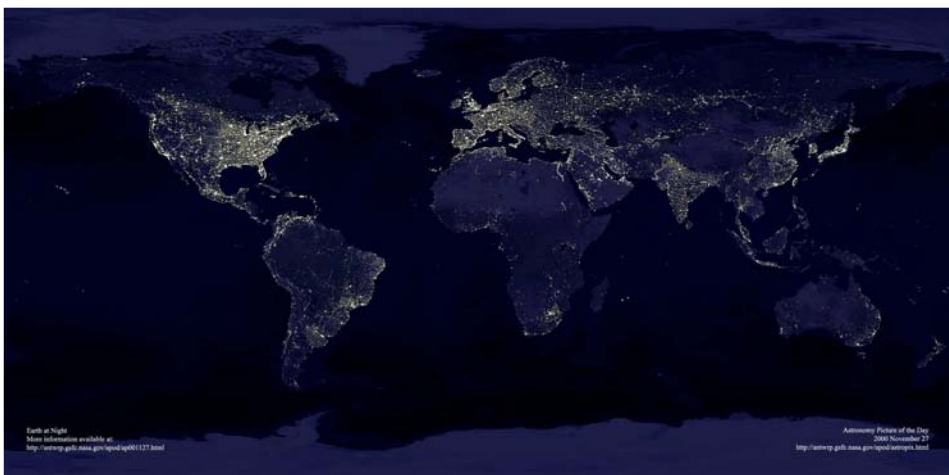


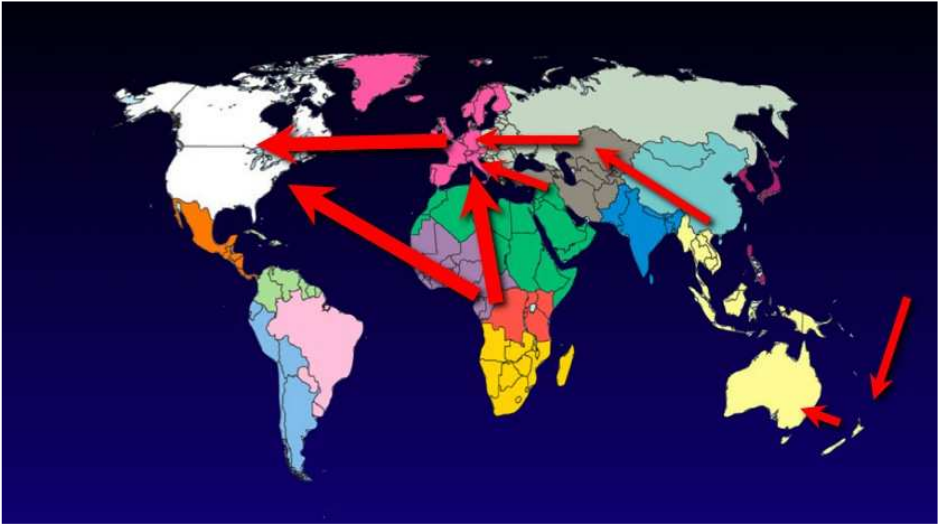
Abbildung 1: Die Welt bei Nacht aus dem Weltraum

Wie Japan erscheint Südkorea vom asiatischen Festland abgetrennt. Natürlich ist Südkorea keine Insel. Das, was auf dieser Karte wahrzunehmen ist, sind die Lichter, welche die Städte und Straßen nachts erhellen. Aber Nordkorea ist komplett dunkel. Genauso scheint Afrika verschwunden und auch große Teile von Lateinamerika sind nicht sichtbar.

Dieses Bild ist auch eine wunderbare Repräsentation der Ressourcenverteilung auf dieser Welt. Auf diesem Bild ist zu sehen, wo auf dieser Welt Wohlstand herrscht; wo Ressourcen verbraucht werden. So, wie in der Nacht auf diesem Planeten das Licht verteilt ist, so ist auch die gesundheitliche Versorgung verteilt. Dort, wo es auf dieser Karte schwarz ist, dort sollte auch nicht viel an gesundheitlicher Versorgung erwartet werden. Es existiert in dieser Welt eine unglaubliche Ungleichheit der Verteilung von Ressourcen. Sie manifestiert sich gegenwärtig – um damit auf das größte Problem der Ärzteschaft und der Gesundheitsberufe insgesamt zu kommen – auch und vor allem in einer starken Wanderbewegung der Ärzte.

Der Ärztemangel in Deutschland ist sicherlich bekannt. Ganz besonders in den neuen Bundesländern klagen viele Städte und Gemeinden darüber, dass keine ausreichende Zahl an Ärzten zur Verfügung steht. Gerade die Hausärzte scheinen in Ostdeutschland „auszusterben“. Es werden derzeit nach Deutschland Ärzte aus den östlichen Nachbarländern, aber auch aus Asien importiert. Aber nicht nur Deutschland importiert Ärzte, sondern auch dessen westliche und nördliche Nachbarn, besonders Großbritannien oder Skandinavien. Es gibt in Europa einen Migrationstrom von Osten nach Westen. Interessanterweise hat Deutschland aber nicht nur eine Immigration, sondern eine zahlenmäßig ungefähr gleichgroße Emigration von Ärzten insbesondere in die angelsächsischen Länder, aber auch nach Frankreich oder in die Niederlande. Diese Ost-West-Migration folgt in erster Linie einem Geldgradienten: Je weiter man nach Westen geht, desto besser wird die Bezahlung.

Wenn die Ärzte jedoch befragt werden, warum sie wandern, dann kann festgestellt werden, dass die Bezahlung nur ein Grund ist. Fast genauso wichtig sind die unzureichenden oder schlechten Arbeitsbedingungen. Ärzte klagen darüber, dass sie ihren Patienten nicht helfen können, dass sie zu viel Zeit mit Bürokratie verschwenden, dass sie selber keine Freizeit mehr für sich haben. Interessanterweise ist die Motivationslage bei den Ärzten, die aus Afrika auswandern, wenn auch wirtschaftlich auf einem ganz anderen Niveau, sehr ähnlich. Die WHO nennt im Weltgesundheitsbericht 2006 [1] die Arbeits- und Lebensbedingung als fast gleichgewichtig zu der Entlohnung als Grund, warum Ärzte ihr Land verlassen. Obwohl der Migrationsstrom von Ärzten aus Afrika in die reichen Länder des Nordens gemessen an den Zahlen in Deutschland vergleichsweise klein ist, stellt diese Süd-Nord-Migration nach Europa und besonders nach Nordamerika für die armen Länder dieser Welt (siehe Abbildung 2) eine echte Katastrophe dar.



**Abbildung 2: Globale Migration von Ärzten**

Einige der OECD Länder – und in der OECD sind nur die reichen Länder dieser Welt – decken Ihren Arztbedarf aus dem Ausland. Neuseeland, Großbritannien oder die Vereinigten Staaten, beziehen einen Großteil ihrer Ärzte aus dem Ausland, das heißt, sie bilden die Ärzte nicht selbst aus, sondern importieren sie. Und, wie erläutert, Deutschland tut dies auch, wenn auch in geringerem Umfang.

Es ist also Folgendes festzuhalten: Die reichen Länder importieren Ärzte. Das ist allein deshalb ein Problem, weil die Ausbildung von Ärzten eine recht kostspielige Angelegenheit ist. Länder, die Ärzte importieren, sparen eine Menge an Geld und Ressourcen, weil sie diese nicht für Ausbildung ausgeben müssen. Umgekehrt – und dabei wird wieder auf Afrika zu sprechen sein kommen – kann festgestellt werden, dass die afrikanischen Staaten einen Großteil ihrer Ärzte an die reichen Länder dieser Welt verlieren (siehe Abbildung 3). So verliert z.B. Südafrika fast 40 % seiner Ärzte an OECD Staaten, Ghana immerhin fast 30 %, Angola 25 %. Dies sind wohlgerne nur die Abgänge an OECD Staaten. Abgänge in andere Staaten sind in der Abbildung nicht enthalten. Zimbabwe, z.B. gibt 1/10 seiner Ärzte an die OECD Länder ab, aber ein viel größerer Teil der zimbabweischen Ärzte wandert in das Nachbarland Südafrika ab.

Es sind es die ganz armen Länder in Afrika, Zimbabwe, Tansania, Mosambik, die einen Großteil ihrer Ärzte verlieren, nicht nur an OECD Länder, sondern auch an die etwas reicheren Nachbarstaaten oder aber auch an andere reiche Staaten in dieser Welt, die nicht OECD-Mitglieder sind. In den armen Ländern dieser Welt gehen massiv qualifizierte Arbeitskräfte im Gesundheitswesen verloren.

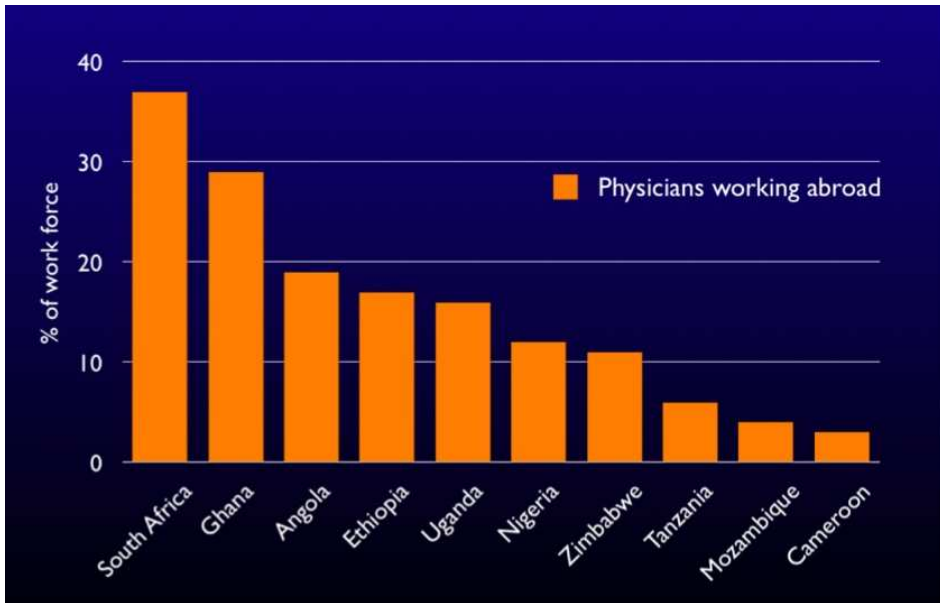


Abbildung 3: Verlust der Ärzte in afrikanischen Ländern

Im Weltgesundheitsbericht 2006 hat die WHO versucht, die Bedeutung dieser Migration graphisch darzustellen. In dieser Graphik (siehe Abbildung 4) sind auf der X-Achse die „percentage of global workforce“ zu finden. Das ist der Anteil an Arbeitskräften im Gesundheitswesen, der in einer bestimmten Region der Welt arbeitet. Oder anders ausgedrückt: Die X-Achse verrät, wo auf dieser Welt die Gesundheitsfachkräfte tätig sind. Auf der Y-Achse sind die direkten und indirekten Gesundheitslasten abgetragen. Sie zeigt, wie stark die Regionen in der Welt unter Krankheiten leiden. Die Grafik zeigt, dass Kontinente wie Afrika oder Südostasien, die sehr stark von Gesundheitsproblemen wie z.B. HIV, AIDS, Tuberkulose und Malaria betroffen sind und die damit einen großen Teil der Gesundheitslasten tragen, nur auf einen ganz kleinen Teil der Fachkräfte im Gesundheitswesen zurückgreifen können. Umgekehrt stehen den relativ gesunden Europäern und Amerikanern die meisten Gesundheitsfachkräfte zur Verfügung. Die Ressourcenverteilung, genauer die Verteilung der Humanressourcen, befindet sich in einer massiven Schiefelage: Jene, die medizinische Hilfe benötigen, haben sie nicht, und diejenigen, denen es relativ gut geht, haben eine recht hohe Konzentration an Gesundheitsfacharbeitskräften.

