

Das Transplantationsgesetz – Neue ärztliche Aufgaben mit Haftungsrisiko?

ELKE RAMPFL-PLATTE

Mit dem Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) hat die gesetzgeberische und gesellschaftliche Intention, Transparenz und Rechtssicherheit in der Transplantationsmedizin zu schaffen, am 1. Dezember 1997 eine rechtliche Regelung erfahren, die in ihrer Zielsetzung auch einer deutlichen Steigerung der Organspendebereitschaft der Bevölkerung Beitrag leisten soll.

Eine Reihe essentieller Vorgaben des TPG bedürfen derzeit auch rund fünf Monate nach der am 1.12.1999 abgelaufenen 2-Jahres-Übergangsfrist unvermindert der rechtlichen und praktischen Umsetzung. Landesrechtliche Ausführungsgesetze zur Ethikkommission gemäß § 8 III 2 TPG für die Lebendspende liegen erst in Baden-Württemberg¹, Bayern², Berlin³, Brandenburg⁴, Bremen⁵, Hamburg⁶, Niedersachsen⁷, Nordrhein-Westfalen⁸, Rheinland-Pfalz⁹, Sachsen¹⁰ und Schleswig-Holstein¹¹ vor. Im Saarland wurde ein entsprechender Gesetzesentwurf verabschiedet, jedoch noch nicht verkündet¹², in Mecklenburg-Vorpommern liegt ein Gesetzesentwurf zur Beratung vor, mit dessen möglicher Verabschiedung jedoch nicht vor dem Sommer 2000 zu rechnen ist¹³. In Thüringen befindet sich die landesrechtliche Regelung sogar noch in Vorbereitung¹⁴. Für Hessen und Sachsen-Anhalt konnte bislang weder von den zuständigen Ministerien noch den voraussichtlich zuständigen Landesärztekammern eine Information über das Vorliegen oder den Inhalt der landesrechtlichen Regelungen und die etwaigen Verfahrensordnungen erlangt werden. Für die an der Lebendspende beteiligten Ärzte, Transplantationszentren und vor allem Patienten (Spender und Empfänger) führt dies zu Rechtsunsicherheiten und der Frage, ob der Bundesgesetzgeber mit dem TPG und auch die jeweiligen Landesgesetzgeber die erforderliche Gesetzesregelung auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums tatsächlich ausreichend und in geeigneter Weise vorgenommen haben¹⁵.

Zuständig werden für die Errichtung der Kommissionen danach die jeweiligen Landesärztekammern sein, in Sachsen-Anhalt hingegen das Landesamt für Versorgung und Soziales¹⁶.

Einige der Bundesländer haben die Gelegenheit dieser Ausführungsgesetze zugleich wahrgenom-

men, um Regelungen zu Transplantationsbeauftragten und ihren Kompetenzen zu normieren.¹⁷

Die vertraglichen Vereinbarungen für die Koordinierungsstelle¹⁸, § 11 I 2, IV TPG liegen derzeit dem Bundesministerium für Gesundheit zu der erforderlichen Genehmigung gem. § 11 III 1,2 TPG vor. Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit bestehen nun in Anbetracht der Tatsache, dass der Grundsatz der Transparenz sowie das Prinzip der Organverteilung der Bereiche Organspende, Organvermittlung und Organtransplantation zur gesetzlich gewünschten¹⁹ gegenseitigen Ergänzung, Zusammenarbeit und auch Kontrolle zur Rechtssicherheit der Beteiligten und der Bevölkerung in eine transparente und gerechte Organverteilung und -allokation seit der Häufung von Funktionen des Vertreters eines Transplantationszentrums, zugleich als Mitglied des Vorstandes der Koordinierungsstelle und darüberhinaus als Generalsekretär der Deutschen Transplantationsgesellschaft nicht mehr gewährleistet scheinen. Arbeits- und dienstrechtliche Weisungsmöglichkeiten und -pflichten eines Vorstandsmitgliedes der Koordinierungsstelle sollten ausschließlich darauf gerichtet sein, deren Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben nach dem TPG sicherzustellen. Die Unabhängigkeit der Wahrnehmung dieser Aufgaben ist nicht gewährleistet, wenn sie personell und organisatorisch von einem Vorstand wahrgenommen wird, der als Mitglied und Leiter eines Transplantationszentrums gerade derartigen Kontrollaufgaben unterliegt. Verstärkt wird dies durch die Funktion des Generalsekretärs der in der DTG vereinten sämtlichen Transplantationszentren, die schon nach ihren satzungsmäßig wahrzunehmenden Interessen der Vereinigung eine unabhängige Erfüllung von Verpflichtungen des Vorstandsmitgliedes der gesetzlich als unabhängig geforderten Koordinierungsstelle ebenfalls nicht zulässt.²⁰

Angesichts der mit Transparenz und „Gewaltentrennung im Transplantationsgesetz“²¹ mühsam überwundenen Vertrauensfragen und Unsicherheit der Bevölkerung noch im Gesetzgebungsverfahren sollte die Arbeit von Ärzten, Krankenhäusern, Transplantationszentren ebenso wie der Koordinierungsstelle und der Vermittlungsstelle nicht durch eine solche durch TPG und sachliche Gründe nicht vorgesehene und nicht gebotene Vermengung von Funktionen erneut belastet werden.

Für den Vertrag für die Vermittlungsstelle²², § 12 I 1, IV TPG ist angekündigt, dass dieser ebenfalls zustande kommen und dem Ministerium sodann zur

Anmerkung: Bei der vorliegenden Veröffentlichung handelt es sich um den überarbeiteten, aktualisierten und erweiterten Beitrag gleichnamigen Titels, welcher in der Zeitschrift „Der Chirurg – BDC“, Heft Nr. 10/1999, S. 278 – 288 erschienen ist.

■ ARZT UND RECHT ■

Genehmigung vorgelegt werden könne²³, beide Verträge sollen nach derzeitigem Stand zum 1.4.2000 nach Bekanntmachung im Bundesanzeiger in Kraft treten²⁴.

Für die Kriterien zur Aufnahme der Patienten auf die Warteliste, § 16 I Nr. 2 TPG, sowie schließlich für die Regeln, nach denen die zur Verfügung stehenden Organe zur Vermittlung gelangen, § 16 II Nr. 5 TPG, hat die Bundesärztekammer inzwischen die Richtlinien erarbeitet und veröffentlicht²⁵, sie begegnen indessen in mehrfacher Hinsicht rechtlichen Bedenken, auf die noch einzugehen ist.

Die im Gesetzgebungsverfahren für das TPG noch emotional diskutierten Streitpunkte um Hirntod und Zustimmungslösung wurden (ungeachtet der drei zur Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Zustimmungslösung²⁶ und der drei weiteren zur Unzulässigkeit der anonymen Lebendspende ebenfalls entschiedenen²⁷ Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht) in der Praxis erfreulicherweise abgelöst durch Bemühen um Lösungen der bestehenden Umsetzungsprobleme des TPG in eine Rechtswirklichkeit, die dem Bedarf an Organtransplantationen für Patienten auf der Warteliste angemessen Rechnung tragen könnte.

Dennoch bleibt die nach geschaffener Rechtssicherheit erwartete Steigerung der Transplantationszahlen aus²⁸, obgleich das TPG eine Vielzahl ärztlicher Aufgaben und rechtlicher Sanktionen zur Sicherung ihrer Erfüllung vorsieht. In Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen des Arzthaftungsrechts schlummert in ihnen erhebliches ärztliches Haftungspotential, das nach mehr als 2 Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes Anlass für eine Darstellung gibt. Unabhängig vom System der Dreiteilung des TPG in die Bereiche Organspende, Organvermittlung und Organtransplantation, die an anderer Stelle bereits umfassende Darstellungen gefunden haben²⁹, soll sich der Beitrag auf folgende Schwerpunkte konzentrieren: Die Pflichten der Krankenhäuser (I.), des behandelnden Arztes (II.) und des Transplantationszentrums (III.). Abschließend wird kurz auf einige Besonderheiten der Lebendspende eingegangen werden (IV), deren komplexe und besonderen Rechtsprobleme einer umfassenden eigenen Darstellung bedürfen.

I. Pflichten der Krankenhäuser

1. Der Gesetzgeber hat als eine der zentralen Schwächen der ausreichenden Versorgung aller transplantationsbedürftigen Patienten angesichts der Knappheit der zur Verfügung stehenden Organe erkannt, dass umfassende Information über die Möglichkeiten der Organspende z.B. durch die Krankenkassen an ihre Versicherten erforderlich, aber nicht genügend ist.

Daher wurde die Entnahme von vermittlungspflichtigen Organen³⁰ einschließlich der Vorbereitung von Entnahme, Vermittlung und Übertragung als gemeinschaftliche Aufgabe der Transplantationszentren und der anderen Krankenhäuser in re-

gionaler Zusammenarbeit in § 11 I 1 TPG verankert. Sie wird damit Teil des sozialstaatlichen Sicherstellungsauftrages zur stationären Versorgung. Der ärztliche Dienst und damit der einzelne Krankenhausarzt ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen – damit auch des TPG – durch Geschäfts- und Dienstordnungen des Krankenhauses in ein Ordnungssystem eingebunden, das von den vorgegebenen Aufgabenstellungen bestimmt wird. Die gesetzliche Zweckbestimmung³¹ prägt bei Erfüllung der Bereithaltungs- und Versorgungsfunktion das gesamte Leistungsgeschehen eines Krankenhauses. In der Verantwortung und Zuständigkeit des Krankenhausträgers oder (soweit in Einzelbereichen übertragen) der Krankenhausleitung liegt im Rahmen der normativen Vorgaben die Gestaltung des Medizinbetriebes Krankenhaus. Organisation und fachliche strukturelle Gliederung des ärztlichen Dienstes muss auch gewährleisten, dass jeder Patient seiner Krankheit gemäß individuell ärztlich versorgt wird. Dies macht die Schaffung überschaubarer ärztlicher Verantwortungsbereiche und die enge Zusammenarbeit aller an der Untersuchung und Behandlung beteiligten Ärzte unerlässlich, die in § 11 I 1 TPG für die Zusammenarbeit der Krankenhäuser mit den Transplantationszentren und mit der Koordinierungsstelle auch ausdrücklich klargelegt wird. Die fachliche Gliederung des ärztlichen Dienstes muss auch gewährleisten, dass in der medizinischen Wissenschaft und Praxis neu gewonnene gesicherte Erkenntnisse in Diagnostik und Therapie dem Krankenhauspatienten zugute kommen, dies trifft auch für die Transplantation als etabliertem Verfahren medizinischer Versorgung zu.

Die Krankenhäuser (und damit auch deren Ärzte und nichtärztliches Personal) werden den daraus an sie gestellten Herausforderungen des TPG und der landesrechtlichen Ausführungsgesetze nur durch eine rechtlich geeignete Anpassung ihrer Aufklärungs-, Einwilligungs- und Dokumentationspraxis, sowie der dazu verwendbaren unterstützenden Formulare und Dienstanweisungen gesicherte Rechnung tragen können³².

Ein wesentliches Instrument für die Umsetzung der „Versorgungsaufgabe Transplantation“ für möglichst viele behandlungsbedürftige Patienten ist die in § 11 IV 2 TPG normierte Meldepflicht der Krankenhäuser für potentielle Organspender. Schätzungen gehen indessen davon aus, dass nicht einmal 50 % der in Betracht kommenden Organspender gemeldet werden³³, wofür mehrere Gründe benannt werden: Mangels entsprechender fachlich personeller Besetzung an den Krankenhäusern der Grund- und Regelversorgung, die keine schwerpunktmäßige Neurologische Abteilung besitzen, wird ein Teil der dafür in Betracht kommenden Personen nicht als potentieller Organspender erkannt, bevor bei rund 20 % der Patienten innerhalb der ersten 4 Stunden, bei weiteren 50 % innerhalb 24 Stunden der Herz-Kreislaufstillstand eintritt und eine Organentnahme damit entfällt.³⁴ Da auch nicht zuletzt unter Kostengesichtspunkten diese Krankenhäuser

■ ARZT UND RECHT ■

nicht in der Lage sind, für die Umsetzung der ihnen obliegenden Aufgabe solche einzurichten, bedarf es anderer Lösungsmodelle, wie sie beispielsweise in Niedersachsen durch mobile Teams für die Hirntoddiagnostik und mobile Chirurgeteams schon etabliert und mit erfolgreichen Ergebnissen bundesweit überdurchschnittlicher Zahlen realisierter Transplantationen³⁵ praktiziert werden. Angesichts eines bei rund 1400 deutschen Krankenhäusern, die Intensivpflege betreiben, nicht unerheblich offenen Potentials erscheint die Orientierung an solch erfolgsbestätigten Modellen sachgemäß. Dabei sollen durch organisatorische Zusammenfassung der Transplantationszentren und Organisationszentralen der Koordinierungsstelle in 7 in geographischen und demographischen Gegebenheiten möglichst gleichgewichtige Regionen geschaffen und die Organspendeaktivitäten jeweils zentral organisiert und hiermit klare Zuordnungen der Spenderkrankenhäuser zu den Organisationszentralen und Transplantationszentren gewährleistet werden³⁶.

Neben organisatorischen Lücken spielen allerdings auch emotionelle Hemmschwellen eine Rolle, wenn beispielsweise durch einen Tagungsteilnehmer des Kongresses für Innere Medizin³⁷ formuliert wird, es sei extrem schwierig, einen potentiellen Organspender tatsächlich zu melden – mit dieser Meldung werde das „eigene ärztliche Versagen“ an diesem Patienten manifestiert; das Transplantationszentrum hätte es in seinem Bereich demgegenüber wesentlich leichter, weil es für seinen Anteil am Bereich Transplantation (– der rettenden Hilfe für den Empfänger als den nur positiven Aspekt –) ein – und dies nach außen vertreten könne. Solche emotional geprägten Hemmnisse gilt es angesichts der Versorgungsaufgabe durch fachliche und persönliche Aus- und Fortbildung, sowie qualifizierte regelmäßige Information der Mitarbeiter und durch eine deutliche Positionierung der Klinikleitung für die Organspende zu überwinden.

Fehlende gesetzeskonforme Motivation in der Ärzteschaft findet sich auch in der Argumentation der Zentren der neuen Bundesländer; sie reklamieren, dass entgegen der klaren gesetzlichen Entscheidung der bundesweit einheitlichen Behandlung der Wartelisten, § 12 III 2 TPG, der zunächst auf drei Jahre bis Ende Juni 1999 befristete Bonus vermehrter regionaler Organzuteilung verlängert werden müsse mit der Begründung, die Organspendebereitschaft steige dadurch überproportional an. Den Beleg empirischer Zahlen blieb man auf Nachfrage schuldig; als die genannte These dadurch widerlegt wurde, dass im Bereich der Transplantationszentren mit hohen Transplantationszahlen der alten Bundesländer folglich eine überdurchschnittliche regionale Organspendebereitschaft feststellbar sein müsste, die tatsächlich indessen nicht gegeben sei, räumte der Vertreter eines der Transplantationszentren ein, es sei real nicht die Organspendebereitschaft der Bevölkerung, sondern die Bereitschaft der Ärzte an den Krankenhäusern, potentielle Organspender zu melden und Angehörige

überhaupt und auch in einer geeigneten Weise um die Zustimmung zur Organspende zu befragen, welche durch einen solchen Bonus beeinflusst werden könne.³⁸ Der Eindruck, die gemeinschaftliche Aufgabe der Transplantationszentren und der regionalen Krankenhäuser werde von vielen, insbesondere selbst sehr prominenten Vertretern der deutschen Transplantationsmedizin noch immer nicht ernst genug genommen, wurde auch im Rahmen der 7. Jahrestagung der Deutschen Transplantationsgesellschaft im November 1998 zum Ausdruck gebracht.³⁹ Beiträge der 8. Jahrestagung der DTG im November 2000 zeigen hingegen das Bemühen, Verbesserungspotentiale auch hier wahrzunehmen.

Unter Berücksichtigung knapper Ressourcen jedoch eine größtmögliche Verteilungsgerechtigkeit herbeizuführen, setzt indessen unerlässlich die konsequente Umsetzung dieser Meldepflicht in den Krankenhäusern voraus, bevor z.B. die aus guten Gründen nur subsidiär zulässige Lebendspende zum Königsweg aus der Organknappheit erhoben wird.

Ein hilfreiches Instrument kann hier auch die Einschaltung von Transplantationsbeauftragten sein, zu der jedoch bedauerlicherweise bislang nur wenige Bundesländer Regelungen getroffen haben⁴⁰.

2. Dabei sieht das Gesetz ein klares *Procedere* vor, unabhängig davon, ob eine eigene Einwilligung des Organspenders, § 3 TPG, oder die Zustimmung der Angehörigen, § 4 TPG, vorliegt:

a) Liegt eine eigene Organspendeerklärung in Form des Widerspruches oder der Einwilligung des Spenders vor, ist alleine sie maßgeblich, § 3 I Nr. 1, II Nr. 1 TPG. Eine Verweigerung der Zustimmung etwa durch die Angehörigen hat in diesem Fall durch die getroffene gesetzgeberische Entscheidung unberücksichtigt zu bleiben.

Contra legem ist daher die Auffassung der Bundesärztekammer, die hier gleichwohl noch Ermessensspielräume in ihren sog. Empfehlungen für die Zusammenarbeit zwischen den Krankenhäusern und Transplantationszentren bei der postmortalen Organentnahme suggeriert.⁴¹

Das Gesetz sieht vor, dass sein nächster Angehöriger über die beabsichtigte Organentnahme aber zu unterrichten ist. Verpflichtet hierzu ist derjenige Arzt, der die Organentnahme vornehmen will. Wer „nächster Angehöriger“ im Sinne des Gesetzes ist, ergibt sich nicht aus § 3 TPG, sondern erst aus dem für die Organentnahme mit Zustimmung der Angehörigen maßgeblichen § 4 II TPG. Gesetzestechnisch wäre es übersichtlicher gewesen, diese Bestimmung entweder in einer § 3 TPG (Organentnahme mit Einwilligung des Organspenders) und § 4 TPG (Organentnahme mit Zustimmung der Angehörigen) nachfolgenden gemeinsamen Vorschrift aufzunehmen. Alternativ hätte sie bereits in § 3 TPG aufgenommen werden und in § 4 TPG dann – wie in der Jurisdiktion üblich – auf die vorangegangene Vorschrift verwiesen werden können. Beides hätte die Rechtsklarheit für den handelnden Arzt erleichtert.

■ ARZT UND RECHT ■

Der Arzt muss in einer gesetzlich konkretisierten ärztlichen Dokumentation Ablauf und Umfang der Organentnahme aufzeichnen.

Der nächste Angehörige hat das Recht, in diese Aufzeichnungen Einsicht zu nehmen und kann dabei auch eine Person seines Vertrauens hinzuziehen, z.B. auch einen Rechtsanwalt, der anstelle des nächsten Angehörigen dieses Einsichtnahmerecht für ihn geltend machen kann.

b) Liegt keine eigene Erklärung des möglichen Organspenders vor, so ist sein früher geäußelter oder mutmaßlicher Wille durch Befragung der nächsten Angehörigen zu ermitteln. Dabei muss der Arzt durch Befragungsweise und den entsprechenden Hinweis gewährleisten, dass der Wille des Organspenders und nicht die eigene Meinung des Angehörigen die Grundlage der Zustimmung oder ihrer Versagung bilden. Das Gesetz verpflichtet den Arzt, Ablauf, Inhalt und Ergebnis der Beteiligung der Angehörigen zu dokumentieren; in diese Dokumentation haben alle nächsten Angehörigen ein Einsichtsrecht. Obwohl in dieser Vorschrift weder explizit noch durch übliche Verweisung auf die Dokumentationspflicht über Art und Umfang der Organentnahme hingewiesen wird, gilt diese hier ebenfalls.

c) In beiden Fällen ist zu beachten, dass Gewährung des Einsichtsrechts einerseits in die Dokumentationen für Art und Umfang der Organentnahme und andererseits in die Dokumentation von Unterrichtung im Fall des § 3 TPG oder Beteiligung der Angehörigen im Fall des § 4 TPG nicht o.w. Einsicht in alle Krankenunterlagen des Organspenders bedeutet. Das Einsichtsverlangen wird in aller Regel erst geltend gemacht werden, wenn Organentnahme und Transplantation bereits erfolgt sind. Dann werden die Patientenunterlagen des Organspenders aber bereits Befunde auch zu medizinischen Daten der Eignung als Spender beinhalten oder gegen eine solche sprechen, wie z. B. ein Hepatitis- oder HIV-positiver Befund.

Wie weit geht das Einsichtsrecht Angehöriger in einem solchen Falle? Allgemein geht das Einsichtsrecht des Patienten in seine eigenen Krankenunterlagen nach seinem Tode auf die Erben über, soweit eine vermögensrechtliche Komponente betroffen ist.⁴² Der BGH neigt dazu, auch den nächsten Angehörigen des Verstorbenen unabhängig von einer Erbenstellung ein Einsichtsrecht in Krankenunterlagen zu gewähren.⁴³ Der Anspruch wird (als personale Komponente) aus den nachwirkenden Persönlichkeitsbelangen des Verstorbenen hergeleitet und ist durch Darlegung und Nachweis des vermögensrechtlichen Interesses zu begründen.⁴⁴ Bei den Erben und den nächsten Angehörigen ist jedoch stets das Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen zu beachten und das bestehende Recht auf Auskunft und Einsichtnahme immer gegen die grundsätzlich über den Tod hinaus geltende Verschwiegenheitspflicht des Arztes abzuwägen. Die Abwägungsentcheidung ist deswegen stets an dem geäußerten

oder mutmaßlichen Willen des Patienten an Geheimhaltung der medizinischen Daten zu orientieren. Auch in der eigenen Organspendeerklärung ist nicht damit zugleich ein Einverständnis zu sehen, für alle ihn betreffenden medizinischen Daten eine umfassende Einsicht zu eröffnen.

Über diese allgemein geltenden Grundsätze der Rechtsprechung hinaus begründet das TPG nun ein gesetzlich verankertes Recht des nächsten Angehörigen auf Auskunft und Einsicht in die vorweg beschriebenen Dokumentationen, das keiner Begründung bedarf, und der Transparenz und dem Nachweis des Vorliegens der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Organentnahme, ihres Ablaufes und ihres Umfanges dienen soll. An diesem Zweck orientiert hat sich auch die Entscheidung über ihren Umfang auszurichten. Der zu dokumentierende Ablauf und Umfang der Organentnahme erfasst die eigene erklärte Einwilligung des Organspenders, bzw. sofern eine ausdrückliche Erklärung ebenso wie ein erklärter Widerspruch gegen die Organentnahme fehlt, die ersatzweise erteilte Zustimmung durch seine Angehörigen; auch zu dokumentieren ist, ob und welche Organe ggf. von seiner Zustimmung erfasst oder ausgeschlossen sind und welcher Angehörige die Zustimmung erteilt hat. Wenn der in nach gesetzlicher Rangfolge nächste Angehörige nicht oder nicht binnen angemessener Zeit erreichbar ist oder befragt werden kann, sollte auch dokumentiert werden, weshalb der in der Rangfolge nächste Angehörige befragt wurde und dessen Zustimmung maßgeblich war, um nachträglichen Zweifeln an der Zulässigkeit der Organentnahme entgegenzutreten. So z.B. dass ein volljähriger Sohn oder Tochter die Zustimmung erteilt hat, weil der Ehegatte trotz telefonischer Versuche der Benachrichtigung durch den Arzt in angemessener Zeit nicht erreichbar war.

Zu dokumentieren ist auch die Feststellung des Todes nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, sowie diejenigen Ärzte, welche diese unabhängig voneinander getroffen haben.

Schließlich gehört zum Dokumentationsumfang auch, dass der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen wurde und um welchen Arzt es sich dabei handelte: denn die Feststellungen zum Tod des Organspenders sind jeweils von zwei voneinander unabhängigen besonders qualifizierten Ärzten zu treffen, die im jeweils individuellen Entscheidungsfall nicht an der Organentnahme oder an der Übertragung der Organe beteiligt sein und auch keinen Weisungen eines daran beteiligten Arztes unterstehen dürfen. Hier trifft auch das Krankenhaus die Pflicht organisatorischer Maßnahmen für den ärztlichen Dienst hinsichtlich Arbeitsaufbau und -ablauf im jeweiligen ärztlichen Fachbereich insbesondere der Inneren Medizin, der Anästhesie, der Neurologie und der Chirurgie, der Ordnung und Koordination dabei übergreifender ärztlicher Funktionen einschließlich des Dienstplanes auch unter Berücksichtigung von urlaubs- und krankheitsbedingten Ver-

■ ARZT UND RECHT ■

hinderungen und den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes. Es muss sichergestellt sein, dass stets ein fachlich kompetenter und zugleich von solchen Weisungen i.S. d. § 5 II 2 TPG freier Arzt zur Verfügung steht, der zur Feststellung der Voraussetzungen und damit zur Wahrnehmung der gesetzlich dem Krankenhaus obliegenden Meldepflicht in der Lage ist. Diesem obliegt auch, dafür zu sorgen, dass das Nachweisverfahren durch die beiden Ärzte mit der Aufzeichnung der festgestellten Untersuchungsergebnisse und ihres Zeitpunktes unter Angabe der zugrundeliegenden Untersuchungsbefunde in einer jeweils unabhängigen Niederschrift und mit ihrer jeweiligen Unterschrift schließt, weil den nächsten Angehörigen, bzw. gleich- oder vorrangigen Personen Gelegenheit zur Einsichtnahme gegeben werden muss. Mit Untersuchungsbefunden für das Nachweisverfahren sind dabei aber nur diejenigen maßgeblich, die für den Nachweis des Hirntodes, bzw. der Feststellung des Todes nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, erforderlich sind, nicht die darüber hinausgehenden und für die Eignung als Organspender im übrigen zu erholenden weiteren Untersuchungsbefunde, wie etwa die HLA-Typisierung, etc.