Darüber hinaus muss festgestellt werden, dass die reichen Länder über etwas verfügen, was die armen Länder schlicht nicht haben: Ein Gesundheitssystem. Das, was in Mittel- und Westeuropa einfach als gegeben angesehen werden kann: Die Verfügbarkeit eines Arztes, das Krankenhaus in erreichbarer Nähe oder auch

das Telefon, mit dem man einen Arzt oder einen Krankenwagen anrufen kann, gibt es für viele Menschen in den ärmeren Ländern nicht.

Distribution of health workers by level of health expenditure and burden of disease, by WHO region

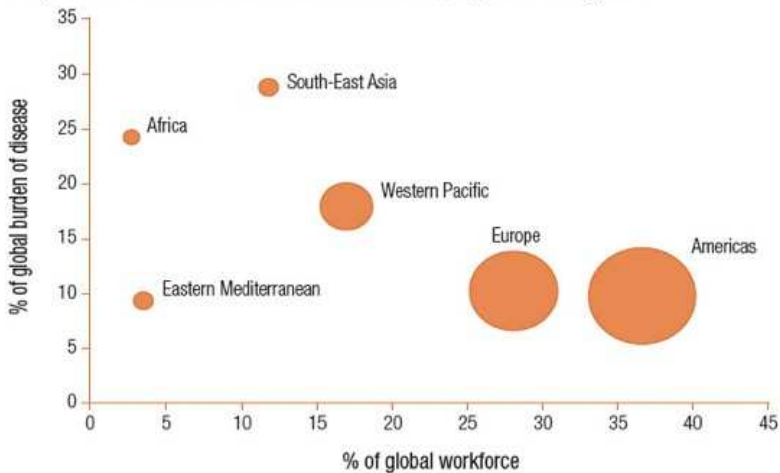


Abbildung 4: Graphische Darstellung der globalen Verteilung von Lasten und humanen Ressourcen im Gesundheitswesen

### III. Die historische Entwicklung der Gesundheitssysteme

Die Entwicklung der Gesundheitssysteme lässt sich daher besonders gut in Europa beobachten: In Europa, zumindest bis in die 90er Jahre, existierten drei „Weltbilder“ von Gesundheitssystemen, die verbunden sind mit den Namen Otto von Bismarck, Nikolas Semaschko und William Beveridge. Die gesetzliche Krankenversicherung, Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland eingeführt, hat eine erste nationale Struktur geschaffen. Wobei man sagen muss, dass das System selbst nicht ganz zutreffend mit dem Namen Bismarcks verbunden ist. Bismarck konnte dieses schlicht nicht verhindern und hat es deshalb zum Gesetz gemacht. Er hätte sonst wahrscheinlich riskiert, dass sich die Sozialisten das Thema Gesundheit zu Eigen gemacht hätten. Die Idee der Krankenversicherung als eine soziale Versicherung ist in Deutschland wesentlich älter. Die ersten Verbände, die später auch in die Krankenversicherung übergegangen sind, entstanden im 15. Jahrhundert. Das waren die Knappschaften. Die ältesten Ersatzkassen, wie sie jetzt heißen, sind über 200 Jahre alt. Es ist also nicht so, dass die soziale Krankenversicherung von Bismarck erfunden oder geschaffen worden ist. Im Gegenteil, die durch das Gesetz

geschaffenen Krankenkassen sollten die Gebilde, die bereits existierten, insbesondere die Ersatzkassen, überflüssig machen. Das Modell der Krankenversicherung mit dem Namen Bismarcks zu verbinden ist also ein wenig Geschichtsklitterung.

Das Semaschko-System: Die Sowjetunion entwickelte in der ersten Hälfte des 20sten Jahrhunderts ein staatliches Gesundheitswesen unter Führung von Nikolas Semaschko. Es wurde lange Zeit in den sozialistischen und kommunistischen Kreisen als ein hocheffizientes Modell hochgehalten. Die Wirklichkeit sah ganz anders aus: Entweder war man ein Teil des Systems oder genauer der Nomenklatur und wurde versorgt oder man war es nicht und wurde schlecht bzw. gar nicht versorgt. Diese bittere Realität wurde in aller Klarheit erst nach dem Zerfall des Kommunismus 1991 deutlich.

Schließlich zu William Beveridge: Er machte den Versuch, Sozialversicherungen durch ein staatliches Gesundheitswesen zu ersetzen, dem National Health Service (NHS). Die Idee war, dass eine durchgehende staatliche Grundversorgung für alle eine präventive Wirkung entfalten sollte. Eine besser versorgte Bevölkerung würde weniger krank und letztendlich müsste man weniger Geld für die gesundheitliche Versorgung ausgeben. Soweit die Theorie. In der Wirklichkeit funktionierte das so einfach nicht: Präventive Maßnahmen lohnen sich, das ist richtig. Sie verbessern die Lebensqualität und verlängern unser Leben. Aber der präventive Ansatz führt nicht dazu, dass am Ende kein oder grundsätzlich weniger Geld für Gesundheitsversorgung ausgegeben werden muss. Der Gewinn der Prävention liegt in einem längeren und besseren Leben, nicht in einer fiskalischen Ersparnis.

Wenn man die Kernelemente der Modelle grob skizziert und vergleicht, ergeben sich folgende Kernaussagen:

1. Im bismarckschen Sozialversicherungsmodell sind die „Bezahler“ der Leistungen die Sozialversicherungen oder genauer die Krankenversicherungen. Im Beveridge-Modell und Semaschko-Modell ist dies der staatliche Gesundheitsdienst.
2. Im echten Sozialversicherungsmodell werden die Geldmittel durch Krankenversicherungsbeiträge aufgebracht; anders als im Beveridge- und Semaschko-Modell, in dem das Geld aus allgemeinen Steuern stammt.
3. Die Leistungsträger: Im Semaschko-System sind diese fast ausschließlich öffentlich angestellt. Im Gegenteil dazu finden wir in Sozialversicherungssystemen ein sehr starkes Gewicht, aber keine Ausschließlichkeit, auf einer privaten Leistungserbringung. Dazu gehören private Arztpraxen, private Krankenhäuser, private Labors und andere Einrichtungen in privater Trägerschaft. Diesen Mix gibt es auch im Beveridge System. Allerdings ist dort der Anteil privater Leistungsträger geringer. Es liegt ein stärkeres Gewicht auf öffentlichen Einrichtungen.
4. Für die Menschen letztendlich die entscheidende Frage ist aber: „Welche Rechte habe ich?“ Als Versicherter in einer Sozialversicherung, hat man einen *individuellen* Anspruch. Dieser Anspruch ist belastbar, und daran hat



in Deutschland das Bundessozialgericht auch keinen Zweifel zugelassen. Im Beveridge-System liegt der Schwerpunkt auf dem *kollektiven* Anspruch. Dieser Unterschied spielt dann eine Rolle, wenn man als Patient ein ganz besonders teurer Fall ist oder eine ganz besonders seltene Erkrankung hat und einer ganz besonderen Behandlung bedarf. Der Anspruch gegenüber dem staatlichen Gesundheitswesen ist ein kollektiver und kein individueller. Genauso muss man das wohl für die Semaschko-Systeme beurteilen, obwohl dem Autor nicht bekannt ist, ob es Streitfälle vor Gerichten gegeben hat. Man darf allerdings annehmen, dass diese wohl politisch nicht opportun gewesen wären.

Nach 1990 haben sich die Gesundheitssysteme weiterentwickelt. Um diese Entwicklung besser zu verstehen, lohnt es sich, auf die globalpolitischen Veränderung zu blicken: Die Westeuropäer haben 1990 ein Feindbild verloren. Es gab bis 1990 eine wunderbare Dualität auf dieser Welt: Je nachdem von welcher Seite aus man das betrachtete, waren die Einen „gut“ und die Anderen „böse“. Es ist jedoch jeweils nicht nur der Feind, sondern es sind auch Rechtfertigungsgründe für politisches Handeln abhanden gekommen.

Im Westen, gerade aber auch in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis 1991, ging es immer auch darum, den Bürgern zu jedem Zeitpunkt zu demonstrieren und glaubhaft machen zu können, dass sie nicht nur wirtschaftlich, sondern auch politisch besser gestellt waren. Es ging darum, zeigen zu können, dass man in einem freien Land lebte und, dass dieses Land demokratisch und rechtsstaatlich war. Das war für die Bundesrepublik Deutschland von der Adenauer-Ära über die Zeit Willy Brandts bis in die Ära Kohl hinein ein wichtiges Paradigma. Diese Darstellung eines sauberen, demokratischen Staates, der transparent war für seine Bürger, der seine Bürger einbezogen hat, der seinen Bürgern demokratische Rechte gewährt hat und der seine Bürger hat mitwirken lassen, fand immer auch vor dem Hintergrund und im Vergleich zum Ostblock statt. Dieser Zwang, sich gegenüber dem anderen System des Kommunismus rechtfertigen zu müssen, ist verloren gegangen. Das Fehlen des Rechtfertigungsdruckes erklärt aber auch Änderungen im Rechtsstaat, die sich nach dem 11. September 2001 dargestellt haben: Die Eingriffe in unsere Privatsphäre oder die aktuelle Diskussion über das BKA-Gesetz zeigen dies. Solche Eingriffe wären in dieser Form vorher wohl nicht möglich gewesen.

Natürlich gab es in den 60er Jahren die Notstandsgesetze. Es hat in den 70ern eine Vorverlagerung des Rechtsstaates im Zuge der Verfolgung der Baader-Meinhoff-Gruppe gegeben. Aber soweit, wie man jetzt geht, hätte man damals nicht gehen können. Die Veränderung des globalen politischen Klimas spielt dabei eine erhebliche Rolle.

Im Gesundheitswesen existiert mittlerweile eine sehr hohe Kapitalisierung. Der Geldumsatz im Gesundheitswesen ist nicht mehr mit jenem von vor 30 oder 40 Jahren vergleichbar. Das Gesundheitswesen ist zu einem massiven Wirtschaftsfaktor geworden. Die Regierung sorgt sich über den möglichen Verlust von Arbeits-

plätzen im Autobau. Das ist aber eine kleine Zahl im Vergleich zu den im Gesundheitswesen tätigen Arbeitskräften. Leider hat die Regierung noch nicht ganz erkannt, dass Spar-Eingriffe in das Gesundheitswesen viel größere Auswirkungen auf die Beschäftigungslage haben, was natürlich nicht nur für Deutschland gilt.

Dazu kommt die Dominanz des „Shareholder-Values“ seit den 80er Jahren. Auch das ist eine Veränderung, die schleichend gekommen ist, aber relativ viel Raum gewonnen hat. Das war aber nicht immer so. Es wurde nicht permanent über Shareholder-Values und über Quartalsbilanzen von Unternehmen gesprochen. Auch dieser Paradigmenwechsel, der in den 80er Jahren begonnen hat, gewann nach Ende des Kommunismus erst richtig Raum. Nicht zuletzt, weil das Ende des Kommunismus als ein Sieg des Kapitalismus interpretiert worden ist. Erst nach 1990 ist das Prinzip des „Shareholder-Values“ zum alles dominierenden Prinzip in unserer kapitalistischen Gesellschaft geworden. Der Umbruch nach 1990 hatte also auch für den Westen tiefgreifende Folgen, die auch für die Entwicklung der Sozialwesen wichtige Auswirkungen hatten.