„Gelegenheit zur Einsicht gegeben“ i.S.v. § 5 II 4 TPG ist den genannten Personen aber nur dann, wenn sie hierauf auch hingewiesen werden; dies sollte in der Hand des Arztes liegen, der auch die Unterrichtung oder Befragung der Angehörigen durchführt.

Die Bedeutung der Dokumentationspflichten des Arztes erschließt sich daraus, dass der Gesetzgeber an die Organentnahme bei bestehender Verletzung der Dokumentationspflicht die Strafsanktion von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe bei postmortaler und sogar von 5 Jahren bei einer Lebendspende oder jeweils Geldstrafe knüpft. Daneben unterliegen diese Unterlagen einer Aufbewahrungspflicht von mindestens 10 Jahren, deren Verletzung zusätzlich als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu DM 5.000,- sanktioniert werden kann. Diese strafrechtliche Sanktionierung ist umso bemerkenswerter im Vergleich zu der sonst im Verhältnis zwischen Arzt und Patient bestehenden Dokumentationspflicht: diese erstreckt sich auf die wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Bewandnisse, z.B. Anamnese, Diagnostik, Funktionsbefunde, Medikation und ärztliche Anordnungen zur Pflege, Wechsel des Operateurs bei einem Eingriff, Anfängerkontrolle und Intensivmedizin. Als dortige vertragliche Nebenpflicht bewirkt ihre Verletzung aber selbst bei schwerwiegenden Mängeln per se jedoch keine strafrechtliche Folge, sondern führt allenfalls zu Beweiserleichterungen im etwaigen zivilrechtlichen Haftungsprozess.⁴⁵ Allenfalls dann, wenn die ausreichende Risikoaufklärung wegen der fehlenden Dokumentation weder durch diese noch auf andere Weise nachgewiesen werden kann, führt die fehlende nachweisbare Aufklärung ihrerseits zur Unwirksamkeit der Einwilligung in den Heilein-

griff und macht diesen zur strafbaren Körperverletzung auch dann, wenn er lege artis ausgeführt wurde. Im TPG hingegen macht allein schon die Verletzung der dem Arzt obliegenden Dokumentationspflicht die dann – durch ihn und weitere Beteiligte – durchgeführte Organentnahme zu einer strafbaren Handlung, die sowohl schon im Stadium des Versuches, als auch bei nur fahrlässiger Begehung der – dann nur gemilderten – Strafe unterliegt, bei fahrlässiger Begehung jedoch immerhin noch mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe sanktioniert werden kann.

3. Daneben bestehen Aufklärungs-, Hinweis- und Fragepflichten des Arztes, der die Organentnahme durchführen will: den zu befragenden Angehörigen hat der Arzt darauf hinzuweisen, dass der mutmaßliche Wille des möglichen Organspenders maßgeblich ist. Da der nächste Angehörige mit dem Arzt eine Widerrufsfrist für seine Erklärung vereinbaren kann, regelmäßig jedoch selbst keine Kenntnis von dieser Möglichkeit besitzt, muss auch ein entsprechender Hinweis des Arztes über diese Möglichkeit erfolgen. Durch Befragung muss der Arzt feststellen, ob der Angehörige „nächster Angehöriger“ im Sinne der gesetzlichen Rangfolge des § 4 II, III TPG ist, anderenfalls muss er versuchen, innerhalb angemessener Frist den vorrangigen Angehörigen zu erreichen. Nur bei mehreren gleichrangigen Angehörigen würde die Entscheidung des einen von ihnen genügen, die indessen durch den Widerspruch eines jeden gleichrangigen Angehörigen gesperrt werden kann, ohne dass dies einer Begründung bedürfte. Durch Befragung klären muss der Arzt weiterhin, ob dieser während der letzten zwei Jahre zu dem potentiellen Organspender persönlichen Kontakt hatte. Nicht übersehen sollte der Arzt dabei, durch geeignete Fragen zu klären, ob eine volljährige Person, die dem potentiellen Organspender bis zu seinem Tode in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestand, vorhanden ist, da diese gleichrangig neben den nächsten Angehörigen zur Entscheidung befugt tritt. Sie könnte damit beispielsweise eine Zustimmung des Angehörigen durch einen Widerspruch gegen die Organentnahme sperren. Insbesondere ist abzuklären, ob der potentielle Organspender die Entscheidung über eine Organentnahme einer bestimmten Person übertragen hat, denn diese tritt an die Stelle des nächsten Angehörigen und hat damit vorrangiges Entscheidungsrecht. Für eine solche Bevollmächtigung ist nach dem TPG selbst keine schriftliche Form erforderlich, sie wird als sog. Vorsorgevollmacht jedoch nach der Regelung des § 1896 II BGB nur schriftlich wirksam sein.

Aus den genannten Gründen gewinnt für diese Fragen nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der Befragung besondere Bedeutung, um den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen und gerade hier nicht den nächststehenden zu übergehen. Ausreichende Sensibilität und Schulung zum geeigneten Umgang mit den Angehörigen ist Weichenstellung dafür, ob spätere Einsichtsrechte nur

■ ARZT UND RECHT ■

aus Misstrauen am ordnungsgemäßen Ablauf oder nur bei tatsächlich begründeten Zweifeln wahrgenommen werden.

4. Umgekehrt ist der Arzt, der eine Organentnahme durchführen möchte, aber auch seinerseits gemäß § 7 TPG zur Auskunft berechtigt, soweit dies zur Feststellung, ob die Organentnahme zulässig ist oder ob ihr medizinische Gründe entgegenstehen, erforderlich ist. Die Auskunft darf ihm jedoch erst erteilt werden, sobald der Tod des Organspenders festgestellt ist.

II. Pflichten des behandelnden Arztes

Der behandelnde Arzt hat Patienten, bei denen eine Organtransplantation indiziert ist, mit deren schriftlicher Einwilligung unverzüglich an dasjenige Transplantationszentrum zu melden, in welchem die Transplantation später erfolgen soll. Das TPG schreibt diese als ärztliche Aufgabe geregelte Meldepflicht auch dann vor, wenn eine Ersatztherapie wie etwa die Dialyse durchgeführt wird. Nur auf den ersten Blick scheint das Gesetz an die Verletzung dieser Pflicht keine Sanktion zu knüpfen, das TPG sieht eine solche scheinbar nicht vor, sie ergibt sich aber schon nach allgemeinem Recht.

Behandelnder Arzt ist nicht allein der niedergelassene Arzt, sondern ebenso derjenige einer ambulanten Dialysepraxis und der Krankenhausarzt eines stationär behandelten Patienten. Diese Regelung stellt eine gravierend wirkende gesetzliche Einschränkung der Therapiefreiheit des Arztes dar, nach welcher sonst die Wahl der Behandlungsmethode primär Sache des Arztes ist. Schon allgemein schränkt die Arzthaftungsrechtsprechung die ärztliche Therapiefreiheit dahingehend ein, dass der Arzt über bestehende Behandlungsalternativen den Patienten dann aufzuklären hat, wenn die Methode des Arztes nicht die Methode der Wahl ist oder wenn konkret eine echte Alternative besteht. Erst recht gilt dies dann, wenn bei besseren Chancen sogar geringere Risiken bestehen. Dabei ist bei echter Behandlungsalternative auch über solche Risiken aufzuklären, die sich (noch) in der wissenschaftlichen Diskussion befinden. Im Falle dialysepflichtiger Patienten und solcher, bei welchen Dialysepflicht absehbar einsetzen wird, hätte man daher selbst nach der sonst schon maßgeblichen Arzthaftungsrechtsprechung eine Verletzung der Aufklärungspflicht über bestehende Behandlungsalternativen bejahen und auf diesem Wege zu einer ärztlichen Haftung gelangen können, wenn auf die Möglichkeit der Transplantation – sei es durch postmortale oder Lebendspende – nicht hingewiesen wurde.

Darüberhinaus führt mangels ausreichender Aufklärung die damit unwirksame Einwilligung in eine Behandlung – hier z.B. die Dialyse oder deren unveränderte Fortführung anstelle der Transplantation – zur Rechtswidrigkeit der Behandlung und damit zu einer strafbaren Körperverletzung, die auch bei fahrlässiger Begehung strafbar ist. Ärztliche Un-

kenntnis kann hier auch nicht – etwa unter dem Aspekt eines Verbotsirrtums – zu einer Entlastung führen, da dieser vermeidbar ist.

Könnte hingegen in diesen Fällen im Rahmen der allgemeinen Arzthaftungsrechtsprechung der Patient die Haftung des Arztes schon deswegen leichter prozessual durchsetzen, weil der Arzt die gebotene Aufklärung nachweisen musste, so war dort dennoch die Hürde zu nehmen, zunächst einmal darlegen zu müssen, dass eine solche echte Behandlungsalternative bestand und dass diese im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung nicht kausal zu dem dann eingetretenen Schaden geführt hätte.

Im TPG normiert der Gesetzgeber nun die ärztliche Pflicht zur Meldung nach Einholung der Zustimmung des Patienten selbst bei bestehender oder sogar angewandeter Ersatztherapie und geht damit über die sonst geltenden Regeln weit hinaus. Die Verletzung dieser Pflicht führt als Abweichung vom Regelfall dazu, dass der Arzt – wie etwa beim Abweichen von medizinischen Standards oder Leitlinien – nun seinerseits diese Abweichung medizinisch rechtfertigen müsste, während Richtlinien streng einzuhalten sind. Eine dem vergleichbare Entlastung sieht das TPG indessen nicht einmal vor.

Die Wertigkeit dieser gesetzlichen Entscheidung erschließt sich aus der Tatsache, dass im Falle nicht möglicher Einholung der Zustimmung darüberhinaus die ärztliche Pflicht besteht, die Meldung zur Warteliste auch ohne diese vorzunehmen und sie nachträglich einzuholen.

Das schließt im übrigen die ohnehin nicht erst seit dem TPG höchst bedenkliche gelegentliche Praxis aus, Patienten, die aus Sicht des behandelnden Arztes aus medizinischen oder psychischen Gründen besser nicht transplantiert werden sollten, nur angeblich zur Warteliste oder nur unter Zurückhaltung der umfassend erforderlichen Befunde zu dieser zu melden mit der Folge, dass er als nicht transplantabel eingestuft wurde und zu keinem Zeitpunkt in die Vermittlungsentscheidung eines eventuellen Organangebotes einbezogen wurde. Da der Patient nur aufgrund der erfolgten Hinwegtäuschung über die wahren Fakten die bestehende Behandlung fortsetzt, unterliegt seine dazu bestehende Einwilligung Wirksamkeitsmängeln, die mit der Nichterfüllung der geschuldeten Behandlungspflicht nicht nur zu zivilrechtlicher Haftung, sondern über die fehlende wirksame Einwilligung auch zu möglichen strafrechtlichen Konsequenzen führen können.

Der Arzt hat zum einen die Pflicht, den Patienten auf alle notwendigen Maßnahmen hinzuweisen, die für eine Entscheidung des Transplantationszentrums zur Aufnahme auf die Warteliste und die dortige Einstufung als transplantabel relevant sein können, wie z.B. die vor einer Transplantation notwendige zahnärztliche Untersuchung und Behandlung. Im Arzthaftungsrecht käme dies dem Fall der sog. therapeutischen Sicherheitsaufklärung am nächsten mit den sich daraus ergebenden beweisrechtlichen Konsequenzen.

■ ARZT UND RECHT ■

Diese schon früher vertretene Auffassung⁴⁶ erfährt indirekt auch durch die nunmehr veröffentlichten Richtlinien der Bundesärztekammer⁴⁷ zusätzliche Bestätigung: dort wird zur Indikation für die Aufnahme in die Warteliste Nierentransplantation auch eine erst „in Kürze“ erforderlich werdende Dialysebehandlung explizit benannt.

Daneben aber hat der Arzt auch dafür Sorge zu tragen, dass dem Transplantationszentrum alle notwendigen Befunde zur Verfügung gestellt werden, die dort benötigt werden, um die Entscheidung über die Aufnahme zur Warteliste zu treffen, also alle Untersuchungsbefunde etwa, die zum Ausschluss von Infektionsquellen in den verschiedenen Organsystemen dienen.

Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung des Arztes ist konsequent auch ein Auskunfts- und Einsichtnahmerecht des Patienten gegenüber dem eigenen Arzt zu bejahen, ob und wann die Meldung auf die Warteliste des Transplantationszentrums vorgenommen wurde, ob alle notwendigen Befunde, die der Arzt dorthin zur Verfügung stellen kann und muss, unverzüglich veranlasst wurden, bzw. welche etwaigen Befunde noch fehlen und die Gründe hierfür, sowie schließlich darüber, wie er auf der Warteliste eingestuft ist. Kommt der Arzt dieser Verpflichtung zur Auskunft nicht oder nicht rechtzeitig nach, kann der Patient diesen Auskunftsanspruch gegen ihn auch klageweise durchsetzen. Daneben sollte auch eine gerichtliche Durchsetzung der Meldung selbst durch den Arzt als klageweise geltend zu machender Anspruch auf Vornahme einer Handlung, bzw. Abgabe einer entsprechenden Erklärung nach den dafür maßgeblichen zivilprozessualen Grundsätzen zu bejahen sein.⁴⁸ Misslich bleibt in diesem Fall der damit verbundene Zeitverlust für die Dauer des Rechtsweges, allerdings kann der Patient nun aufgrund der Richtlinien auch ohne notwendige Zwischenschaltung des behandelnden Arztes, seinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Transplantationszentrum direkt geltend machen, ohne dass ihm jedoch die Auskunftsansprüche gegen seinen ambulant behandelnden Arzt genommen würden. Beide bestehen vielmehr nebeneinander und der Patient wird sie auch empfehlenswerterweise parallel erheben, wenn er befürchtet, es könnte ein Organangebot kommen oder bestanden haben, wenn er zur Warteliste gemeldet (worden) wäre.

Besondere Bedeutung gewinnen die Richtlinien der Bundesärztekammer zur Aufnahme auf die Warteliste und für die Vermittlungsentscheidung dabei auch für Art und Umfang der Verpflichtung des Arztes zur Dokumentation im Behandlungsvertrag mit dem Patienten, die sich wegen der Meldepflicht des Arztes nach § 13 III TPG in den Zeitraum schon vor einer Indikation zur Transplantation erstrecken wird: So haben nach den Richtlinien die Transplantationszentren darauf hin zu wirken, dass bei allen Patienten auf der Warteliste regelmäßige ambulante Kontrolluntersuchungen stattfinden, damit

während der Wartezeit die Entscheidung über Aufnahme und Verbleib auf der Warteliste überprüft und dokumentiert werden können. Der Patient ist dabei jeweils über seinen Status von einem Arzt des Transplantationszentrums direkt zu informieren⁴⁹. Dies eröffnet nicht nur für den Patienten einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Transplantationszentrum, sondern vor allem auch das Risiko für den Arzt, dass er bei unzureichenden ambulanten Untersuchungen oder ihrer Dokumentation dafür verantwortlich ist und ggf. auch haftungsrechtlich von dem Patienten in die Verantwortung genommen werden kann, wenn notwendige Voraussetzungen für Aufnahme zur und Verbleib auf der Warteliste fehlen oder nicht nachweisbar sind und dem Patienten die Möglichkeit, an der Vermittlung von Organen teilzuhaben entzogen wäre.⁵⁰ Auch sehen die Richtlinien die Berücksichtigung eines Patientenprofils⁵¹ bei der Vermittlungsentscheidung vor, für dessen Beurteilung somit alle verwertbaren Erkenntnisse einschließlich des dokumentierten Behandlungsverlaufs wichtig sind und von dem Arzt daher sorgfältig beachtet werden sollte, seine Dokumentationspraxis den aus den Richtlinien folgenden Erfordernissen anzupassen.

In diesem Zusammenhang ergibt sich auch ein besonderes Problem aus der Diskussion, inwieweit die Lebendspende nicht nur subsidiär, sondern wegen des bestehenden Organmangels, der anhaltend langen Wartezeiten auf ein postmortal zu erhaltendes Organ sowie schließlich wegen der auch bei einer Lebendspende günstigen Erfolgsrate der Transplantation selbst, die Therapie der Wahl sei und inwieweit diese zudem schon erfolgen sollte, noch bevor die Dialysepflicht einsetze. Es liegt auf der Hand, dass mit diesen Aspekten für den behandelnden Arzt die bereits vorweg beschriebene Pflicht zur Aufklärung über diese Variante der Transplantation einsetzt. Alle diese Umstände müssen daher bereits Inhalt des Gespräches mit dem Patienten und dessen Aufklärung werden, will er sich zivil- und strafrechtlichen Folgen nicht aussetzen. Hierzu ist – da von ihm prozessual nachzuweisen – die durchgeführte Aufklärung und deren ausreichender inhaltlicher Umfang in seinem Interesse in geeigneter Weise zu dokumentieren.

III. Pflichten des Transplantationszentrums

Dem Transplantationszentrum und damit den dortigen Ärzten obliegt die Pflicht zu unverzüglicher Entscheidung über den Antrag zur Aufnahme des gemeldeten Patienten auf die Warteliste, § 10 II Nr. 1 TPG, es meldet die für die Organvermittlung notwendigen Daten über die in die Warteliste aufgenommenen Patienten an die Vermittlungsstelle und hat den behandelnden Arzt darüber zu unterrichten. Für den Träger des Transplantationszentrums bedeutet dies deren Gewährleistung im Rahmen seiner Organisationspflicht wiederum für den damit erforderlichen Arbeitsablauf. Qualitätssichernde Maßnahmen sind hier gesetzliche Vorgaben von erheblicher praktischer Bedeutung nicht nur für den

■ ARZT UND RECHT ■

von der Koordinierungsstelle jährlich zu veröffentlichen Bericht über die Tätigkeit jedes Transplantationszentrums im vergangenen Kalenderjahr nach einheitlichen Vorgaben und mit insbesondere den Angaben der Zahl und Art der durchgeführten Organübertragungen, der Entwicklung der Warteliste unter besonderer Berücksichtigung der aufgenommenen, transplantierten, aus anderen Gründen ausgeschiedenen oder verstorbenen Patienten, der Gründe für Aufnahme oder Nichtaufnahme in die Warteliste, sowie der durchgeführten Maßnahmen der Qualitätssicherung. Sie können vielmehr im Konfliktfall erhebliche beweisrechtliche Relevanz entfalten, sofern mit ihnen die von der Bundesärztekammer nach § 16 I TPG festgestellten Richtlinien beachtet wurden – in diesem Falle greift die in § 16 I 2 TPG gesetzlich fixierte Vermutung, dass der Arzt bzw. das Transplantationszentrum den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft eingehalten haben. Zu den in diesen Richtlinien zu treffenden Feststellungen zählen insbesondere die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste einschließlich der Dokumentation der Gründe für die Aufnahme oder Ablehnung der Aufnahme, die Regeln zur Organvermittlung und die Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme und -übertragung erforderlichen Maßnahmen der Qualitätssicherung.

Unter diesen sehr weit gefassten Terminus lassen sich auch die Einbestellung in die Transplantationsambulanz, die Anforderung noch notwendiger Befunde und die – bei nicht erfolgreicher Erledigung durch den (vorher und parallel ggf. weiterbehandelnden) Arzt – Anmahnung derselben fassen. Die Tätigkeit des behandelnden Arztes einerseits und des Transplantationszentrums andererseits greifen hier zum Teil ineinander über und stehen im übrigen im Verhältnis horizontaler Arbeitsteilung. Dieses wird durch das Prinzip partnerschaftlicher Gleichordnung und grundsätzlicher Weisungsfreiheit geprägt mit den vier typischen Fallkonstellationen der interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen Ärzten verschiedener Fachgebiete, der Zusammenarbeit zwischen Facharzt und dem Arzt für Allgemeinmedizin, der Zusammenarbeit zwischen niedergelassenem Arzt und Krankenhausarzt, sowie dem Zusammenwirken von behandelndem Arzt und Konsiliarier, von denen jede im Anwendungsbereich des TPG Relevanz entfalten kann.

Dabei ist zwar das Vertrauen darauf, dass der andere seine Pflicht tun werde, so lange nicht pflichtwidrig, als weder die für den Vertrauenden maßgebende Erfahrung noch seine besonderen Wissensmöglichkeiten ihm das Vertrauen zu erschüttern brauchen.⁵² So lange keine offensichtlichen Qualifikationsmängel oder Fehlleistungen erkennbar werden, darf sich der Arzt darauf verlassen, dass auch der Kollege des anderen Fachgebietes seine Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt.⁵³ Sobald sich indessen ausnahmsweise Anhaltspunkte dafür zeigen, dass ein an der Krankenbehandlung mitbeteiligter anderer in der konkreten Situation erkenn-

bar seinen Aufgaben nicht gewachsen ist, ist dieser Vertrauensgrundsatz aufgehoben und Handeln des anderen geboten. So etwa besonders dann, wenn es sich bei dem behandelnden Arzt nicht um einen Facharzt handelt, sondern um den Hausarzt des Patienten, der diesen bislang nicht an einen niedergelassenen Facharzt überwiesen hat und daher – für das Transplantationszentrum erkennbar – in der Regel nicht die für eine Transplantation notwendigen spezifischen Fachkenntnisse haben wird. Dies gilt sowohl bei den Erfordernissen im Rahmen der Meldung zur Warteliste und Unterstützung zur Beibringung der notwendigen Untersuchungsbefunde⁵⁴, als auch bei dem späteren Zusammenwirken im Falle des Organangebotes: die Meldung über ein solches erfolgt vom Transplantationszentrum an den behandelnden Arzt. Erklärt dieser beispielsweise, den Patienten nicht über das Organangebot informieren zu wollen, weil dieser nach dem Stand des letzten Untersuchungstermins wegen einer Infektion nicht transplantabel sei, so wird sich das Transplantationszentrum nicht damit begnügen können, wenn diese entweder nach Zeitablauf inzwischen abgeklungen oder durch entsprechende medizinische Maßnahmen in den Griff zu bekommen und eine Transplantation danach noch mit dem angebotenen Organ in Betracht kommen könnte. In einem solchen Fall ist eine direkte Benachrichtigung des Patienten durch das Transplantationszentrum unerlässlich, sollte aber meines Erachtens zur Transparenz der Vermittlungsentscheidung unabhängig davon grundsätzlich auch an den in Betracht kommenden Empfänger erfolgen.

Neben der (vor-)vertraglich bestehenden Verantwortung des Transplantationszentrums gegenüber dem auf der Warteliste geführten oder zu führenden Patienten ist in der Regel aber jedenfalls aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Aufgabenzuweisung die unverzügliche Entscheidungspflicht des Transplantationszentrums über die Aufnahme auf die Warteliste, ebenso wie seine Beteiligung an der konkreten Vermittlungssituation bei einem Organangebot als Grundlage auch gesetzlicher Haftungstatbestände zwischen potentielltem Empfänger und Transplantationszentrum zu fassen. Bei Unterlassen gebotener Maßnahmen nach allgemeinem Haftungsrecht kann dies haftungsbegründend wirken, z.B. wenn der behandelnde Arzt die notwendigen Unterlagen und Untersuchungsbefunde nicht übermittelt; zwar würde die Aufnahme auf die Warteliste für den Patienten nicht gleichzusetzen sein mit dem konkreten Organangebot und der Vermittlungsentscheidung zu seinen Gunsten durch die zuständige Vermittlungsstelle, so dass ein Nachweisproblem für die Kausalität des Unterlassens für den eingetretenen Schaden zu klären wäre. Indessen wird der Betroffene durch die fehlende Berücksichtigung schon von der Chance hierzu gänzlich ausgeschlossen. Darüberhinaus ist in Fällen sog. Unterlassungsdelikte nur eine normative Kausalität nachzuweisen, bei der eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Vermeidung des eingetrete-

■ ARZT UND RECHT ■

nen Erfolges ausreicht. Eine solche Gratwanderung der Nachweisrisiken sollten Arzt des potentiellen Empfängers und Ärzte des Transplantationszentrums nicht erst beschreiten, bevor diese Aufgaben hinreichend wahrgenommen werden.