Hillary Clinton hat Anfang der 90er Jahre eine Gesundheitsreform für die Vereinigten Staaten vorgeschlagen. Ihr Leitbild hieß „Managed Competition“. Ihr Fehler war es, diese Reform im Geheimen und unter Ausschluss der Beteiligten vorzubereiten. Die amerikanische Versicherungswirtschaft hat mit einem anderen Modell geantwortet, nämlich „Managed Care“. „Managed care“ kann man als das Gegenteil von „Managed Competition“ interpretieren. „Managed care“ ist eine klare Ausrichtung an kommerziellen Leitsätzen im Gesundheitswesen. Es führt zur konsequenten Ausrichtung der Versorgung nach kommerziellen Gesichtspunkten. In dieser Atmosphäre eines scheinbaren Sieges des Kapitalismus kam es zu einer Erosion der klassischen Sozialsysteme. Das Semaschko-System verschwand praktisch komplett. Die anderen Systeme veränderten sich so stark, das es heute praktisch kein klassisches Beveridge-System oder Bismarck-System mehr gibt, sondern alle Systeme haben mehr oder weniger Elemente voneinander übernommen.

Bei den Veränderungen der Systeme ging und geht es immer wieder um die Frage: „Wer hat das Sagen im Gesundheitssystem und wo liegt die Steuerungsgehalt? Die politischen Veränderungen der letzten Jahrzehnte erklären, warum wir nun mehr Kommerzialisierung und gleichzeitig mehr Verstaatlichung im Gesundheitswesen erleben. Und diese Veränderungen finden nicht nur in Deutschland statt, sondern sie sind global zu beobachten.

#### **IV. Vom klassischen Versorgungsmodell über das Sozialversicherungsmodell zum Dominanzmodell?**

Im klassischen Versorgungsmodell haben wir einen Patienten und einen Arzt oder anderen Leistungsträger (N.B. Ärzte stehen hier stellvertretend für alle Leistungsträger). Der Patient wird von einem Arzt behandelt und schuldet ihm ein Honorar dafür. Dies ist der simple Kern der Beziehungen im Gesundheitswesen. Der Pa-

tient hat idealerweise eine Versicherung, die ihm Deckung gewährt, wofür er wiederum eine Prämie bezahlt. In diesem Modell ist es der Patient, der bestimmt, ob und welches Verhältnis er zum Arzt hat und er kann auch das Verhältnis zur Versicherung grundlegend bestimmen, denn er kann im Prinzip seine Versicherung und seinen Versicherungsumfang frei wählen.

Demgegenüber steht das Sozialversicherungsmodell. Vereinfacht dargestellt, kommen hier zur Patienten/Arzt-Beziehung zwei Parteien hinzu: Die Krankenkassen, in denen die Patienten oder genauer die Bürger Mitglieder sind, versichern nicht nur ihre Mitglieder, sondern sie nehmen auch einen Teil ihrer Rechte gegenüber den Leistungsträgern wahr, indem sie mit den Ärzten über Leistungen und Preise verhandeln. Die Ärzte wiederum sind Mitglieder einer Kassenärztlichen Vereinigung, die auf Augenhöhe mit den Krankenkassen verhandeln kann. Damit entsteht ein ausbalanciertes System, vorausgesetzt die Mitwirkungsrechte funktionieren tatsächlich. Interessanterweise ist der Charakter der Krankenkasse als eine Mitgliederorganisation, in der die Mitglieder Mitwirkungsrechte haben, völlig verloren gegangen. Durch die Reformen der letzten Jahre erscheinen die Krankenkassen inzwischen ähnlich wie kommerzielle Versicherungen.

Der National Health Service wird aus Steuern bezahlt. Seine Finanzmittel werden vom Parlament zugewiesen. Ein Mitwirkungsrecht von Versicherten gibt es nicht. Die Leistungsträger werden direkt vom staatlichen Gesundheitsdienst bezahlt. Auf der Ebene über den Patienten und den Leistungsträgern steht nur noch ein „Player“.

In Deutschland gibt es eine Diskussion darüber, die kassenärztlichen Vereinigungen abzuschaffen. Diese stünden dem Wettbewerb im Wege. Die Versicherungen können nicht mit den Ärzten direkt Verträge abschließen, sondern sie müssten über diese lästigen kassenärztlichen Vereinigungen gehen und mit denen Verträge machen (selektives Kontrahieren). Interessanterweise wollen auch viele Ärzte lieber ohne Kassenärztliche Vereinigung arbeiten. Sie sind der Meinung, dass ohne Kassenärztliche Vereinigungen wieder eine direkte, ungestörte Beziehung zwischen Patient und Arzt möglich sei. Natürlich wünschen sie sich eine Kostenerstattung statt der heute üblichen Sachleistung, insgesamt also eine Rückkehr zum ursprünglichen Modell in dem der Arzt einem Patient dient und dieser eine Versicherung hat. Das ist aber leider eine Illusion.

Sieht man sich die Rhetorik der Krankenkassen, oder aber auch des Ministeriums einmal genauer an, dann wird klar, dass man durch direkte Verträge, auch eine direkte Beziehung und auch direkte Bezahlung erreichen will. In diesem Modell steht die Versicherung nicht hinter dem Patienten sondern über der Patienten/Arzt-Beziehung. Die Versicherung ist dabei eine eigenständige Einheit (schon heute ohne faktische Mitbestimmung durch die Mitglieder), der gegenüber die Leistungsträger keine gemeinsame Vertretung und damit auch keine Verhandlungsmacht mehr haben. Dieses Modell ist exakt das Dominanzmodell, das wir auch schon beim NHS gesehen haben. Es gibt auf der obersten Ebene nur noch einen Partner und dieser bestimmt, was der Versorger bzw. der Leistungsträger zu

leisten hat und er entscheidet auch darüber, was der Patient erhält. Weder gibt es einen Interessenausgleich noch eine Balance der Kräfte. Über beide – Leistungsträger und Patienten – bestimmt eine dritte Partei.

Dies ist dann auch die Erklärung, warum wir z.B. in Deutschland, aber auch in Großbritannien, in den USA und in vielen anderen Ländern gleichzeitig eine Kommerzialisierung und einen staatlichen Dirigismus erkennen können. Dabei kann man in der Rolle des dominanten Dritten verschiedene „Player“ sehen:

- im klassische NHS-Modell ist dies der staatliche Gesundheitsdienst,
- im Semaschko-System ist es der Staat,
- im System der USA sind es die „Managed Care“-Organisationen,
- und in Deutschland, ginge es nach der Vorstellung unserer Regierung, wäre dies die Krankenkasse, welche bestimmt, was angeschafft wird und wer was erhält.

Es geht letztlich um Macht und Steuerung. Die „Player“ wollen keine Versicherungen sein. Sie wollen nicht das Risiko absichern, und dazu muss natürlich die Kräftegleichheit ausgeschaltet werden.

Viele Bürger sind in einer gesetzlichen Krankenversicherung. Fraglich ist, ob diese überhaupt schon einmal an einer Sozialwahl teilgenommen haben oder überhaupt wissen, dass sie möglicherweise Mitglied einer Krankenkasse sind? Und dass die Bürger eigentlich auch mitbestimmen können sollten ist diesen nicht bekannt und wurde diesen wahrscheinlich auch noch nicht mitgeteilt. Die Versicherten sind als Entscheidungsträger faktisch schon ausgeschaltet worden. Mit den Reformen der letzten Jahre ist die Selbstverwaltung der Krankenkassen de facto abgeschafft worden.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass eine Erosion der traditionellen Sozialstaatsmodelle zu erkennen ist. Immer schneller verschwinden ihre charakteristischen Züge. Es existiert eine Abwesenheit des Rechtfertigungsdruckes für mehr Demokratie und Bürgerbeteiligung. Die westlichen Staaten müssen nicht mehr beweisen, dass sie die bessere Alternative sind.

Gleichermaßen versuchen Regierungen und „Managed Care“-Organisationen aus ökonomischen Gründen eine Steuerungsmacht zu erreichen. Die Befriedigung des individuellen gesundheitlichen Bedarfs wird durch die Zuteilung von Leistungen ersetzt.

Diese Rationierung wird natürlich camouffiert: Dazu gibt es verschiedene Tricks, mit denen das bewerkstelligt wird:

- Hotlines als Beispiel sind wunderbar: „Also rufen Sie doch erst einmal an, bevor Sie zum Arzt gehen. Wir (die Krankenkassen) bieten Ihnen eine wunderbare Hotline an“.
- Effizienz steigern: „Lohnt sich das überhaupt, was wir da tun, oder können wir das nicht billiger machen?“ Kosteneffizienz als Grundlage der Zuteilung von Gesundheitsleistungen ist allerdings nichts anderes als Rationierung. Rationierung mag an vielen Stellen unumgänglich sein. Aber dann sollte sie ehrlich benannt und angesprochen werden.
- Substitution: „Du brauchst doch gar keinen Arzt, geh doch erst einmal zur Krankenschwester“. Auch das ist eine Möglichkeit der verdeckten Rationierung. Sie findet in vielen Ländern bereits statt: In Großbritannien, Kanada, USA, und Schweden sind „Practice Nurses“ längst alltäglich.

Der globale Trend sind mehrschichtige Versorgungsmodelle, in denen ein durch den Staat vorgehaltenes System, wie z.B. die gesetzlichen Krankenversicherungen, nur noch eine Minimalversorgung leistet. Gibt es also ein Universalrezept? Gesundheitsversorgung ist extrem dynamisch, verändert sich sehr stark und sie muss auch immer wieder angepasst werden.

Alle unsere Gesundheitssysteme sind sehr stark in unseren soziokulturellen Vorstellungen, in unseren Werten verwurzelt. Wichtiger als das ein oder andere „Feature“ eines Gesundheitswesens ist die Frage, was will eigentlich eine Gesellschaft mit einem Gesundheitswesen erreichen? Welche Werte sollen in einer Gesellschaft hochgehalten werden: ist es die Freiheit des Einzelnen – „the pursuit of happiness“, wie in der amerikanischen Verfassung verankert – oder sind es soziale Gerechtigkeit, soziale Sicherheit und Verteilungsgerechtigkeit oder ist es wichtiger, dass jeder Einzelne sich frei entfalten kann? Sind es Profite? Ist es die Möglichkeit, dass jeder ein gutes „Geschäft“ machen kann oder wollen Sie darauf achten, dass auch die Schwächsten in dieser Gesellschaft nicht nur marginal, sondern vollständig versorgt sind?

Um auf die globale Situation zurückzukommen, ist festzustellen, dass in den reichen Ländern ein Verhältnis von Ärzten zu Bürgern von mindesten 1:500 existiert. Das entspricht exakt der Zahl für Japan. In Deutschland, auch bei einem gefühlten Ärztemangel – ist dieses Verhältnis eher bei ca. 1:250 oder 300. In manchen Ländern Afrikas ist dieses Verhältnis bis zum Faktor 200 kleiner, z.B. in Malawi, wo das Verhältnis von Arzt zu Einwohner bei 1:50.000 liegt.