Bei der Entscheidung zur Aufnahme auf die Warteliste ebenso wie bei der dem Transplantationszentrum obliegenden Pflicht zur Pflege der Warteliste sind Entscheidungskriterien Regeln, die dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere der Notwendigkeit und Erfolgsaussicht. Nach § 16 I Nr. 2 TPG werden für die Regeln zur Aufnahme auf die Warteliste einschließlich der Dokumentation der Gründe für die Aufnahme oder Ablehnung und nach § 16 I Nr. 5 TPG die Regeln zur Organvermittlung von der Bundesärztekammer der jeweilige Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft festgestellt. Hier ergeben sich zweierlei Probleme: Bei der Erarbeitung dieser Richtlinien dürfen im Fall des § 16 I Nr. 2 TPG Ärzte nicht mitwirken, die an der Entnahme oder Übertragung von Organen selbst beteiligt sind oder Weisungen eines hieran beteiligten Arztes unterstehen. Die Realität zeigt indessen, dass gerade prägend die Auffassungen der an Entnahme und Übertragung von Organen beteiligten Ärzte wirken: dies geschieht mittelbar und unmittelbar ebenso über die Fachgesellschaften wie die Deutsche Transplantationsgesellschaft, wie auch ihre Beteiligung an und Vertretung in der Ständigen Kommission für Organtransplantation der Bundesärztekammer oder über die jeweiligen Funktionen als Mitglieder oder Vorsitzende der jeweiligen Organkommissionen.⁵⁵

Bei der Erarbeitung der Richtlinien im Falle des § 16 I Nr. 2 und des Nr. 5 TPG sollen Personen aus dem Kreise der Patienten und bei der Erarbeitung der Richtlinien des § 16 I Nr. 5 TPG außerdem Personen aus dem Kreis der Angehörigen angemessen vertreten sein, § 16 II TPG. Letztere hingegen haben gerade bei der Information über die medizinisch relevanten Kriterien für die Aufnahme auf die Warteliste, die Herausnahme aus dieser und ebenso für die Vermittlungsentscheidung weder das Wissen, noch die Durchsetzungsfähigkeit zur Einflussnahme auf die Erarbeitung dieser Richtlinien und sind selbst unmittelbar vor dem bevorstehenden Abschluss der Verträge weitestgehend uninformiert über den Stand und Inhalt der Verträge, wie Gespräche mit Vertretern der jeweiligen Patientenvereinigungen erweisen.

In Anbetracht der bereits geschilderten Beweislastregel des § 16 I 2 TPG und der Tatsache, dass die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft einem Wandel unterliegen, der nach Auffassung der an der Erarbeitung der Richtlinien unmittelbar und mittelbar beteiligten Vertreter der Transplantationszentren und Transplantationsmediziner auch zur jeweiligen Anpassung der Regeln für Aufnahme auf die Warteliste und Vermittlungsentscheidung führen soll, ohne dass die Festlegung oder die An-

derung der Regeln einer Rechtsprüfung über die durch das Bundesministerium für Gesundheit gemäß § 12 V i.V.m. I, IV i.V.m. § 16 TPG unterliegen solle, ist die vom TPG gewollte durchgehende Transparenz nicht uneingeschränkt gewährleistet, die nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl das Zustandekommen der Warteliste wie auch den Ablauf der Vermittlungsentscheidung erfassen soll.⁵⁶ Es bleibt abzuwarten, ob bei der Prüfung des Vertrages das Bundesministerium für Gesundheit seinen Prüfungsspielraum ebenso eingeschränkt beurteilt, wie von den Beteiligten postuliert.

Unabhängig davon besteht ein Anspruch des Patienten, der die Voraussetzung für die Meldung zur Aufnahme auf die Warteliste nach § 13 III TPG erfüllt, ein Anspruch auf Auskunft und Einsichtnahme in die Warteliste und seine dort geführten Unterlagen, bei dem Transplantationszentrum, bei welchem eine Transplantation in seinem Fall durchgeführt werden würde, gerichtet darauf, ob und wie er dort gemeldet ist, unabhängig davon, ob sein Arzt die gebotene Meldung durchgeführt hat, da er anderenfalls die Erfüllung dieser Meldepflicht und der Pflicht des Transplantationszentrums zur unverzüglichen Entscheidung ebenso wie zur Weitermeldung seiner Daten an die Vermittlungsstelle durch das Transplantationszentrum, § 13 III 3 TPG, nicht überprüfen könnte. Dieser Anspruch erstreckt sich auch auf die Gründe, weswegen beispielsweise eine Entscheidung des Transplantationszentrums noch unterbleiben musste, etwa weil noch erforderliche Befunde fehlen, sowie darauf, ob in einem seit dem Vorliegen seiner Voraussetzungen zur Meldung auf die Warteliste bestehenden Zeitraum ein konkretes und für ihn in Betracht kommendes Organangebot vorlag und aus welchen Gründen dieses nicht für ihn angenommen wurde. Dies kann beispielsweise praktische Relevanz entfalten, wenn ungeachtet seiner Aufnahme auf der Warteliste bei einem von der Vermittlungsstelle an das Transplantationszentrum erfolgten Organangebot eine Transplantation in diesem Transplantationszentrum nicht durchgeführt werden kann, z.B. weil ein dafür notwendiges Transplantationsteam oder der notwendige Operationssaal nicht zur Verfügung stehen. Dies kann auf Organisationsmängeln oder schlichter Auslastung beruhen. Die Ablehnung des Organangebotes und fehlende Information des Organempfängers widersprechen dem nach dem TPG jetzt geltenden Recht der personenbezogenen Vermittlungsentscheidung, welche die zuvor erfolgte zentrumsbezogene Vermittlung abgelöst hat mit der Folge, dass nun zu gewährleisten ist, dass das Organangebot für den ermittelten Empfänger auch realisiert werden kann, ggf. im Wege der Durchführung der Transplantation an einem anderen Transplantationszentrum mit der Folge entsprechender Zusammenarbeit und Koordination untereinander. Auch zu diesem schon in einem früheren Beitrag dargestellten Aspekt⁵⁷ findet sich nun auch in den Richtlinien der Bundesärztekammer eine Verpflichtung, dass der Patient im Zusammenhang mit

■ ARZT UND RECHT ■

der Berücksichtigung des Zentrumsprofils schon bei der Entscheidung zur Aufnahme auf die Warteliste über die Möglichkeiten der Aufnahme in einem anderen Transplantationszentrum aufzuklären ist. Erst recht muss dies dann gelten, wenn bei einem konkreten Organangebot infolge struktureller Auslastung die Transplantation anderenfalls für ihn nicht durchführbar wäre.

Der z.T. vertretenen Auffassung⁵⁸, Transparenz der Entscheidungsvorgänge nach dem TPG könne zu Konkurrentenklagen von Patienten führen, wem von ihnen das Organ rechtlich zugestanden hätte, ist entgegenzuhalten, dass prozessuale Schritte kaum in Betracht kommen zu einem Zeitpunkt, an dem das konkrete Organ noch zur Vermittlung steht, denn ein nicht berücksichtigter Patient wird – wenn überhaupt – nicht rechtzeitig während des Entscheidungsablaufes Kenntnis davon erlangen. Spätere Kenntnis und dann aufgenommene, rechtliche und sachgerechte anwaltliche Vertretung unterstellt, wird ihm der Weg nicht in die Konkurrentenklage, sondern in den Haftungsprozess gegen den behandelnden Arzt, das Transplantationszentrum, sowie dessen Träger und beteiligte Ärzte führen und nicht auf das ohnehin vergebene Organ, sondern auf Ersatz des durch die Pflichtverletzungen ihm entstandenen Schadens gerichtet sein. Ehrlicher Weise sollte daher nicht mit dem Schreckensbild in der Tat zu vermeidender Auseinandersetzungen transplantationsbedürftiger Patienten um knappe Organe versucht werden, das tatsächlich eher realistische Risiko der Inanspruchnahme beteiligter Ärzte durch eine Verhinderung der gesetzlich gewünschten Transparenz im TPG und seiner Umsetzung auszuschließen. Ziel sollte vielmehr sein, durch klare und nachprüfbar objektive Entscheidungsvorgänge solcher Inanspruchnahme prophylaktisch den Boden zu entziehen, wenn für jeden erkennbar keine haftungsrelevante Pflichtverletzung bei den Entscheidungsabläufen bestehen kann. Die gegenteilige Auffassung provoziert hingegen gerade durch fehlende Transparenz und damit verbundenes Misstrauen prozessuale Ansprüche und wird – wenn fehlende Umsetzung der gesetzlich geforderten Transparenz zu Beweisschwierigkeiten des Patienten führen – möglicherweise Anlass für die Rechtsprechung sein, die Beweislast für den pflichtgemäßen Ablauf der Entscheidungsvorgänge der ärztlichen Seite wegen ihrer fehlenden Gewährleistung der gesetzlichen Transparenzregelung aufzubürden und damit dort, wo mit der Anwendung des Gesetzes die Rechtsundeutlichkeit⁵⁹ noch nicht beseitigt werden kann, ihrer Funktion entsprechend korrigierend eingreifen.

IV. Besonderheiten der Lebendspende

Ungeachtet ihrer nach dem Willen des Gesetzgebers eigentlich nur subsidiären Zulässigkeit hat die Lebendspende von Organen insbesondere bei der Nierentransplantation und der Leber(split)Transplantation aus den bereits genannten Gründen ei-

nen Stellenwert durch die Knappheit der postmortal zu erlangenden Organe erreicht, der mit den sich damit eröffnenden praktischen wie rechtlichen Fragen eine eigene umfassende Darstellung erforderlich machen würde. An dieser Stelle soll ergänzend noch auf einige aktuell diskutierte Aspekte eingegangen werden, die sich im Zusammenhang der vorangegangenen Ausführungen und der jüngsten Tagungen, sowie angesichts der landesrechtlichen Ausführungsregelungen auch in Anbetracht der Richtlinien der Bundesärztekammer der organspezifischen Kriterien zur Aufnahme auf die Warteliste und zur Vermittlung von Organen ergeben haben und umfassend an anderer Stelle dargestellt werden.

Die Pflicht des behandelnden Arztes wie auch des Transplantationszentrums, den Patienten auf diese mögliche Behandlungsalternative hinzuweisen, steht aus den genannten Gründen außer Frage. Sie enthebt indessen nicht von der Einhaltung der strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 8 III 2 TPG, wonach der Lebendspender ein Angehöriger des Empfängers oder eine diesem insbesondere in persönlicher Verbundenheit nahestehende Person, zudem volljährig und einwilligungsfähig sein muss, in gesetzlich näher bestimmter Weise aufzuklären ist und in die Entnahme eingewilligt hat, sowie nach ärztlicher Beurteilung als Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das allgemeine Operationsrisiko hinaus gefährdet wird.

Die Einwilligung enthält das Element der notwendigen Freiwilligkeit, das der Prüfung einer zu beteiligenden Ethik-Kommission unterliegt, die hierzu eine gutachtliche Stellungnahme abgibt, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte für Zweifel an der Freiwilligkeit bestehen. Nähere Einzelheiten zur Zusammensetzung und Verfahrensweise der Kommission werden in den landesgesetzlichen Regelungen⁶⁰ und den Verfahrens- und Geschäftsordnungen der Landesärztekammern und der Kommissionen festgelegt. Ein Vergleich der bereits vorliegenden Regelungen zeigt, dass diese in ihren Ausgestaltungen zu den Voraussetzungen der Einleitung des Verfahrens der Kommission, der Amtszeit ihrer Mitglieder, des Prüfungsgegenstandes, der vorzulegenden Nachweise, der getrennten oder gemeinsamen Anhörung von Spender und Empfänger, die teilweise nur fakultative Anhörung des Empfängers, die Auswahl der Person des Vorsitzenden der Kommission, die Regelung der Entscheidungsfähigkeit, der Anhörung und der Entscheidung in Eilfällen, sowie schließlich sogar der Erhebung von erheblich unterschiedlichen Gebühren für die Tätigkeit der Kommission so gravierend voneinander abweichen, dass in der praktischen Umsetzung zwanglos eine unterschiedlich hohe Zugangshürde zu der Behandlungsmöglichkeit Lebendspende je nachdem entsteht, in welchem der Bundesländer der Patient wohnt und naturgemäß zunächst das am nächsten gelegene Transplantationszentrum mit der organspezifischen Behandlungsmöglichkeit su-

■ ARZT UND RECHT ■

chen wird: Schon die Tendenz eines Transplantationszentrums zur Antragstellung wird – bewusst oder unbewusst – variieren, wenn es im Vergleich zu anderen Transplantationszentren den bis zu 10-fachen Betrag für die Gebühr zu erstatten hat und diese Kosten nicht gesondert an das Zentrum wieder erstattet werden.

Sodann werden auch die Details der Verfahrensregeln der Kommission die erforderliche Begutachtung für die Lebendspende erleichtern oder erschweren und eine auch für die Behandlungsmöglichkeit Lebendspende nach ausdrücklich gesetzlichem Ziel gewünschte bundesweite Chancengleichheit für die Patienten verhindern. Denn die notwendige vorgesehene Nachbetreuung im Transplantationszentrum wird der Patient schon wegen der Entfernung nicht an einem in einem anderen Bundesland gelegenen Transplantationszentrum vornehmen können, das die Transplantation durchgeführt hat, nur weil dort die Verfahrensregeln der Lebendspendekommission für ihn günstiger war. So bleibt er auf das näher und in seinem Bundesland gelegene Transplantationszentrum und die Verfahrensregeln angewiesen, welche für die dort zuständige Kommission der Landesärztekammer gelten. Beispielhaft sind einige Aspekte hervorzuheben.