Wir haben auf dieser Welt eine so katastrophale Schieflage, für welche auch die reichen Länder durch die Fehler ihrer Gesundheitspolitiken mitverantwortlich sind. Die Frage, ob wir an dieser Verteilungsgerechtigkeit arbeiten wollen, existiert überhaupt nicht. Wir müssen es tun und wir müssen es schnell tun.

**Literaturhinweise:**

- [1] *WHO*, The World Health Report 2006 - working together for health,  
<http://www.who.int/whr/2006/en/index.html>

**Quellennachweise:**

Abbildung 1: *NASA*, <http://apod.nasa.gov/apod/ap001127.html>

Abbildung 3: *WHO*, World Health Report 2006, S. 100

Abbildung 4: *WHO*, World Health Report 2006, S. 9

## **Podiumsdiskussion: Ist das Leben unbezahlbar? – Die Kommerzialisierung des Gesundheitswesens**

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich begrüße Sie meinerseits und freue mich, dass Sie sich in der schönen alten Aula zusammengefunden haben zum Thema: „Ist das Leben unbezahlbar – Die Kommerzialisierung des Gesundheitswesens“. Im Ausschreibungstext für dieses Seminar zum Medizinrecht werden zwei Schwerpunkte genannt: Zum einen die gerechte Verteilung knapper Ressourcen im Gesundheitswesen und die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. In dieser Podiumsdiskussion soll es primär um den erstgenannten Aspekt gehen, um die Ökonomisierung *des* Gesundheitswesens und *im* Gesundheitswesen. Ich gehe, wie auch die Veranstalter es in ihrer Einladung geschrieben haben, davon aus, dass unser Gesundheitswesen unausweichlich qualitative und quantitative Veränderungen erfahren wird. Das wird mit einer Reihe von schwierigen Entscheidungen, schwierigen Lernprozessen und schmerzlichen Erfahrungen verbunden sein. Bevor wir nun beginnen und ich Ihnen die Teilnehmer auf dem Podium vorstelle, liegt mir allerdings daran einen positiven Ausgangspunkt für unsere heutige Diskussion hervorzuheben, nämlich die „Erfolgsstory der modernen Medizin“. Wir diskutieren um die Folgen der Erfolge der modernen Medizin. Wie gut, dass wir uns in unserem Lande diese und nicht andere Sorgen um das Gesundheitswesen machen müssen. Es gibt Anlass wachsam zu sein, denn Erfolge können blind machen, und man kann, wenn man unkritisch dem Mainstream folgt, in einer Falle landen. Aber es gibt auch Anlass dankbar zu sein und das sollte nicht verloren gehen. Dies sagt hier jemand der 15 Jahre lang Klinikseelsorger war und das auf eine umwerfende Weise immer wieder miterlebt hat. Denken Sie nur daran, was es bedeutet, wenn Sie als Besucher in ein Krankenzimmer gehen und da hat sich jemand, dessen Augen wegen einer Kalkverätzung erblindet waren, einer Hornhauttransplantation unterzogen und kann wieder sehen. Die ersten Worte, die Ihnen entgegen gebracht werden, wenn sie die Türe öffnen, sind „Ich sehe Sie“. Das sind

einfach Erfolge der modernen Medizin, von denen ich möchte, dass bei allem, was kritisch zu sagen sein wird, nicht verloren gehen. Natürlich besteht immer die Gefahr der Verblendung, dass der Zeitgeist in Einseitigkeit umschlägt und dagegen helfen am besten Sorgfalt und Deutlichkeit. Sie werden beurteilen, ob wir diesem hohen Anspruch hier heute Abend gerecht werden.

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann (Ethik und Geschichte der Medizin)*

*Prof. Dr. Hajo Eckel (Radiologe und langjähriger Chefarzt)*

*Prof. Dr. Friedrich Breyer (Ökonomie und Volkswirtschaftslehre)*

*Prof. Dr. Gunnar Duttge (Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht)*

*Pastor i.R. Udo Schlandraff:* Meine erste Frage wird an Frau Wiesemann gehen, aber ich schalte einen Praxisbezug mit dem Versuch der emotionalen Anreicherung des Themas vorab. In diesem Monat November waren im Göttinger Tageblatt folgende zwei kurze Notizen zu lesen. „Unter dem Motto »Kämpfe um deinen Traum« verlost der Betreiber einer Celler Diskothek eine Brustvergrößerung oder -verkleinerung in einer polnischen Klinik. Die deutsche Gesellschaft der plastischen, rekonstruktiven und ästhetischen Chirurgie kritisierte, dass der Diskothekenbetreiber bisher nicht auf die Risiken und Nebenwirkungen ästhetischer Eingriffe hingewiesen habe. So müssten sich die Patientinnen bei Komplikationen an den Folgekosten beteiligen.“ Es kommt noch dicker. Eine Meldung vom 17. November 2008: „David Odonkor, Fußballnationalspieler ist Vater geworden. Seine Frau Susan brachte am Freitag in einer Bielefelder Privatklinik die Tochter Adriana zur Welt. Adriana, Gott sei's gedankt, ist gesund, 50cm lang und 3200g schwer. So sagte Odonkor dem Westfalenblatt. Eigentlich hatte sich Adriana noch ein paar Tage Zeit lassen wollen, doch da Odonkor bei der Geburt dabei sein wollte und diese Woche aber in Sevilla zurück sein musste zum Spielen, halfen die Ärzte dem Kind schließlich per Kaiserschnitt zur Welt.“ Die Akademie für Ethik in der Medizin, Frau Wiesemann, hat im Jahr 2005 ihre Jahrestagung dem Thema gewidmet „Wunscherfüllende Medizin“. Im Jahre darauf, 2006 in Mannheim, unter Vorsitz von Prof. Jochen Taupitz, hatte die Jahrestagung das Thema „Die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers“. Da gibt es einen Zusammenhang und nach diesem frage ich Sie jetzt. Beginnt die Entsolidarisierung mit der wunscherfüllenden Medizin oder ist die privatfinanzierte Medizin etwas, was die Anderen nichts angeht?

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann:* Wunscherfüllende Medizin ist etwas enorm Wichtiges. Medizin muss auf die Wünsche des individuellen Patienten eingehen, sonst ist sie keine gute Medizin. Die Diskussionen können sich nur darüber erstrecken, in welchem Ausmaß diese Wunscherfüllung stattfinden kann. Sie haben uns zwei sehr unterschiedliche, spektakuläre Beispiele genannt. Lassen sie mich das Erste nehmen. Kosmetische Operationen ohne einen Krankheitsanlass, wie die Brustvergrößerung, wird es in dieser Form auch in Zukunft in unserer Gesellschaft geben.



Sie erfüllen Zwecke, die im individuellen Begehren einzelner Menschen liegen, und ich glaube nicht, dass es uns gelingen wird, Menschen so gleichförmig zu machen in ihren Wünschen, ihrem Streben, dass solche Wünsche nicht mehr notwendig sind. Die entscheidende Frage für die kollektiv und solidarisch finanzierte Medizin ist, ob das öffentliche Gesundheitswesen diese Form der Leistungserbringung privilegiert oder nicht. Das bedeutet, dass es für einen Arzt zunächst einmal attraktiv sein muss, im Rahmen unseres solidarisch finanzierten Systems zu praktizieren. Darüber hinaus kann er noch Zusatzleistungen anbieten. Wenn es aber keine Anreize mehr gibt für einen niedergelassenen Arzt, für einen Patienten im Rahmen des allgemeinen, solidarisch finanzierten Gesundheitssystem tätig zu sein, weil er beispielsweise daraus überhaupt keinen Gewinn mehr ziehen kann und seinen Gewinn nur noch über IGeL-Leistungen erwirtschaftet, dann, glaube ich, ist etwas falsch gelaufen.

*Prof. Dr. Hajo Eckel:* IGeL-Leistungen sind individuelle Gesundheitsleistungen, d.h. Leistungen, die man außerhalb der Krankenversicherung selbst bezahlen muss. Die Ärzteschaft ist sehr gespalten in Bezug auf diese. Es gibt sicher sehr sinnvolle IGeL-Leistungen, die nicht durch die Krankenversicherung abgedeckt werden, andererseits gibt es auch einige Leistungen, bei denen ich große Bauchschmerzen habe, das möchte ich hier ganz klar sagen. Doch ist schon richtig, was Frau Wiesemann sagt: Viele Ärzte sind nur noch durch das Angebot individueller Gesundheitsleistungen und durch ihre sog. Privatpatienten in der Lage, sich finanziell über Wasser zu halten.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich hatte zwei verschiedene Beispiele genannt. Würden Sie zum zweiten auch noch etwas sagen? Wie ist es mit der ärztlichen Indikation für einen Eingriff?

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann:* Sie meinen die Entbindung eines Kindes, weil der Vater in Sevilla sein Geld verdienen muss? Lassen Sie mich nicht auf diesen einzelnen Fall eingehen, denn es gibt wahrscheinlich in jedem Fall mehr oder minder nachvollziehbare Motive. Grundsätzlich bin ich aber der Meinung, dass Wünsche des Patienten, die auf seine individuelle Lebenssituation bezogen sind, wichtig sind für ärztliche Behandlungsentscheidungen. Das kann unter anderem auch darin bestehen, eine Geburt einzuleiten, weil dieser Eingriff für das Paar in der Situation eine besondere Bedeutung hat. Wunscherfüllende Medizin ist in diesem Sinne eine gute Medizin, weil sie den Patienten als ein Individuum berücksichtigt und in die Entscheidungen mit einbezieht. Obwohl wir in unserer wissenschaftlichen Ausübung der Medizin immer ein objektives Element der Ausübung haben und haben müssen, kann es nicht soweit gehen, das Vorgehen vollkommen vom Individuum zu trennen. Ich persönlich habe gegen das Beispiel Odonkor nichts einzuwenden, und ich denke auch nicht, dass die Medizin daran Schaden nehmen wird, wenn sie so vorgeht. Das erste Beispiel zeigt uns schon eher auf, wo die Medizin als solida-

risch finanziertes System Schaden nehmen kann – und das sollten wir ernst nehmen.

*Prof. Dr. Hajo Eckel:* Ich widerspreche Frau Wiesemann nur ungern, aber möchte doch auf etwas hinweisen: Es ist ja nun so, dass wir Ärzte uns auch nicht aus der Diskussion ausklinken können. Wir wissen, dass die Geburtshelfer großzügiger geworden sind bei der Indikation, in dem Entschluss einen Kaiserschnitt durchzuführen. Ganz fortgeschritten ist das etwa in den USA, wo beispielsweise Leute aus der Elite dies vormachen und andere es ihnen nachmachen. In Deutschland gibt es aber nunmehr eine deutliche Gegenbewegung, die sehr davor warnt, dieses Wunschdenken, eine sog. Sektio, zu erfüllen. Jeder weiß allerdings auch, dass Geburtshelfer eine große Spannweite haben, da der errechnete Geburtstermin selten mit der Wirklichkeit übereinstimmt. In diesem Fall haben jene einen bestimmten Spielraum das zu tun. Nach wie vor möchte ich sagen, dass der Kaiserschnitt grundsätzlich einer ärztlichen Indikation unterliegen sollte.