Keine Grundlage findet die landesrechtliche Regelung für Hamburg im Transplantationsgesetz, wonach als Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens der Kommission ein ganzer Katalog von Unterlagen zum Nachweis der Zulässigkeit der Durchführung der Lebendspende von dem antragsbefugten Transplantationszentrum gefordert wird, wie z.B. Dokumente, aus denen sich die Volljährigkeit des Organspenders ergibt, eine Niederschrift über den Inhalt der Aufklärung und Einwilligung des Organspenders nach § 8 II TPG, eine Stellungnahme der antragstellenden Einrichtung dazu, ob der Spender nach ärztlicher Beurteilung als Organspender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet ist oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird, sowie eine Stellungnahme dazu, ob die Übertragung des Organs auf den Empfänger nach ärztlicher Beurteilung geeignet ist, das Leben des Empfängers zu erhalten oder die beim Empfänger vorliegende schwere Erkrankung zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Beschwerden zu lindern, eine Sozialanamnese, aus der sich die verwandtschaftlichen und/oder persönlichen Beziehungen des Spenders zum Empfänger ergeben, sowie eine schriftliche Erklärung des Spenders, aus der hervorgeht, dass er aktuell und für die Zukunft gegenüber dem Empfänger keine geldwerten Ansprüche stellt, ohne dass dieser Katalog abschließend wäre. Die Kommission kann darüberhinaus von der antragstellenden Einrichtung nicht näher in der Verfahrensordnung festgelegte und damit beliebige Unterlagen, Angaben und sogar Begründungen verlangen. Diese Verfahrensordnung ist mit dem geltenden Gesetz nicht in Einklang zu bringen und verstößt aufgrund ihrer

Ausgestaltung als verfahrenseinleitende Antragsvoraussetzung für die Beteiligung der Kommission als zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Lebendspende zugleich auch gegen Verfassungsrecht des Patienten, das – ggf. im Wege der Inzidentprüfung der Verfahrensordnung der Landesärztekammer – zur Anwendung käme. Nach hier vertretener Auffassung können diese Kriterien nicht zulässigerweise von dem Patienten für die Einleitung des Verfahrens verlangt werden und damit auch nicht von dem allein antragsberechtigten Transplantationszentrum im Verhältnis zum Patienten zur Voraussetzung für den Antrag gefordert werden.

Prüfungsmaßstab für die Kommission ist nicht das Vorliegen aller Voraussetzungen des § 8 TPG, sondern ausschließlich die Frage, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte für das Fehlen der Freiwilligkeit der Lebendspende bestehen und für das Vorliegen eines Organhandels. Selbst die gutachtliche Stellungnahme der Kommission wäre für den Arzt, der die Lebendspende durchführen will, nicht bindend. Erst recht aber kann die Kommission dann nicht durch zusätzliche und im TPG selbst nicht geforderte Prüfungskriterien die Stellung einer Superrevisionsinstanz für die Zulässigkeit der Lebendspende beanspruchen und damit den Zugang für die im übrigen bundesweit gleich zu behandelnden Patienten (und damit hier der Spender und Empfänger) für ihren Zuständigkeitsbereich erschweren. Dies hätte auch zur Folge, dass Patienten sich erneut überlegen müssten, bei welchem Transplantationszentrum sie sich zur Warteliste für die Vermittlung eines Organs nach § 9 TPG anmelden, um bei (eventuell auch erst später) in Betracht kommender Lebendspende dann von diesem Transplantationszentrum bei einer für sie nach Verfahren und Prüfungsgegenstand vorteilhafteren Lebendspendekommission gem. § 8 TPG „auf Herz und Nieren geprüft“ zu werden. Da das TPG insbesondere eine bundesweite Chancengleichheit für alle Patienten schaffen wollte, steht die Regelung in Hamburg in Widerspruch zu Bundesrecht und würde einer verfassungsrechtlichen Kontrolle auch im Hinblick auf Art 31 GG nicht standhalten, den auch im Rahmen ihrer Satzungshoheit die Landesärztekammer Hamburg bei Anwendung des § 3 ihrer Geschäftsordnung i.V.m. § 15 j Abs. 1 des 5. Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Ärztegesetzes i.V.m. § 8 TPG zu beachten hat.

Diese von wenig Sensibilität für die gesetzlichen Voraussetzungen des § 8 TPG geprägte Verfahrensordnung, die zu Lasten der Patienteninteressen unzulässige Einschränkungen vornimmt, beweist ihre fehlende geeignete Umsetzung sehr prägnant auch in § 3 II g) ihrer Geschäftsordnung der kommissarischen „Kommission Lebendspende“, wenn sie eine Verzichtserklärung des Empfängers gegenüber dem Spender aktuell und für die Zukunft über alle „geldwerten Ansprüche“ stellt: Ausgehend von dem Personenkreis, der ohnehin nur für eine Lebendspende in Betracht kommt, würde dies etwa

■ ARZT UND RECHT ■

auch alle zwischen Angehörigen bestehenden Unterhaltsansprüche erfassen, die – so bei Ehepartnern – auch solche wegen einer Erkrankung bedeuten können. Das Unterhaltsrecht unterscheidet dabei selbst dann nicht, auf welche Ursache die Krankheit oder andere Gebrechen oder Schwäche körperlicher oder geistiger Kräfte zurückzuführen ist, wenn diese (wie Alkoholsucht) als „selbstverschuldet“ anzusehen sein könnte. Es wäre unbillig, wenn es gerade die frühere solidarisch erfolgte Lebendspende wäre, die den möglichen Auslöser setzt und dieses gerade dem anderen zugute kommende Verhalten ihm dann einen Unterhaltsanspruch entziehen könnte über eine Verzichtserklärung, die ihm im Verfahren vor der Kommission nach § 8 TPG von dieser abverlangt werden dürfte und für die sie keinerlei rechtliche Grundlage besitzt. Hätte der Bundesgesetzgeber dies für das TPG als geeignete Form der Prüfung der Unentgeltlichkeit vorsehen oder geeignet ansehen wollen, bedürfte es der Einsetzung der Kommission zu diesem Punkt nicht, die schriftliche Erklärung könnte dann genügen und bundeseinheitlich vom TPG normiert werden. Das aber wird dem Gesetzeszweck für die Einrichtung einer Kommission nicht gerecht. Die weitere Ausgestaltung der Geschäftsordnung z.B. zu den in Eilfällen zulässigen elektronischen oder anderen Medien und dem dann möglichen Verzicht der Sitzung (und damit der persönlichen Anhörung) legt den Schluss nahe, dass die im Katalog unzulässigerweise geforderten Unterlagen und Nachweise sowie Begründungen regelmäßige Entscheidungen im Aktenwege ohne die Anhörung der Beteiligten ermöglichen sollen. Hierfür sprechen auch die weiteren Regeln zur bloß fakultativen Anhörung von Organspender oder Organempfänger und die Abfassung und Unterzeichnung von Protokoll und gutachtlicher Stellungnahme.⁶¹ Damit ist einerseits eine für den Patienten deutliche Einschränkung seiner Behandlungsmöglichkeiten verbunden durch Antragsanfordernisse, für welche die Kommission keine Prüfungscompetenz hat, andererseits wird durch den weiteren Verfahrensablauf dem im TPG auch durch die Subsidiarität der Lebendspende gewollten Schutz des Spenders mitnichten Rechnung getragen, so dass die Geschäftsordnung als ungeeignet zur Wahrnehmung der gesetzlich bestehenden Verpflichtung der Kommission zu bewerten ist.

Welche Konsequenzen sich daraus für das Transplantationszentrum ergeben, insbesondere dann, wenn Spender und Empfänger die Weitergabe der in § 3 der Geschäftsordnung der Landesärztekammer Hamburg genannten Daten und Nachweise ausdrücklich untersagen, jedoch den Anspruch auf Antragstellung durch das Transplantationszentrum diesem gegenüber geltend machen unter Berufung auf die allein maßgeblichen Voraussetzungen des § 8 TPG zum Prüfungsumfang und Prüfungscompetenz der Kommission und wie Spender, Empfänger und Transplantationszentrum sich daher sinnvollerweise verhalten sollten, wird nicht nur eine taktische Entscheidung sein, sondern sich auch auf die

Rechte und Pflichten im Behandlungsvertrag zwischen dem Transplantationszentrum und seinen Ärzten einerseits sowie dem Spender und Empfänger andererseits auswirken und daher zivilrechtliche Folgen bei deren Verletzung begründen können. Dabei steht das Transplantationszentrum und der dortige Arzt im Spannungsfeld, da der Patient den Anspruch hat, dass es für ihn bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen für das Verfahren bei der Kommission den verfahrenseinleitenden Antrag stellen muss, der Patient selbst hat keine Antragsbefugnis. Aufgrund der Regelung des TPG, auf die sich der Patient dann berufen kann, dürfte das Transplantationszentrum keine der weiteren Daten weitergeben, wenn der Patient dies zugleich ablehnt. Noch nicht diskutiert sind die Möglichkeiten des jeweiligen Rechtsschutzes gegenüber dem Transplantationszentrum und der Lebendspendekommission je nachdem, ob das erste dann die Antragstellung oder die Kommission die Einleitung des Verfahrens verweigert. Ärzte und Transplantationszentren werden sich – auch im Rahmen ihrer möglichen Haftung – rechtzeitig und (z.B.) durch geeignete Verfahrens- und Dienstanweisungen auf diese Situation einstellen müssen.⁶²

Auch wäre es unhaltbar, wenn durch die ungleiche Ausgestaltung ein „Transplantationstourismus“ innerhalb des Geltungsbereiches des TPG einsetzen würde, je nachdem ob und für welches Organ eine Transplantation erforderlich ist und im Wege auch der Lebendspende in Betracht käme, den das Gesetz nicht nur ins Ausland, sondern über den Grundsatz bundesweiter Chancengleichheit und Transparenz auch hier verhindern wollte.

Weitere Voraussetzungen sind, dass die Übertragung auf den Empfänger geeignet ist, dessen Leben zu erhalten oder bei ihm eine schwerwiegende Erkrankung zu heilen oder ihre Verschlimmerung zu verhindern oder ihre Beschwerden zu lindern.

Schließlich darf als Zulässigkeitskriterium zum Zeitpunkt der Organentnahme beim Lebendspender kein geeignetes postmortales Spenderorgan zur Verfügung stehen.

Das verständliche und grundsätzlich anzuerkennende ärztliche Bemühen, Patienten zu einer Transplantation zu verhelfen, die zudem nach ihren medizinischen Gegebenheiten elektiver Planung, guter Organqualität wegen kurzer Ischämiezeiten und weiterer Kriterien auch einen guten und damit auch dauerhaften Organerfolg versprechen, darf nicht übersehen, dass dies Kriterien sind, die allesamt das Interesse des Empfängers betreffen. Nicht außer Betrachtung kann dabei bleiben, dass für den zwangsläufig mitbetroffenen Spender der Eingriff nicht zur Behandlung einer bei ihm bestehenden Erkrankung dient und daher keinen Vorteil für ihn mit sich führt. Aus diesem Grunde geht auch das gerne geäußerte Argument, das Risiko für den Spender liege nur bei 0,03 % und damit günstiger als Komplikationsraten der sonst üblicherweise bestehenden

■ ARZT UND RECHT ■

Eingriffsrisiken an der Tatsache vorbei, dass diese auch nur um des vorrangig gewünschten Heilerfolges am Patienten selbst hingegenommen werden, sofern sie den dabei notwendigen Voraussetzungen der Risikoauflklärung genügen. Für den Lebendspender besteht überhaupt kein solch vorrangiger Heilerfolg, für den er bei sich das Risiko des Heileingriffes in Kauf nimmt. Hingegen können sich abgesehen von dem medizinischen Primärrisiko nicht nur psychologische Probleme sondern auch erhebliche rechtliche und wirtschaftliche sekundäre Konsequenzen aus seiner solidarischen Bereitschaft zur Lebendspende ergeben.

Beispielhaft sei genannt, dass die Lebendspende einer Niere zwar nach geäußerter Auffassung von Medizinern die Leistungsfähigkeit des Spenders in keiner Weise beeinträchtigt. Im Sozialversicherungsrecht wird für den Verlust einer Niere graduell eine Erwerbsminderung von 10 – 30 % bejaht. Arbeitsrechtlich kann diese kontroverse Beurteilung dazu führen, dass mit dem Argument der Leistungsminderung der Spender eine darauf begründbare personenbedingte Kündigung seines Arbeitsplatzes erhält. Für den Zeitraum seiner durch die Organspende eintretenden Arbeitsunfähigkeit besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber, weil sie nicht krankheitsbedingt ist. Auch bei Übernahme eines Teils der Kosten des Organspenders durch die Gesetzliche Krankenversicherung des Empfängers werden Teile der entstehenden finanziellen Versorgungslücken nicht geschlossen. Konsequenzen ergeben sich auch im Versicherungsrecht mit dem durch den Verlust eines Organs versicherungsmathematisch erhöhtem Versicherungsrisiko und dem Spender im Regelfall nicht bewussten Eintritt von Obliegenheiten bei Abschluss und Änderung von Versicherungsverträgen z.B. Kranken-, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, deren Verletzung zum Verlust des Versicherungsschutzes führen kann. Die nach § 8 II 4 TPG vorgesehene Vorschrift, die Aufklärung des Spenders habe auch eine Angabe über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken zu enthalten, kann diesen Nachteilen nicht in ausreichendem Maße gerecht werden, um die Lebendspende weitestgehend ausgedehnt zur Regelalternative oder sogar vorrangigen Behandlungsmethode der Wahl werden zu lassen. Dies erst recht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Aufklärung von Empfänger und Spender zwar durch einen Arzt unter Anwesenheit eines weiteren Arztes zu erfolgen habe, der aufklärende Arzt indessen im Regelfall Spender wie Empfänger operiere⁶³, so dass er letztlich keine neutrale Position für den jeweiligen Patienten zur Aufklärung über seine jeweiligen Risiken vornehmen kann, sondern im Rahmen miteinander kollidierender Interessen von Spender und Empfänger handelt. Hier sollte nichts anderes gelten, als dies im anwaltlichen Bereich gute Übung ist, wo ein Tätigwerden bei widerstreitenden Interessen keine Vertretung beider Seiten zulässt, ohne in den Anwendungsbereich berufs- und strafrechtli-

cher Vorschriften (Parteierrat, § 356 StGB) zu gelangen.