*Pastor i.R. Udo Schlandraff:* Herr Eckel, der erste Satz der ärztlichen Berufsordnung lautet: „Der Arzt/Die Ärztin dient der Gesundheit des Einzelnen und der gesamten Bevölkerung“ Ich habe dazu die Bitte, dass sie zu zwei Wörtern dieses programmatischen Satzes etwas sagen. Was heißt „dienen“ und was heißt „und“ in diesem Satz. Heißt es „und in gleicher Weise“ oder heißt es „zuerst, aber dann auch“?

*Prof. Dr. Hajo Eckel:* Das ist eine sehr gute Frage, weil sie natürlich auch von einem Theologen kommt. Das Dienen ist innerhalb der Diakonie, der wir beide sehr nahe stehen, ein ganz wichtiges Element. Es ist gleichsam aber auch das Grundelement ärztlichen Handelns. Dienen heißt ja nicht sich „andienen“ oder „Diener sein“, sondern, dass man sich als Arzt mit all seinen Kräften seinem Patienten widmet, und das halte ich für eine immer noch sehr vornehme Sache, zu dienen. Auf die andere Frage hin haben wir zwei unterschiedliche Komponenten des ärztlichen Handelns, die auf den ersten Blick antinomisch gesehen werden könnten, die meiner Ansicht nach allerdings nur zwei Seiten der gleichen Medaille sind. Einmal behandeln wir den individuellen Patienten mit seinen Nöten, seinen Sorgen, seinen Wünschen, und zum anderen sind wir auch verantwortlich für das, was man früher einmal „Volksgesundheit“ nannte. Hierunter subsumiert sich vornehmlich die präventive Maßnahme als solche. Darunter fallen Gesundheitserziehung, die schon sehr früh anfangen sollte, und auch das sich kümmern um Präventionsmaßnahmen in Bezug auf Gesundheitserhaltung und Gesundheitsförderung. Ernährung spielt dabei eine bedeutende Rolle, da statistisch gesehen 80 % aller Krankheiten ernährungsassoziiert sind. Wenn wir nur das Kapitel Ernährung fördern könnten, würden wir einen ganz enormen Fortschritt im Bereich der Prävention erreichen. Schlicht gesagt sind es also sowohl die individuelle Behandlung als auch das sich

Kümmern um die Gesundheit der Gesellschaft, was zusammen gehört. Denn auch letzteres hat enorme finanzielle Konsequenzen.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Herr Duttge, das Bundesverfassungsgericht hat am 6. Dezember 2005 entschieden, es sei mit dem Sozialstaatsprinzip aus Artikel 2 Grundgesetz nicht vereinbar, einen in der GKV versicherten Menschen von einer Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung vorliegt und eine allgemein anerkannte Standardtherapie nicht zur Verfügung steht. Es hat des Weiteren hinzugefügt, ich zitiere: „Eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf müsse aber bestehen.“ Die zweite Kammer des ersten Senats hat im Juni dieses Jahres in dem Falle einer Patientin mit Multipler Sklerose entschieden, dass kein Anspruch auf bestimmte, insbesondere spezielle Gesundheitsleistungen bestehe, weil das Wirtschaftlichkeitsgebot die Leistungspflicht der Krankenkassen an die Belastbarkeit der Beitragszahler und die Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft binde. Ist das konsequent? Oder – journalistisch gefragt – wie nah muss jemand am Tode sein, um doch noch zu bekommen, was er vorher nicht bekam?

*Prof. Dr. Gunnar Duttge:* Ihr Blickwechsel zum Verfassungsrecht knüpft wunderbar an das an, was wir zuvor gehört haben. Auf der prinzipiellen Ebene lässt sich natürlich sehr schön feststellen, dass Medizin dem Wohl des Einzelnen und wohl zugleich dem Wohl der Gesellschaft dienen soll; doch unterhalb dieser abstrakten Ebene fangen die Konflikte erst an. Besonderes Gewicht haben dabei stets die Interessen der Bürger, der aktuellen wie künftigen Patienten, verfassungsrechtlich gesprochen also seine Grundrechte. Die Grundrechte haben ausschließlich den Willen und das Wohl des Einzelnen zum Gegenstand. Auf der anderen Seite stehen aber die Kollektivinteressen, das System der GKV insgesamt. Aus dieser strukturellen Frontstellung erwächst zunehmend ein großer Konflikt, wie er in der erwähnten „Nikolausentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts deutlich offenbar wird. Dabei dürfte das Bundessozialgericht als zuständiges Fachgericht mindestens eine Nuance mehr das gesamte System im Blick haben und – etwas provokanter formuliert – sich wohl in erster Linie als „systemstabilisierender Faktor“ verstehen, also im Sinne der in Gesetzesform gegossenen Vorgaben der Gesundheitspolitik. Das Bundesverfassungsgericht hingegen hat aufgrund der stärker grundrechtlichen Prägung unseres Grundgesetzes deutlicher die Interessen des Einzelnen im Blick. Dies markiert das Spannungsfeld und den Spagat, den es im Kontext eines zunehmend notleidend werdenden Gesundheitssystems zu bewältigen gilt. Wie nahe dabei konkret – auf die von Ihnen benannten Fälle bezogen – der Tod bevorstehen muss, um eine auch weniger aussichtsreiche „Behandlung“ mit Aussicht auf Erstattung noch zu erhalten, ist nur eine Spezifizierung innerhalb dieses generellen Spannungsfeldes. Auf der theoretischen Ebene sollte das Problem eigentlich zu lösen sein, da unsere Verfassung keineswegs nur die Individualrechte, sondern

durchaus auch das Gemeinwohl im Auge hat. Andererseits ist natürlich auch das Bundessozialgericht verpflichtet, die gesetzlichen Vorgaben des Sozialrechts verfassungskonform zu interpretieren und die Rechte und Belange des Einzelnen nicht zu vernachlässigen. Dass wir uns von dem nötigen Konsens allerdings immer weiter entfernen, wird offenbar, wenn es anlässlich der Entscheidung konkreter Fälle unweigerlich zum Schwur kommt. Dabei dürfte das für seine „Nikolausentscheidung“ zum Teil sehr gescholtene Bundesverfassungsgericht von der Sorge geleitet sein, dass die Entwicklung der letzten Jahre eine zunehmende Vernachlässigung der Interessen der einzelnen Patienten befürchten lässt, selbst dort, wo es nicht mehr um Luxusofferten der Medizin, sondern buchstäblich um Leben oder Tod geht. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohl als deutliche Mahnung, als Exempel zu verstehen, um einer sonst womöglich zu sehr kollektivistisch geprägten Entwicklung des Sozialrechts entgegenzuwirken. Andererseits liegt auf der Hand, dass eine solche verfassungsrechtliche Intervention das gesamte System der GKV sprengen kann, was ebenso wenig im Interesse der Patienten liegt. Denn wir können das komplizierte System mit seinen detaillierten Regeln, unter welchen Bedingungen den gesetzlich Versicherten die notwendige Erstattung für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen garantiert wird, nicht am Leben erhalten, wenn zugleich Einzelfälle anerkannt werden, die außerhalb des Systems liegen und dem je einzelnen Patienten gleichwohl die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Behandlung auf Kosten des Systems ermöglicht. Erwarten Sie also bitte keine einfache Lösung des Problems in zwei Sätzen.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Herr Breyer, in der 5. Auflage ihres Buches „Gesundheitsökonomik“ hat das Schlusskapitel den Titel „Wettbewerb oder Regulierung im Gesundheitswesen?“. Wer das Kapitel liest, landet dabei, dass es „Wettbewerb *und* Regulierung“ heißen soll und muss. Sie empfehlen da, dass der Staat dort, wo der Markt nicht funktionieren kann, Anreize für die Akteure setzen sollte. Sie deuten an, dass sie ein gemischtes Vergütungssystem für optimal halten. Der Wettbewerb ist dort vorteilhaft, wo die Nachfrager nicht unter dem Druck einer akuten Krankheitssituation erwarten „dass das Beste gerade gut genug ist“, sondern wo sie ohne den Stress einer Notlage vorher eine Auswahl zwischen unterschiedlichen Versicherungspaketen treffen können oder auch zwischen komplett unterschiedlichen Versorgungssystemen. Ich bitte, das einmal zu erklären. Was meinen Sie, wie nahe der nunmehr verabschiedete Gesundheitsfonds diesen Vorstellungen kommt?

*Prof. Dr. Friedrich Breyer:* Der Gesundheitsfonds spielt sich im Rahmen der GKV ab. Dort haben wir einen gesetzlich festgelegten Leistungskatalog. Die von Ihnen zitierte Passage hat auch damit zu tun, dass Menschen den Umfang einer Krankenversicherung, den sie sich selber leisten wollen, nach unserer Vorstellung in gewissen Grenzen selber bestimmen können sollten. Natürlich wird man immer einen Katalog von Pflichtleistungen haben, aber ich denke nun beispielsweise an IGeL-

Leistungen oder an die neuesten Fortschritte der modernen Medizin, die zum Beispiel noch nicht in allen Wirkungen getestet sind. Mancher möchte im Zweifelsfall nach dem Strohalm greifen und die neueste experimentelle Krebstherapie von seiner Versicherung bezahlt bekommen. Angesichts der hohen Kosten würde jemand anderes vielleicht lieber darauf verzichten und auf bewährte Standardtherapien zurückgreifen, gerade weil die experimentellen Therapien sehr teuer sind. Das ist nur ein Beispiel, wo ich meine, dass der Einzelne in der Situation, wo er nicht krank ist, eine Auswahl haben sollte. Ich halte eine Zweiklassenmedizin für absolut richtig, in der man sich seinen Leistungsumfang in einem gewissen Maße selber bestimmen kann und dann aber auch für die Zusatzleistungen eines teureren Leistungskatalogs selber aufkommen muss. Ich halte dagegen eine Zweiklassenmedizin, wie wir sie haben, bei der man je nach Beruf entweder privat oder solidarisch versichert ist, für völlig verfehlt. Eine gewisse Auswahl zwischen Leistungspaketen zu treffen, dafür halte ich den mündigen Bürger für fähig. Auch in anderen Bereichen des Lebens muss der Mensch schließlich auch Entscheidungen treffen, an die er später gebunden ist. Zurück zum Gesundheitsfonds: Der Wettbewerb zwischen Krankenversicherungen hat eigentlich den Zweck, einen gegebenen Leistungskatalog mit möglichst viel Wirtschaftlichkeit und daher geringen Kosten zu erbringen. Im Wettbewerb stehende Krankenversicherungen sind Mittler zwischen dem Versicherten, also dem Bürger, und den Leistungserbringern im Gesundheitswesen, auf die mit geschickten Vergütungssystemen Anreize ausgeübt werden sollen, damit sie gute Medizin zu geringen Kosten anbieten. In den USA konkurrieren Versicherer beispielsweise miteinander mit dem Ziel, ein gegebenes Leistungspaket mit möglichst viel Effizienz, also mit möglichst geringen Kosten, zu produzieren, und verdienen daran, dass sie den Versicherten dieses zu vergünstigten Konditionen anbieten. Das ist eigentlich auch die Idee des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung. Dieser jedoch geht nunmehr durch den Gesundheitsfonds verloren, d.h. nicht durch den Gesundheitsfonds als solchen. Es wird zukünftig keine Krankenkassen mit unterschiedlichen, lohnbezogenen Beitragssätzen mehr geben, sondern der lohnbezogene Beitragssatz wird von der Bundesregierung festgesetzt. Die Kassen dürfen dann entweder, wenn sie gut mit dem Geld auskommen, gegebenenfalls Geld ausschütten oder sie dürfen einen Zusatzbeitrag erheben, der aber nicht höher sein darf als 1 % des beitragspflichtigen Einkommens des Versicherten oder nicht höher als 8 Euro im Monat. Wenn sie die 8-Euro-Grenze einhalten, brauchen sie das Einkommen des Versicherten nicht weiter zu prüfen. Das allerdings schränkt den Wettbewerb extrem ein, wenn man bedenkt, dass bisher der Beitragssatz so etwa zwischen 12 % und 15,5 % schwankte. Bei einer unterstellten Aufteilung auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer bleiben immer noch 1,75 % Ersparnis für den Arbeitnehmer übrig. Diese Spanne wird zukünftig erheblich kleiner sein und innovative Versicherer verlieren ihren Vorteil in der Versichertenakquise, den sie zuvor durch sehr günstige Versorgung erreicht haben. Damit kommt der Wettbewerb zum Erliegen, wobei ich meine, dass im Generalthema Ökonomisierung der Medizin aus ökonomischer

Sicht natürlich noch mehr zu sagen ist, als dass der Wettbewerb nun leider schwächer ist.