Ein weiterer Aspekt mag die Motivation zur ernsthafteren Aufklärung des Spenders stärken, der sich aus einer versicherungsrechtlichen Lücke von Spätfolgen der Organspende ergibt: die Sozialversicherung übernimmt in einem solchen Fall für den Spender grundsätzlich nur einen prozentualen Anteil seines vorher erwirtschafteten Netto-Einkommens. Der Differenzbetrag wirkt sich konsequent auch als Schadensdifferenz seiner späteren Rentenanwartschaften aus. Über die Rüge der unzureichenden hier gesetzlich vorgeschriebenen Aufklärung des Spenders durch den Arzt am Transplantationszentrum erlangt der Spender einen Schadensersatzanspruch, der stattdessen auf die volle Höhe des Verdienstaufschlags, seiner Rentenminderung und weiterer Schäden geht. Nur eine ordnungsgemäße Aufklärung vermag den Arzt und das Transplantationszentrum außerhalb dieser Haftung zu stellen.

Die in § 8 III 1 TPG enthaltene Voraussetzung, dass die Lebendspende dann nicht zulässig ist, wenn Organspender und Organempfänger sich nicht zur ärztlich empfohlenen Nachbetreuung, über die Regelung des § 10 II Nr. 5 TPG einschließlich der damit verbundenen psychischen Betreuung, verpflichtet haben, sollte nicht in dem Sinne verstanden werden, dass die bloß formularmäßige Verpflichtung zur Entlastung des Transplantationszentrums genüge, wie dies jüngst in einem Workshop zur Lebend-Nieren-Spende⁶⁴ formuliert wurde. Dass das Gesetz allein aufgrund des chronologischen Ablaufes einer Lebendspende vor ihrer Durchführung logischerweise nicht mehr als die Verpflichtung fordern kann, enthebt das Transplantationszentrum nicht der Verantwortung, im Vorfeld die ernsthafte Bereitschaft der Beteiligten festzustellen und für die Einhaltung später zu sorgen, z.B. im Wege der Einbestellung zu dafür zu organisierenden Terminen. Sinnvoll ist, bereits vor der Lebendspende den dafür später zuständigen Ansprechpartner mit einzubinden, damit Empfänger wie Spender ihn kennenlernen, bevor der Eingriff erfolgt und dadurch leichter bereit sind, den ihnen dann bereits bekannten Ansprechpartner für die medizinische wie psychologische Nachsorge aufzusuchen.

Noch problematischer aber ist die Auffassung der Vertreter der Zentren, die sich besonders für Lebend-Spende-Programme einsetzen, das TPG eröffne die Möglichkeit, die Lebendspende dadurch gewissermaßen zum Regelfall werden zu lassen und aus der Schranke der Subsidiarität zu befreien, dass das Kriterium fehlenden postmortalen Organs zum Zeitpunkt der Organentnahme beim Organspender „gestaltungsfähig sei“: Es liege – so der Vertreter eines solchen Transplantationszentrums – ja an dem Zentrum, den Vorrang eines vorliegenden postmortalen Angebotes dadurch zu umgehen, dass man den Transplantationstermin für die Lebendspende

■ ARZT UND RECHT ■

varierte mit der Begründung, es fehlten noch Befunde oder durch entsprechende Gestaltung des OP-Planes, notfalls durch Verschiebung des OP-Termins, so dass man dann doch die Lebendspende durchführen könne. Unumwunden gesagt: dies stellt einen klaren Rechtsmissbrauch dar, der auch nicht gerechtfertigt werden kann durch ein dann nur noch eventuell besseres Ergebnis der Transplantation für den Empfänger. Zeitlich früher erfolgt sie bei einem vorhandenen postmortalen Organangebot ohnehin nicht. Auch in Abwägung mit den Spenderinteressen ist ein solches Vorgehen contra legem keinesfalls mehr zu rechtfertigen.

V. Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein noch erhebliches Potential bislang fehlender Umsetzung der rechtlichen Vorgaben besteht, das neben der Steigerung der Zahlen realisierbarer Organ Spenden und Transplantationen auch das haftungsrechtliche Risiko minimieren kann.

Anmerkungen

- 1 § 5 a des Gesetzes zur Änderung des Kammergesetzes vom 25.11.1999, GBl. BW 1999, Nr. 19, S. 453;
- 2 Gesetz zur Ausführung des Transplantationsgesetzes und des Transfusionsgesetzes (AGTTG) vom 24.11.1999, BayGVBl. 1999, Nr. 25, vom 30.11.1999, S. 464;
- 3 Art I Nr. 5 a) dd), Nr. 7 und Nr. 9 des Achten Gesetzes zur Änderung des Berliner Kammergesetzes vom 5.10.1999, GVBl. Berlin vom 9.10.1999, Nr. 42, S. 537 ff;
- 4 Verordnung zur Ausführung des Transplantationsgesetzes (TPGAV) vom 9.12.1999, GVBl. für das Land Brandenburg II vom 28.1.2000, Nr. 2, S. 24 ff;
- 5 Art 1 Nr. 11 des Fünften Gesetzes zur Änderung des Heilberufegesetzes vom 26.10.1999, BremGBl. Nr. 3/2000 vom 28.1.2000, S. 9 ff;
- 6 §§ 15 h – 15 n des Fünften Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Ärztesgesetzes vom 21.12.1999 Hamb. GVBl. 1999, Nr. 39 vom 27.10.1999, S. 338 ff;
- 7 Art 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung des Kammergesetzes für die Heilberufe und zur Errichtung einer Psychotherapeutenkammer vom 16.12.1999, Nds.GVBl. 1999, Nr. 25 vom 23.12.1999, S. 423 ff, das am 24.12.1999 einen neuen § 14 a in das Kammergesetz zur Errichtung der Lebendspendekommission einfügte;
- 8 Gesetz zur Ausführung des Transplantationsgesetzes (AGTPG) vom 9.11.1999, GVBl. NRW 1999, Nr. 45, v. 19.11.1999, S. 599 ff;
- 9 §§ 2-4 des Landesgesetzes zur Ausführung des Transplantationsgesetzes (AGTPG) vom 30.11.1999, GVBl. RhlPf. 1999, Nr. 23 vom 10.12.1999, S. 424 ff;
- 10 Sächs. KommTPGVVO vom 14.12.1999, Sächs. GVBl. Vom 21.1.2000, S. 8;
- 11 § 2 der Landesverordnung zur Bestimmung der Zuständigkeiten nach dem Transplantationsgesetz, GVBl. SchIH. 2000, Nr. 1 vom 13.1.2000, S.4;
- 12 so nach einer persönlichen Mitteilung der Ärztekammer des Saarlandes an die Verfasserin in einem freundlicher Weise zur Verfügung gestellten Gesetzesentwurf der Regierung des Saarlandes, Drucks. 12/30 vom 8.12.1999;
- 13 Persönliche Mitteilung des Sozialministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 7.2.2000 und Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Transplantationsgesetzes (TPGAG M-V) vom 7.6.1999, Drucks. 3/1023;
- 14 Persönliche Mitteilungen des Thüringer Ministeriums für Soziales, Familie und Gesundheit an die Verfasserin vom 16.2.2000 und der Landesärztekammer Thüringen vom 17.2.2000;
- 15 Diese Frage ist durch die nachfolgend erwähnten Nichtannahme-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts noch nicht entschieden und wäre u.a. auch anhand Art 19 und 31 GG verfassungsrechtlich näher zu prüfen;
- 16 vgl. Fn. 1 bis 14; sowie persönliche Mitteilung der Ärztekammer Sachsen-Anhalt an die Verfasserin vom 9.2.2000;
- 17 so Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz;
- 18 so M. Molzahn anlässlich des 24. Symposiums für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung in Berlin am 18.2.2000 gegenüber der Verfasserin, wonach diese Funktion die Deutsche Stiftung Organtransplantation übernehmen wird;
- 19 § 11 I 3 TPG fordert, dass die Koordinierungsstelle auf Grund einer finanziell und organisatorisch eigenständigen Trägerschaft, der Zahl und Qualifikation ihrer Mitarbeiter, ihrer betrieb-

lichen Organisation sowie ihrer sachlichen Ausstattung die Gewähr dafür bieten muss, dass die Maßnahmen nach § 11 I 1 TPG in Zusammenarbeit mit den Transplantationszentren und den anderen Krankenhäusern nach den Vorschriften dieses Gesetzes durchgeführt werden. Aufgrund dieser Voraussetzung kann nach dem Wortlaut und der Auslegung des Gesetzes wie auch seiner gesetzlichen Begründung die dann in § 11 I 4 TPG enthaltene Regelung, nach der die Transplantationszentren in der Koordinierungsstelle angemessen vertreten sein müssen, eine Funktion als Vorstand der Koordinierungsstelle nicht als „angemessene“ Vertretung verstanden werden, da sie diametral entgegenstehende Interessenwahrnehmung bedingen würde.

20 Das Bundesministerium für Gesundheit hat bislang auf Anfrage eine Erklärung noch nicht erteilt, ob dieser Aspekt einer nunmehrigen Genehmigung des Vertrages entgegenstehen kann.

21 Wie sie vergleichbar im Gefüge der Gewaltenteilung demokratisch gestalteter Rechts- und Verfassungsordnungen aus gutem Grunde und unter derselben Erwägung der gegenseitigen Ergänzung und Kontrolle und damit Stärkung der Unabhängigkeit und Überzeugungskraft des jeweiligen Handelns bewährt ist und besteht, Art 20 GG; Maunz-Dürig, Komm. z.GG, Art 20 Ziff. A: zu den Grundsätzen der Gewaltenteilungslehre; vgl. insbesondere auch die Amtliche Begründung zum TPG, BT-Drucks. 13/43 55, dort v.a. die Formulierung auf S. 11: „Dabei sind die Verantwortungsbereiche Organentnahme, Organvermittlung und Organübertragung klar zu trennen.“, die gerade deswegen nach den Beschlüssen des 14. Ausschusses nachträglich eingefügt worden ist, sowie S. 14, 22 und BTagsDrucks. 13/8017;

22 vgl. Fn. 18 und Bekanntmachung der Bundesärztekammer, DÄBl. 97, Heft 7 vom 18.2.2000, A – 396 ff, nach der die Vertragsunterzeichnung und die Übertragung dieser Aufgabe auf die Stiftung Eurotransplant als sicher gelten sollen;

23 vgl. Fn. 18;

24 vgl. Fn. 18;

25 Bekanntmachung der Bundesärztekammer, DÄBl. 97, Heft 7 vom 18.2.2000, A – 396 ff,

26 BVerfG, Beschlüsse vom 14.10.1998, Az: 1 BvR 1526/98, vom 18.2.1999, Az.: 1 BvR 2156/98 und vom 28.1.1999, Az: 1 BvR 2261/98, die Verfassungsbeschwerden wurden als unzulässig nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Beschwerdeführer es in der Hand hätten, durch einen Widerspruch die Möglichkeit der Organentnahme auszuschließen, so dass die von ihnen behauptete Verletzung des Grundrechts auf körperliche Selbstbestimmung nicht bestehe, da ein solcher Widerspruch auch nicht durch die Zustimmung der Angehörigen überspielt werden könne. Unberücksichtigt gelassen ist in den Beschlüssen des BVerfGs, dass das TPG zwar vorsieht, dass die Länder Register für Organspendeerkklärungen einrichten können, dies jedoch nach aktuellem Stand weder vorgenommen haben, noch beabsichtigen, offensichtlich aus Kostengründen. Damit aber hängt die Berücksichtigung eines erklärten Widerspruchs davon ab, dass eine solche Erklärung auch tatsächlich aufgefunden wird oder einem Angehörigen bekannt ist und – gerade dieser – auch erreichbar und gefragt sein wird und ist damit eben nicht sicher gewährleistet. Auch angesichts dieser Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist die Auffassung der Bundesärztekammer in den sog. Empfehlungen für die Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Transplantationszentren bei der postmortalen Organentnahme, DÄBl. 96, Heft 31-32, 9. 8.1999, B 1652 ff, 1653, und die persönliche Mitteilung der Bundesärztekammer / Ständige Kommission Organtransplantation vom 22.12.1999 an die Verfasserin, wonach selbst gegen den erklärten Willen des Organspenders und damit entgegen dessen auch postmortal zu achtenden Selbstbestimmungsrechts sowie unabhängig von der medizinisch und rechtlich bestehenden Möglichkeit die Organentnahme noch vom Willen der Angehörigen abhängig sein solle, nicht haltbar, denn sie widerspricht der gesetzlichen Regelung des TPG und kann daher keine Geltung beanspruchen. Diese Empfehlung begegnet auch unter weiteren Aspekten Bedenken der rechtlichen Zulässigkeit und Praktikabilität für Krankenhäuser, die dem Weg der Information ihrer Ärzte und des nichtärztlichen Personals einschließlich der Anpassung der Formulare für Aufklärung, Einwilligungen sowie erforderlichen Dienstleistungen zu diesen und notwendiger Dokumentation den Vorzug einräumen sollten.