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann:* Ich möchte etwas ganz grundsätzliches zum Begriff des Wettbewerbs in der Medizin sagen. In der Diskussion darüber schwingt im Hintergrund oft die Idee mit, dass es aus moralischer Sicht gleichgültig sei, ob sich jemand absichert oder als „Free-Rider“ die Risiken eines plötzlichen Krankheitsfalls auf sich nimmt. In meinen Augen sind das zwei moralisch nicht gleichwertige Alternativen, da der „Free-Rider“ sich im Zweifel immer die Erkenntnisse der Wissenschaft zu Nutze machen wird. All dieses Wissen ist jedoch angesammelt worden innerhalb und mit den Mitteln einer solidarischen Organisation des Gesundheitswesens. Wer als „Free-Rider“ in einem marktorientierten Gesundheitswesen von diesen Ergebnissen profitiert, ist jemand, der lediglich die Vorteile für sich abschöpft, ohne etwas zurückzugeben. Ein rein marktorientiertes System kann aus moralischen Gründen nicht gerecht funktionieren, es sei denn, wir geben die Idee einer wissenschaftlichen Medizin ganz auf. Zu Hippokrates Zeiten hielt der Arzt sogar seine medizinischen Erkenntnisse geheim und teilte sie nicht mit anderen. In meinen Augen müssen wir also schon aus Gerechtigkeitsgründen das solidarische System privilegieren, und die Frage lautet nicht, „Welche Alternative?“, sondern „Wie finanzieren?“.

Im 19. Jahrhundert schießen die Krankenhäuser in Deutschland aus dem Boden und überzeugen vor allem durch ihre Effizienz und Wirksamkeit bei der Patientenbehandlung. Parallel dazu sind die Krankenversicherungen entstanden, da in den Krankenhäusern ursprünglich die Armen, die Unterschichten, behandelt wurden. Das Bamberger Allgemeine Krankenhaus war zu seiner Zeit berühmt und eines der ersten, das die Idee einer Krankenkasse realisierte, indem es für die Dienstboten und die Gesellen der Stadt Bamberg einen Beitrag in einer Versicherung verpflichtend machte, aus der wiederum die Behandlung im Krankenhaus bezahlt werden konnte. Zu Beginn unserer Krankengeschichte steht die solidarische Krankenversicherung innerhalb einer bestimmten Gruppe. Diese Krankenhäuser sind es aber dann auch, in denen Wissenschaft praktiziert wird, Wissenschaft „der großen Zahl“. Die statistische Methode ist in dieser Zeit und auf Basis dieses Systems entwickelt worden. Wir profitieren heute ganz selbstverständlich von den wissenschaftlichen Erkenntnissen dieser Zeit, aber sie beruhen auf einem solidarischen Finanzierungssystem, das im frühen 19. Jahrhundert seinen Anfang nimmt.

*Prof. Dr. Gunnar Duttge:* Ich möchte den Blick auf einen anderen Aspekt richten, nämlich auf die Frage, ob mit der Idee eines weitreichenden Wettbewerbs unter den Krankenversicherungen und der vorgeschlagenen Übertragung der Verantwortung auf den jeweils einzelnen Bürger wirklich eine realistische und damit verantwortbare Perspektive in Bezug auf die Fähigkeiten und sozialen Bedingungen der Menschen besteht. Die Patienten sollen für sich die Entscheidung treffen, ob

sie eine umfassende, aber kostspielige Krankenversicherung abschließen oder eher das Sparpaket wählen wollen, das aber längst nicht so viele Leistungen enthält. Eine überlegte Wahl setzt aber ein Höchstmaß an Informiertheit, Fähigkeit zur Voraussicht und Lebenserfahrung voraus, und zwar schon in jenem Augenblick, in dem die Wahl getroffen wird; meist wird es sich dabei allerdings um einen Zeitpunkt handeln, in dem wir gar nicht an Krankheit und Altern denken und – vor allem in jüngerem Lebensalter – vielleicht nicht einmal wissen, inwieweit wir unsere Entscheidungen mit der nötigen Ernsthaftigkeit treffen können. Es stellt sich also die Frage, ob den Menschen eine derart weit reichende Entscheidung tatsächlich zugemutet und – damit einhergehend – der Gesellschaft die Möglichkeit eröffnet werden kann, sich auf diese Weise hinter dem wohlklingenden „Autonomie“-Etikett zu verstecken. Kann es sich eine humane Rechts- und Gesellschaftsordnung wirklich leisten, dass individuelle Entscheidungen auch dann gnadenlos „exekutiert“ werden, wenn sie mangels hinreichender Möglichkeit der Befähigung zur „Selbstbestimmung“ offensichtlich selbstschädigend sind?

*Prof. Dr. Friedrich Breyer:* Ich möchte noch einmal klarstellen, dass ich Anhänger einer solidarisch finanzierten Grundversorgung aller – ohne Ausnahme – bin, wie man sie in der Schweiz vorfindet. Aber auch in der Schweiz gibt es ja Zusatzversicherungen. Zu ihrer Frage, Herr Duttge, Sie müssten mir einfach einmal sagen was die Alternative ist. Meinen Sie, dass Menschen, die Leistungen in Anspruch nehmen wollen, die noch nicht in der solidarischen Finanzierung enthalten sind, jene aus eigener Tasche bezahlen müssen? Ich möchte in diesem Zusammenhang gar nicht den Begriff des Wettbewerbs verwenden, gerade weil es für mich zwei verschiedene Dinge sind: Das eine ist der Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, um das gegebene Leistungspaket möglichst kostengünstig zu erbringen, und das andere das sind Zusatzversicherungen für Leistungen, die das Solidarsystem nicht finanzieren kann – und davon gibt es jetzt schon welche. Es geht im zweiten Fall um die Abgrenzung des Leistungskatalogs in der gesetzlichen Krankenversicherung. In Deutschland leben wir in der Fiktion, dass alles, was medizinisch indiziert ist, in der GKV finanziert wird. Natürlich aber haben wir einen Gemeinsamen Bundesausschuss, der darüber entscheidet, ob neue Medikamente und Therapien in den Leistungskatalog aufgenommen werden. Das tut er von Fall zu Fall und in öffentlichen Sitzungen, aber die Entscheidungskriterien sind völlig obskur. Ich möchte Ihnen ein Gegenbeispiel geben: In Großbritannien, England muss man in diesem Fall sagen, gibt es das „National Institute of Clinical Excellence“, von dem bei neuen Therapieverfahren Kosten und Nutzen explizit gegeneinander abgewogen werden. Das NICE hat dabei eine ganz einfache Empfehlungsregel: Wenn ein qualitätsadjustiertes Lebensjahr, also ein Lebensjahr in perfekter Gesundheit, mehr als 30.000 Pfund kostet, dann wird diese Therapie nicht empfohlen. Ich will nicht sagen, dass es diese konkrete Regel sein muss, allerdings werden dort Kosten und Nutzen explizit verglichen. Wenn der Nutzen bei gegebenen Kosten zu gering ist, dann wird die jeweilige Therapie nicht empfohlen.

Ich halte dieses Vorgehen, nach transparenten Regeln, auch über die Indikationsgebiete hinweg zu entscheiden, für vorbildlich. Dieses Gremium muss natürlich demokratisch legitimiert sein, doch die Gesellschaft kann natürlich im Rahmen der Gesetzgebung eine Anhebung dieser 30.000 Pfund-Schwelle beschließen. In diesem Sinne halte ich die Ökonomisierung des Gesundheitssystems für eine positive Entwicklung.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich will das ausdrücklich unterstützen und für alle, denen die Abkürzung nicht vertraut ist, sagen: NICE bedeutet „National Institute of Clinical Excellence“. Bevor NICE eine Empfehlung für England und Wales herausgibt, hat darüber eine breite öffentliche Diskussion stattgefunden. Jeder kann sich per e-mail oder anderweitig mit seinen Erfahrungen beteiligen. Die Briten haben da eine ganz andere Kommunikationskultur. Es gilt nicht als unanständig, über Geld zu reden, wenn es um die Gesundheit geht.

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann:* Zunächst einmal, Herr Breyer, ich stimme Ihnen absolut zu, dass wir mehr Transparenz in Deutschland bei solchen Entscheidungen brauchen, und halte das auch für vorbildlich. Zwei andere Ideen, die Sie gerade angesprochen haben, würde ich gerne einmal aus einem anderen Blickwinkel betrachten. Zum einen ist es die Auffassung, dass unser Gesundheitswesen teuer ist. Wir können das als problematisch ansehen, umgekehrt aber auch als einen ungeheuren Vertrauensbeweis, dass eine Gesellschaft dazu bereit ist, soviel Geld für etwas, was wissenschaftlich fundiert ist, zu akquirieren. Dies ist überhaupt nicht selbstverständlich, wenn wir 500 Jahre zurückschauen, als Patienten zwar ab und zu bereit waren, für den Arzt ein paar Taler springen zu lassen, aber doch nicht Milliarden geschöpft wurden, so wie wir es heute schaffen. Wir schaffen dies aus Vertrauen in das, was in unserem Gesundheitswesen produziert wird. Die zweite Ansicht, die geäußert wird, um unser heutiges Gesundheitssystem zu diskreditieren, ist, dass wir mit knappen Ressourcen zu kämpfen haben und nicht wissen, wie wir damit gerecht umgehen sollen. Knappheit hat aber am Anfang jedes solidarischen Gesundheitssystems gestanden, es ist der Beginn, die Initiierung einer solidarischen Finanzierung. Knappheit ist konstitutive Bedingung, ist nicht eine Folge, etwa weil wir etwas falsch gemacht hätten. Knappheit gehört dazu, denn ohne sie gäbe es das System von heute gar nicht, das wir haben. Insofern können wir uns entspannen, auch wenn unsere Ressourcen knapp sind. Es ist der stärkste Anreiz dafür, ein System aufrecht zu erhalten, das nach Evidenzkriterien funktioniert und das Wirksamkeitsbeweise erbringt. Ein größeres Interesse können wir doch alle als zukünftige Patienten nicht haben, als dass Knappheit aufrecht erhalten wird, weil wir nur dann sicher sein können, dass auch die uns zukommenden Leistungen auf ihre Evidenz hin geprüft wurden. Wenn wir Versicherungen erlauben für „spekulative Medizin“, dann wird das System konterkariert. Dann gibt es möglicherweise einen Anreiz dafür, irgendetwas anzubieten, was in keiner Weise abgesichert ist. Pseudo-Stammzellentherapien beispielsweise, wie sie momentan in Indien oder



China auf Websites angeboten werden. Kein Mensch hat die Wirksamkeit dieser Maßnahmen gezeigt, allerdings findet sich bestimmt jemand, der sie dennoch kaufen will, und dann in Folge vermutlich auch solche, die sich dahingehend versichern wollen.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich möchte noch einmal zur alltäglichen Praxis zurückkehren und die Teilnehmer am Podium bitten, zu dem folgenden Fall etwas zu sagen. Ich habe ihn als Seelsorger miterlebt. „Frieda M. ist 77 Jahre alt und wird aufgrund eines Weichteiltumors im Tumorzentrum eines Universitätsklinikums behandelt. Die Chemotherapie ist nach mehreren Zyklen erfolgreich: Der Leib schwillt ab und der Aszitis verschwindet, aber die Patientin hat ständig entzündete Schleimhäute, insbesondere im Mund. Die Nahrungsaufnahme ist außerordentlich schmerzhaft. Sie erhält also, nunmehr ambulant und durch einen Pflegedienst versorgt, Astronautenkost. Das Schleimhautproblem wird aber nicht besser und die Blutwerte verschlechtern sich wieder dramatisch. Leukozyten unter 1000, wo es mindestens 3000 sein sollten. Das Tumorzentrum beginnt nun eine Behandlung zur Stützung des geschwächten Knochenmarks mit „Neupogen“, die Wirksubstanz ist „Filgrastin“, ein Granulozyten stimulierender Faktor. Zu Beginn werden fünf Ampullen pro Woche gegeben, dann werden die Intervalle auf 3 Spritzen pro Woche gestreckt. Nach anfänglichem Erfolg – die Leukozyten steigen wieder auf um 2000 – schwanken die Werte sehr und sinken schließlich wieder andauernd auf Werte um 1200 ab. Die Ampulle Neupogen kostet 250 Euro, die Behandlung also ambulant je nach Anzahl der Spritzen mal 750 oder 1250 Euro die Woche. Nun beginnt ein Verschiebeparkplatz. Das Tumorzentrum schlägt der Patientin die Weiterbehandlung in niedergelassener Praxis eines spezialisierten Onkologen vor. Die Patientin aber sagt: »Ich möchte gerne von meinem Hausarzt weiterbehandelt werden. Der kennt mich nicht nur von früher, der hat mich auch in diesen schwierigen Zeiten der Chemotherapie regelmäßig besucht – zu dem habe ich Vertrauen«. Der Hausarzt aber würde sein Budget mit dieser Patientin ruinieren. Er ist einer von 16 Ärzten in demselben Kammerbezirk, die sich mit einer Regressforderung konfrontiert sehen. Der Hausarzt wird bei der Kassenärztlichen Vereinigung vorstellig und begründet, warum er sich gegen die Regressforderung wehren werde, er müsse schließlich seine Patienten *lege artis* behandeln. Die Antwort der kassenärztlichen Vereinigung war, der betreffende Arzt solle doch „seine Klientel bereinigen.“ Jetzt sagen sie bitte aus Sicht der Ethik, der Ärzteschaft, der Ökonomie und der Gesetzeskunde etwas dazu. § 137 c SGB V sagt, dass innovative und wirksame Methoden in der Klinik erlaubt, in der Ambulanz aber rechtfertigungsbedürftig sind, so dass sie praktisch kaum zur Anwendung kommen. Das ist ein dickes Problem. Wer reagiert zuerst?

*Prof. Dr. Hajo Eckel:* Herr Schlaudraff hat ja nun sehr schön die Kurve bekommen. Der Unterschied zwischen Ärztekammer und Kassenärztlicher Vereinigung ist ihm natürlich absolut geläufig. Wenn man es auf einen kurzen Punkt bringen will, kann

man festhalten, dass die Kassenärztliche Vereinigung für die Monetik und die Ärztekammer für die Ethik zuständig ist. Die Tatsache, die diese wirklich beispielhafte Geschichte aufweist, ist, dass sowohl die Klinik als auch die niedergelassenen Kollegen in einer Budgetzwangsjacke sind. Die Regressforderungen, die ein bedrohliches Ausmaß angenommen haben – bis hin zur Existenzbedrohung – sind ebenfalls Ausdruck der Tatsache, dass der Kollege ein Budget hat, das er nur in einem sehr begrenzten Ausmaße ausweiten kann. In diesem Fall wäre es wohl so, dass ein Arzt diesen als besonderen Fall der Kasse vorstellen kann und allgemein wird auch hier die Kasse zustimmen, wobei sie es lediglich kann und nicht muss. Die Klinik, die nun in diesem Falle in der Vorhand der Behandlung von innovativen Methoden ist, ist aber ebenso angewiesen auf Obacht und Vorsicht hinsichtlich einer übermäßigen Belastung ihres Budgets durch teure Therapien. Sehr viele Ärzte sind der Meinung, dass man unser solidarisches System unbedingt behalten sollte. Nehmen wir beispielsweise die kostenlose Behandlung der Kinder, die uns so wertvoll sind. Diese wird von den Kassen – nicht etwa von der Gesellschaft – bezahlt, und zwar in Höhe von 10 Mrd. Euro. Ich möchte doch noch einmal dafür plädieren, dass man unser System nicht aufgeben sollte und das müssen wir auch nicht.

*Prof. Dr. Friedrich Breyer:* Dieses Argument ist natürlich Schützenhilfe gegen das Argument von Frau Wiesemann, es gehe um spekulative Medizin. Es geht eben nicht um spekulative Medizin bei den Finanzierungsproblemen. Es geht um sehr reale, aber innovative Medizin und ich glaube, dieses Beispiel ist ein ganz klarer Fall davon, dass wir nicht explizit, sondern implizit rationieren. Nach außen hin tun wir so, als wenn alles, was medizinisch sinnvoll oder Erfolg versprechend ist, solidarisch finanziert wird. Unter dem Budgetdruck wird es das aber eben nicht. Ein Patient wird hierbei hin- und hergereicht, weil er in beiden Systemen das Budget sprengen würde. Man sieht, dass man nicht gleichzeitig das Budget, den Beitragssatz und damit die Gesamtausgaben festschreiben kann und sagen kann, dass nicht explizit rationiert würde. Ich glaube, dass gerade bei Krebstherapien Dinge gemacht werden, die vom Kosten-Nutzen-Verhältnis äußerst ungünstig aussehen würden, wenn wir darüber in Ruhe nachdenken würden. Trotzdem muss die Solidargemeinschaft dies zahlen. Ich will nicht sagen, dass die Grenzen der Finanzierbarkeit schon überschritten sind, aber es ist trotzdem die Frage, ob wir uns jeden auch noch so kleinen, dafür aber unglaublich teureren Gewinn an Lebenszeit leisten sollten. In vielen Fällen kostet die Verlängerung des Lebens um ein Jahr mehr als 50.000 Euro, bei einer vermutlich schlechten Lebensqualität. Wenn die Therapie und auch der passende Einzelfall einmal da sind, täte sich sicher jedermann schwer, eine Behandlung zu verweigern. Dagegen würde wahrscheinlich niemand daran Anstoß nehmen, wenn von vornherein ein Leistungskatalog bestünde, der diese Leistung ausschließt. Jedenfalls glaube ich nicht, dass in Großbritannien die Menschen einen so großen Anstoß daran nehmen. Ich kann mir aber weiterhin vorstellen, dass es Versicherungen geben wird, die darin großzügiger sind und ent-

sprechend innovative Therapien bis ans Lebensende und ohne Grenzen finanzieren. Aber noch einmal zurück zu ihrer Frage von vorhin, Herr *Duttge*, ob die Leute nicht mündig sind. Wir muten den Menschen heute mit 25 oder 30 Jahren zu, eine private Altersvorsorge zu organisieren. Auch hier gibt es ganz verschiedene Anlagestrategien, so beispielsweise die Riester-Produkte, die unglaublich kompliziert sind und in vielerlei Hinsicht ebenso umfassender Information bedürften.

*Prof. Dr. Gunnar Duttge:* Zur Frage der Mündigkeit habe ich bereits Stellung genommen, ich will nicht nochmals darauf zurückkommen, sondern vielmehr zwei andere Gedanken aufgreifen. Der eine zielt auf das Stichwort Leistungskatalog: Wir sehen anhand des eindringlich beschriebenen Fallbeispiels sehr gut, wie schwierig es ist, abstrakt-generell vorherzubestimmen, wo angemessene Grenzen gezogen werden können. Was auf der Ebene der Abstraktion und in der Theorie sinnvoll erscheint – etwa eine richtliniengemäße Umgrenzung dessen, was sich als „ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche“ Gesundheitsversorgung im Sinne des § 137 c SGB V betrachten lässt, garantiert noch längst keine Angemessenheit im konkreten Einzelfall. Das ist im Übrigen keineswegs ein ökonomisches, sondern in erster Linie ein normatives Problem unter Einschluss der Ethik. Mit den Mitteln des Rechts versuchen wir uns also in einer Art von intelligentem Schubladendenken; seine Grenzen und seine möglichen Folgen in der Lebenswirklichkeit zeigt sehr schön das Beispiel, das uns Herr *Schlandraff* vorgestellt hat. Der zweite Gedanke bezieht sich auf die von den Vorrednern so bezeichnete „innovative Medizin“: Wenn wir heute mehr denn je die Bezahlbarkeit der Gesundheitsversorgung im Blick behalten müssen, dann darf die Frage der Wirtschaftlichkeit im Rahmen des medizinischen Fortschritts nicht mehr gänzlich ausgeblendet werden – da besteht jedoch ein großes Defizit. Was hindert uns daran, auch im Kontext der medizinischen Forschung die Frage aufzuwerfen, ob der erhoffte „Fortschritt“ überhaupt bezahlbar und damit auch ökonomisch effektiv sein wird. Wenn ich es recht sehe, wird derzeit ein enormer Aufwand beinahe „um jeden Preis“ betrieben, um etwa ein Medikament zu entwickeln, das am Ende vielleicht eine Spur besser und wirksamer sein könnte als bereits vorhandene Wirkstoffe, dafür aber evtl. viermal oder achtmal so teuer. Bei der Weiterentwicklung der Medizin leisten wir uns also nach wie vor den Luxus, die gesamtgesellschaftliche Wirtschaftlichkeit mehr oder weniger außen vor zu lassen. Wenn es aber zutrifft, dass die ökonomischen Zwänge des Gesundheitssystems maßgeblich durch die – für sich betrachtet natürlich großartigen – Erfolge des medizinischen Fortschritts bedingt sind, dann läge eine mögliche Alternative der Problemlösung darin, im Rahmen der medizinischen Forschung künftig mehr als bisher auf die ökonomischen Effekte zu achten und nur solche „Fortschritte“ anzustreben, die jedenfalls keine absehbare Verteuerung der Gesundheitsleistungen nach sich ziehen. Wir sind nicht dazu verdammt, dem weiteren Lauf der Dinge einfach zuzusehen.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Das war nunmehr ein Hinweis auf die Frage, wie wir mit Innovation und Forschung umgehen, was ich sehr wichtig finde. Die Verantwortung für die Innovationsgeschwindigkeit in einer Gesellschaft zu übernehmen, ist sicher etwas, was noch nicht ausreichend entwickelt ist. Wir sind häufig durch Möglichkeiten Verführte und verzichten auf mögliche Wertsteuerungen dieser Möglichkeiten, bis sie uns dann überrollen.