27 BVerfG, Beschlüsse vom 11. August 1999, Az: 1 BvR 2181/98, 2182 /98, 2183/98 : Diese betreffen die Organentnahme bei Lebenden, richten sich gegen § 8 I 2 und 19 II, letzter Absatz, TPG und haben die grundsätzlich restriktive Anwendung der Lebendspende hervorgehoben und die anonyme Lebendspende als gesetzlich und verfassungsrechtlich unzulässig im Rahmen einer Nichtannahmeentscheidung bewertet; bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die in den Entscheidungen des BVerfG (Ziff. III, S. 13) zitierte Stellungnahme der Deutschen Transplantationsgesellschaft entgegen dem bei der 1. Kammer des Ersten Senats entstandenen und von dem General-

■ ARZT UND RECHT ■

sekretär dort durch die Form des Schriftverkehrs erweckten Eindruck keine ausreichende Grundlage in einer Beschlussfassung der Mitgliederversammlung findet, vielmehr ohne Abstimmung mit den Mitgliedern und im Rahmen der Mitgliederversammlung der Deutschen Transplantationsgesellschaft, die erst im Nachhinein hiervon Kenntnis durch einen der Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerde erlangte und zu einer Stellungnahme allein deswegen nicht mehr vor Erlass der Entscheidung des BVerfG in der Lage war, anlässlich der 9. Jahrestagung in Dresden am 25.11.1999 auf heftige Kritik gestoßen ist; vgl. Protokoll der Mitgliederversammlung der Deutschen Transplantationsgesellschaft vom 25.11.1999;

28 Per 31.12.1998 warteten nach den Angaben des Eurotransplant Annual Report auf der Warteliste in Deutschland (Klammerangaben jeweils für Eurotransplant – Warteliste) auf eine : Niere 9067 (11976), Herz 581 (721), Herz/Lunge 47 (60), Lunge 136 (224), Leber 354 (492), Pankreas 50 (62) Patienten. Beispielhaft stehen dem in 1998 in Deutschland 2.340 durchgeführte Nierentransplantationen gegenüber. Interessanter wird der nach § 11 V TPG zu erwartende Jahresbericht der Koordinierungsstelle zur Darstellung der Transplantationszentren sein, der einen zentrumsbezogenen Vergleich der Tätigkeiten, ihres Umfangs und ihrer Qualität eröffnen soll.

29 Elke Rampfl-Platte, Organtransplantation – Eine gesellschaftliche Herausforderung – Ärztliche Aufgaben durch das neue Transplantationsgesetz: Juristische Aspekte, Textfassung des am 25.11.98 im Städtischen Klinikums gehaltenen Vortrages für Multimedia Health Online Service, Infoline Transplantation; sowie dieselbe: „Rechtliche Grundlagen und aktuelle Aspekte durch das Transplantationsgesetz, Textfassung des am 3.7.1998 im Rahmen des 18. Bundeskongresses Rettungsdienst in Bremen gehaltenen Vortrages, abgedruckt in : G. Engelhardt (wiss. Ltg.), Der Rettungsdienst vor neuen Herausforderungen, 1998, S.161 ff;

30 Die Legaldefinition vermittlungspflichtiger Organe in § 3,4 i.V.m. § 9 TPG erfasst Herz, Niere, Leber, Lunge, Bauchspeicheldrüse und Darm.

31 Siehe hierzu die Legaldefinition in § 2 Nr. 1 KHG, § 107 I SGB V;

32 Anlass hierzu geben z.B. die Beweisvermutung des § 16 I 2 TPG i.V.m. den Richtlinien der Bundesärztekammer gemäß § 16 TPG, s. Fn. 22.

33 Gundolf Gubernatis, Die Woche, vom 23.4.1999, S. 27;

34 M. Hollenbeck, „Intensivmedizinische Betreuung von Organ Spendern“, Vortrag im Rahmen des 105. Kongresses für Innere Medizin am 14.4.1999 in Wiesbaden.

35 So konnte in Niedersachsen die Organspende bis auf 23,5 Spender / Mio. Einw. im 1. Halbjahr 1998 gesteigert werden, während dieser im Bundesdurchschnitt bei 12,8 / Mio. Einw. stagniert. Auch kommen inzwischen in Niedersachsen 84 % der Organspender aus nicht-universitären Krankenhäusern, so etwa G. Gubernatis, Vortrag vom 14.4.1999 „Organisation der Organspende in Niedersachsen / Ostwestfalen – ein erfolgreiches Modell; sowie derselbe : Transplantationsgesetz und Organisation der Organspende, in : Innovartis 4 / 1998, 25 ff;

36 Generalvertrag für die Koordinierungsstelle gem. § 11 TPG;

37 Kongress für Innere Medizin am 14.4.99 in Wiesbaden,

38 Stellungnahme eines der Vertreter der Transplantationszentren im Rahmen des Einbecker Workshops der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht am 26./27.9.1998, die sich mit der Erarbeitung von Empfehlungen für die Organallokation, § 16 TPG, befasste; diese sind abgedruckt in der Zeitschrift für Medizinrecht 1998 Heft 11, das Protokoll des Workshops und der dortigen Referate wird in einem Band des Springer Verlages Heidelberg veröffentlicht.

39 Prof. G. Kirste, Protokoll der Versammlung der Vertreter der Transplantationsprogramme am 19.11.1998 in Freiburg i. Br.

40 So etwa Bayern, das zudem auch eine Regelung für Transplantationskoordinatoren einerseits und Transplantationsbeauftragte andererseits vorsieht; vgl. auch Fn. 2;

41 S. hierzu die in Fn. 26 enthaltene Kritik an der dargestellten, rechtlich unzutreffenden Auffassung der Bundesärztekammer in ihren Empfehlungen;

42 BGH NJW 1983 / 2627; Steffen, Neue Entwicklungslinien zur BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6. Auflage, S. 183; Narr, Ärztliches Berufsrecht, RdNr. 942; Bender, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, 1998, 159 ff;

43 entsprechend § 77 II, 194 II 2, 205 II 1 StGB

44 BGH NJW 1983/2627; Steffen/Dressler Arzthaftungsrecht, RdNr 479;

45 Die Beweiserleichterungen, die sich aus Dokumentationsverstößen ergeben können, betreffen in erster Linie den Nachweis von Behandlungsfehlern, nämlich das Unterbleiben gebotener und aufzeichnungspflichtiger, aber nicht dokumentierter diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen; Sie sind für die Kausalitätsfrage ausnahmsweise von Bedeutung, wenn der so indizierte Behandlungsfehler als „grob“ zu beurteilen ist oder wenn der mangels Dokumentation anzunehmende Verstoß ge-

gen die Befunderhebungspflicht unter den oben dargelegten besonderen Umständen zur Kausalitätsvermutung zu führen vermag; BGH NJW 1988/2949; 1989/2330; 1993/2375; 1995/779; eine erweiterte Bedeutung kommt der Dokumentationsproblematik dann zu, wenn Aufzeichnungen so lückenhaft sind, dass Lücken nicht aus Versäumnissen der Behandlung erklärbar sind, dem Beklagten eine Schließung der Lücken im Prozess gerade mangels einer sorgfältigen Dokumentation nicht gelingt, so dass der grobe Behandlungsfehler zwar nicht sicher festzustellen, aber doch wahrscheinlich ist; BGH VersR 1983/151, 152; 1983/983; 1985/782, 784; 1986/788; 1989/80;

46 Elke Rampfl-Platte, Das Transplantationsgesetz – Neue ärztliche Aufgaben mit Haftungsrisiko?, Chirurg BDC, 38. Jg. Nr. 10/1999, 278 ff (282, 283);

47 vgl. Fn. 22;

48 Soweit aus den veröffentlichten Entscheidungen ersichtlich, liegt derzeit nur eine Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 6.2.1992, 14 U 1/91 vor: dieses hat das Unterlassen der Weiterleitung von Untersuchungsbefunden, welches zur fehlerhaften Einstufung eines Patienten auf der Warteliste eines Transplantationszentrum führte, als groben Behandlungsfehler qualifiziert.

49 S. Fn. 22;

50 Ebenso kommt daneben eine gleichzeitige Inanspruchnahme des Transplantationszentrums in Betracht, weil der Patient – zunächst – nicht wissen wird, ob es die fehlende Wahrnehmung der Aufgaben des Transplantationszentrums oder des behandelnden Arztes waren, die zur Ablehnung der Aufnahme auf oder die Herausnahme aus der Warteliste geführt haben und sich dies dann ggf. erst über die (prozessuale) Beweisführung und ggf. auch Beweislastregeln entscheiden kann. Ein in diesem Zusammenhang interessanter Aspekt ist auch die Frage, inwieweit z.B. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegenüber dem Transplantationszentrum die Aufnahme auf die Warteliste oder der Verbleib auf ihr bis zur Klärung der Ansprüche des Patienten gegenüber dem Arzt oder dem Transplantationszentrum erreicht werden kann, damit ihm die Möglichkeit der Teilhabe an einer während der Auseinandersetzung für ein in der Zwischenzeit erfolgreiches Organangebot nicht entzogen ist; das Kriterium der unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache kann dem schon nicht entgegenstehen, weil der Patient in diesem Fall noch nicht ein konkretes Organ, sondern nur die auf der Warteliste bestehende Möglichkeit der Teilnahme an der Vermittlungsentscheidung erhält und ihm ohne diese Möglichkeit ggf. endgültiger und nicht mehr zu beseitigender Rechtsverlust drohen würde.

51 S. Fn. 22;

52 Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, 193;

53 BGH VersR 1991/695;

54 Eben zudem verstärkt aufgrund der in den Richtlinien normierten und dargestellten Verpflichtung.

55 siehe hierzu etwa das Protokoll der Mitgliederversammlung der DTG und der Versammlung der Vertreter der deutschen Transplantationsprogramme vom 19.11.1998

56 Der durchgehende Transparenzmaßstab des Gesetzes wird deutlich z.B. mit dem Tätigkeitsbericht der Koordinierungsstelle nach § 11 V TPG oder der Dokumentationspflicht der Vermittlungsentscheidung nach § 12 III 3 TPG für die Vermittlungsstelle und nach § 10 II Nr. 4 TPG i.V.m. § 20 I Nr. 3 TPG auch angesichts der Ordnungswidrigkeitensanktion.

57 S. Fn. 46;

58 H.L. Schreiber, in: Die Woche, vom 23.4.1999, S. 27; derselbe im Rahmen seines Vortrages „Transplantationsgesetzgebung in Deutschland“ beim 116. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie am 8.4.1999 in München

59 so sollte nach H.L. Schreiber selbst in seiner Einleitung zu der von der DSO herausgegebenen Textausgabe des Gesetzestextes des TPG, S. 20 ff, mit dessen Inkrafttreten „für die Transplantation eine lange Phase der Rechtsundeutlichkeit zu Ende“ gehen.

60 S. Fn. 1 bis 15;

61 s. Fn. 6 und die Geschäftsordnung der kommissarischen Kommission Lebendspende“ vom 15.12.1999 der Ärztekammer Hamburg.

62 Ob für die Angleichung der Verfahrensordnungen der Landesärztekammern eine Empfehlung der Bundesärztekammer ausreichend wäre, darf bezweifelt werden.

63 So G. Kirste im Rahmen des 116. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie am 8.4.1999 in München

64 Workshop zur Lebend-Nieren-Spende in Hinterzarten am 7./8.5.99

Elke Rampfl-Platte
Rechtsanwältin
Nördliche Auffahrtsallee 1
(Am Nymphenburger Kanal)
80638 München