*Prof. Dr. Claudia Wiesemann:* Ich würde den Fall der „Frieda M.“ gerne noch einmal zum Anlass nehmen, um einen weiteren Begriff kritisch zu beleuchten. So ein Fall wird gerne auch herangezogen, um zu belegen, dass es eine Zweiklassenmedizin gibt. Mit dem Ausdruck „Zweiklassenmedizin“ diskreditiert man etwas, was viel mehr positive als negative Aspekte vorzuweisen hat, z. B. den Anreiz, der in unserem System der gesetzlichen Krankenversicherungen besteht, effektiv und effizient zu arbeiten. Diesen Anreiz sollten wir wirklich hoch einschätzen, denn die Gefahr in der Medizin mag auf der einen Seite Unterversorgung sein – auf der anderen Seite droht aber genauso eine Überversorgung, so dass der Markt mit überflüssigen Angeboten überschwemmt wird, an denen gar ein echtes Gesundheitsinteresse bestehen kann. Unser jetziges, 85 % der Bevölkerung erfassendes System hat einige sehr gute Sicherungsmechanismen gegen derartige unsinnige und überflüssige Therapieangebote, wenngleich ich mit Herrn Breyer darin übereinstimme, dass diese inzwischen nicht mehr ausreichen. Mein Anliegen ist, dass man das Reden von einer Zweiklassenmedizin aufgibt und sich den echten Vorteilen der einen „Klasse“ im Vergleich zu der anderen „Klasse“ zuwendet. Wenn gar keine Kontrolle, nicht einmal eine ökonomische Kontrolle, darüber erfolgt, was mir angetan wird, wenn ich im Krankenhaus liege, wäre das eine schreckliche Situation. Lassen Sie uns dieses positive Potenzial, das darin liegt, mit Knappheit wirtschaften zu müssen, herausstreichen und damit arbeiten. Damit kämen wir sehr viel weiter, als mit dem Zerreden dessen, was wir bis heute geschaffen haben.

*Pastor i.R. Udo Schlaudraff:* Ich möchte noch erwähnen, worüber wir nicht mehr sprechen konnten, was aber unbedingt dazu gehört. Ich meine die wirklich bedrängenden Fragen der primären Prävention. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass dies ein riesig großer Bereich ist und erlaube mir, auf den deutschen Gesundheitsbericht 2008 mit dem Sonderband „Diabetes“ aufmerksam zu machen. Was hier an Kosten durch Fehlernährung und durch die Zunahme an Zuckererkrankungen auf uns zukommen wird, ist noch nicht ausreichend bedacht worden. Die Folgen werden dramatisch sein. Aber damit Ihnen deswegen nicht der Humor vergeht, schließe ich mit einem Limerick, der das Dilemma aller Gesundheitserziehung so auf den Punkt bringt:

„Mein Arzt gab mir jüngst die Prognose:  
Geschlechtsverkehr fördert Thrombose.  
Doch soll ich verzichten? Ich denke mitnichten,  
denn ich hab' keine Lust auf Neurose.“

## **Autorenverzeichnis**

**Dr. jur. Holger Blöcher**, Richter am Sozialgericht Stade

**Prof. Dr. rer. pol. Friedrich Breyer**, Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschafts- und Sozialpolitik, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Konstanz

**Dipl.-Jur. Carsten Dochow**, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Medizinrecht der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

**Prof. Dr. jur. Gunnar Duttge**, Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Bio-recht des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht Göttingen

**Prof. Dr. med. Heyo Eckel**, Ehrenvorsitzender der Niedersächsischen Ärztekammer

**Prof. Dr. med. Günter Kirste**, Medizinischer Vorstand der Deutschen Stiftung Organtransplantation, Mitglied in der Ständigen Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer

**Dr. med. Dr. hc. Otmar Kloiber**, Generalsekretär des Weltärztebundes (World Medical Association)

**Dipl. Gesundheitswirt Adam Runciman**, Projektmanager bei der PCG pro consilio AG, Hamburg

**Pastor i.R. Udo Schlaudraff**, Mitglied im Vorstand des Gemeinde-Pflegedienstes Göttingen West

**Prof. Dr. jur. Ulrich Schroth**, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der LMU München

**Prof. Dr. jur. Peter Udsching**, Vorsitzender Richter des 14. Senats am Bundessozialgericht (Grundsicherung für Arbeitssuchende), Honorarprofessor an der Universität Osnabrück

**Marc-Alexander Waschkewitz**, Student der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, Mitarbeiter am dortigen Zentrum für Medizinrecht

**Alexandra Kristina Weber**, Studentin der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen, Mitarbeiterin in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht des Instituts für Kriminalwissenschaften

**Ralf Werner**, Arzt, Leiter der Stabsstelle TX-Koordination der Universitätsmedizin Göttingen

**Prof. Dr. med. Claudia Wiesemann**, Direktorin der Abteilung Ethik und Geschichte der Medizin der Universitätsmedizin Göttingen, Präsidentin der Akademie für Ethik in der Medizin e.V.

## **Informationen zum Veranstalter der Konferenz „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“: ELSA-Göttingen e.V.**

ELSA – The European Law Students' Association – ist eine unabhängige, politisch neutrale und als gemeinnützig anerkannte, internationale Organisation. Mit über 30.000 Mitgliedern an 220 Universitäten in 35 europäischen Ländern ist ELSA das weltweit größte Netzwerk von Jurastudierenden sowie jungen Juristinnen und Juristen mit dem Ziel der gegenseitigen Verständigung und Akzeptanz sowie der gezielten Zusammenarbeit.

ELSA-Göttingen e.V. begeht anno 2009 sein 20-jähriges Jubiläum und ist damit eine der ältesten, aber mit rund 200 Mitgliedern auch eine der größten Fakultätsgruppen des Dachverbandes ELSA-Deutschland e.V. Als Teil dieses Netzwerkes wird Studierenden der rechtswissenschaftlichen Fakultät die Möglichkeit geboten, einem außeruniversitären Engagement nachzugehen, sich bestimmte auch praxisorientierte Fähigkeiten anzueignen und sich mit aktuellen juristischen Problemen und Fragestellungen auseinander zu setzen, die das universitäre Lehrangebot ergänzen.

Die Vereinsarbeit orientiert sich dabei an den im Philosophy Statement festgehaltenen Zielen:

### *Vision*

*A just world in which there is respect for human dignity and cultural diversity.*

### *Purpose*

*To contribute to legal education, to foster mutual understanding and to promote social responsibility of law students and young lawyers.*

### *Means*

*To provide opportunities for law students and young lawyers to learn about other cultures and legal systems in a spirit of critical dialogue and scientific cooperation. To assist law students and young lawyers to be internationally-minded and professionally skilled. To encourage law students and young lawyers to act for the good of society.*

Um das Bewusstsein der Studierenden für globale, soziale und juristische Probleme und Fragestellungen zu stärken, finden unterschiedliche Projekte statt, bei denen ELSA-Göttingen e.V. auch den intensiven Austausch der Jurastudierenden untereinander über die Grenzen Deutschlands hinaus fördert. Exemplarisch für diese akademischen Aktivitäten sind im Allgemeinen Seminare, Vorträge und Diskussionen zu verschiedensten juristischen Themen zu nennen, im Besonderen aber die diesem Sammelband vorangegangene Konferenz zum Medizinrecht mit dem Thema „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“.

## Organisatoren der Konferenz

*Lena Richter*, Vorstand für Seminare und Konferenzen ELSA-Göttingen e.V. (Sommersemester 2008 und Wintersemester 2008/2009), Leiterin des Organisationskomitees; *Benjamin Annuszyk*, Präsident ELSA-Göttingen e.V. (Geschäftsjahr 2008/2009), Fundraising; *Michaela Schlüter*, Vorstand für Finanzen ELSA-Göttingen e.V. (GSJ 2008/2009), Finanzen & Fundraising; *Manuel Weinert*, Vizepräsident ELSA-Göttingen e.V. (GSJ 2008/2009), Transport & Logistik; *Frauuke Harms*, Präsidentin ELSA-Göttingen e.V. (GSJ 2007/2008), Finanzen & Fundraising; *Irina Rebin*, Vizepräsidentin ELSA-Göttingen e.V. (GSJ 2007/2008), Vorstand für Marketing ELSA-Göttingen e.V. (WS 2008/2009), Marketing, Teilnehmerbetreuung, Unterkunft und Verpflegung; *Carsten Dochow*, ELSA-Göttingen e.V., Referentenbetreuung, Inhaltliche und thematische Konzeption der Konferenz; *André Witt*, Director for Fresher ELSA-Göttingen e.V. (SS 2008, WS 2008/2009), Finanzen & Fundraising, Koordination; *Valeria Hammerschmidt*, Vorstand für Akademische Aktivitäten ELSA-Göttingen e.V. (WS 2008/2009), Social Program; *Florina Nessmann*, ELSA-Göttingen e.V., Verpflegung; *Marc-Alexander Waschkewitz*, ELSA-Göttingen e.V., Referentenbetreuung; *Alexandra Kristina Weber*, ELSA-Göttingen e.V., Referentenbetreuung.

In verschiedenen anderen Funktionen haben bei der Konferenz verdienstvoll mitgewirkt: *Elisa Aust*, *Tom Blumenberg*, *Kasia Chabas*, *Pascal Fischer*, *Martin Gillen*, *Jan Grevé*, *Frederik Hanelt*, *Laura Hasse*, *Christin Hirsch*, *Johanna Holzkämper*, *Nils Jensen*, *Morten Jonas*, *Stephanie Kern*, *Carolin Küster*, *Joschka Küsters*, *Kevin Schubert*, *Ramon Sieven*, *Kai Unkel*, *Adam Wan*, *Bodo Wiswe*, *Esther-Maria Worthmann* und *Philipp Zimbehl*.



Mit dem Eintritt in das Zeitalter einer hochtechnisierten, auf ständige Optimierung ausgerichteten medizinischen Versorgung wachsen die Herausforderungen an die Finanzierbarkeit eines leistungsfähigen modernen Gesundheitswesens. Der Wunsch nach bestmöglicher Versorgung trifft unsanft auf die Erkenntnis, dass das System in Zukunft nicht mehr alles für alle leisten können. Nicht nur im Hinblick auf die Ausgestaltung der Leistungskataloge der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, sondern ebenso für den Bereich der Transplantationsmedizin muss schon heute die Frage beantwortet werden, wie sich der Anspruch auf eine gerechte Verteilung der knapper werdenden Gesundheitsgüter in Zukunft noch einlösen lässt.

Der vorliegende Band geht aus Vorträgen und Diskussionen der im November 2008 in Göttingen veranstalteten ELSA-Konferenz „Recht am Krankenbett – Die Kommerzialisierung des Gesundheitssystems“ hervor, die ELSA-Göttingen zusammen mit dem Göttinger Zentrum für Medizinrecht ausgerichtet hat. Der Band nimmt sich dieser aktuellen Thematiken an und will mit seinen zahlreichen Beiträgen aus gesundheitsökonomischer, medizinethischer und medizinrechtlicher Perspektive das interdisziplinäre Gespräch voranbringen. Verbindende Klammer ist die zentrale Frage nach der im europäischen Vergleich bestmöglichen Ausgestaltung eines ebenso patientenorientierten wie leistungsfähigen Gesundheitssystems.



ISBN 978-3-941875-27-2  
ISSN 1864-2144

Universitätsverlag Göttingen