

Überkreuzspende: „Besteht ein gesetzlicher Änderungsbedarf bezüglich Überkreuz- und anonymer Lebendspende?“

Vortrag von Ulrike Riedel, Staatssekretärin a.D., Rechtsanwältin, Berlin auf dem Symposium der „Ethik der Lebendorganspende“ in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz am 11. 09. 2004

Die Lebendspende nicht-regenerierungsfähiger Organe ist nach § 8 Abs. 1 Satz 2 des Transplantationsgesetzes (TPG) bekanntlich nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten, Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz, Verlobte oder auf andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.

Ziel dieser Regelung war es, Organhandel zu vermeiden, Freiwilligkeit der Spende sicherzustellen und Schutz vor voreiligen Entscheidungen zu gewähren, die bei späteren Komplikationen bereut werden könnten. Der Gesetzgeber war der Ansicht, der Entschluss zur Organspende werde am ehesten dann ohne äußeren Zwang und frei von finanziellen Erwägungen sein, wenn eine enge zwischenmenschliche Beziehung zwischen Spender und Empfänger besteht.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelung überprüft und verfassungsrechtlich nicht beanstandet, allerdings nur in einem sog. Nichtannahmebeschluss, der keine gesetzliche Bindungswirkung hat und revidierbar wäre. Der Gesetzgeber hat, so das Bundesverfassungsgericht, seinen bei solchen komplexen Sachverhalten bestehenden weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

Die gesetzgeberische Intention der Regelung lässt sich hinsichtlich der Frage der Freiwilligkeit natürlich kritisieren: So wird zu Recht gesagt, dass es auch oder gerade außerhalb verwandtschaftlicher oder gefestigter persönlicher Beziehungen freiwillige Entscheidungen geben kann und dass die Tatsache der persönlichen Nähe indirekten oder direkten Zwang und Nichtfreiwilligkeit begründen könne. Hier wird allerdings oft der normative Begriff der Freiwilligkeit mit dem psychologischen Begriff bzw. mit dem Motiv der Entscheidung verwechselt. Freiwillig

im rechtlichen Sinne kann nur heißen, dass kein äußerer Zwang besteht. Freiwilligkeit ist danach gegeben, wenn die spendende Person die Fähigkeit behält, in der konkreten Situation im rechtlichen und ethischen Sinne autonom zu entscheiden, auch wenn die Entscheidung sehr schwer fällt. Die Klärung der Freiwilligkeit einer Lebendspende wird aber stets eine schwierige Frage bei der Lebendspende sein.

Aber der gesetzlichen Einschränkung der Lebendspende lagen, wenn man sich die damalige Debatte des Gesetzgebungsverfahrens in Erinnerung ruft, noch andere, viel grundsätzlichere Ziele zugrunde. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG dient ganz generell dem Schutz vor Selbstschädigung. Der Gesetzgeber wollte die Instrumentalisierung des eigenen Körpers und fremdnützige medizinische Interventionen ganz prinzipiell nur in engen Grenzen zulassen und die Lebendspende auf einen überschaubaren Personenkreis beschränken. Die Zulassung der Lebendspende für Angehörige und enge Freundschaftsverhältnisse ist dagegen legitim, weil hier das Verbot der Hilfeleistung überzogen und verfassungsrechtlich kaum begründbar wäre. M.E. entspricht diese Regelung den überwiegenden moralischen Vorstellungen in der Gesellschaft, jedenfalls wenn man die Reaktionen der Bevölkerung auf das TPG berücksichtigt.

Die anonyme ungezielte Lebendspende (aL), bei der der Spender für einen ihm unbekanntem Empfänger spendet, ist nach dem TPG daher in jedem Falle verboten. Nicht ganz so eindeutig war bisher die Rechtslage bei der sog. Überkreuz(cross-over)-Spende (ÜS). Hierbei fungiert bei zwei Paaren jeweils ein Partner des Paares als Spender und einer als Empfänger für das andere Paar. Die vom Gesetz geforderte besondere persönliche Verbundenheit zwischen Spender und Empfänger besteht hier nur innerhalb der beiden Paare. Die Organe werden an Personen gespendet, die sich vor dem Spendeprozess in der Regel nicht kannten. Grund für diese Vorgehensweise ist, dass eine direkte Spende innerhalb der Paare aus medizinischen Gründen nicht möglich ist, v.a. wegen der Blutgruppeninkompatibilität.

Die ÜS wurde im TPG nicht speziell geregelt¹. Es finden also die Regeln des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG Anwendung. Danach scheidet eine ÜS in der Regel aus. In der Literatur wurde allerdings argumentiert, dass es entgegen dem Gesetzeswortlaut für die Zulässigkeit der ÜS ausreichend sein müsse, wenn die besondere persönliche Verbundenheit nur zum eigenen Partner besteht, der für den Partner des anderen Paares spendet. Denn die Spende erfolge nur, um dem eigenen Partner eine Spende von dritter Seite zu ermöglichen. Dieser Interpretation hat das Bundessozialgericht (BSG) mit seinem Urteil vom 10. 12. 2003² eine Absage erteilt. Das Gericht bleibt innerhalb des Rahmens des TPG und verlangt, dass auch bei der ÜS der Spender und Empfänger sich direkt in offenkundiger besonderer persönlicher Verbundenheit nahe stehen.

Allerdings lockert das BSG die Anforderungen, die das Vorliegen eines solchen Näheverhältnisses begründen können³. Entscheidend für die Zulässigkeit der ÜS ist, so das BSG, dass die Beziehung zwischen Spender und Empfänger so eng und gefestigt ist, dass die Gefahr von Organhandel, Unfreiwilligkeit und zwischenmenschlichen Problemen im Falle von Komplikationen der Organübertragung minimiert ist. Die besondere persönliche Verbundenheit muss gerade im Hinblick auf die beabsichtigte Transplantation als tragfähig angesehen werden können. Es muss sichergestellt sein, dass die Motivation des Spenders in einem aus der persönlichen Verbundenheit erwachsenden, innerlich akzeptierten Gefühl der sittlichen Pflicht liegt. Im Hinblick auf die möglichen psychischen Folgen bei Komplikationen im Heilungsverlauf sowohl des Spenders als auch des Partners muss die persönliche Verbindung zwischen den Ehepaaren so stark sein, dass ihr Fortbestehen über die

¹ Die Überkreuz-Lebendspende war bei Erlass des Gesetzes schon bekannt, jedenfalls wurde 1997 ein Fall bekannt, bei dem ein Paar über eine Annonce ein weiteres Paar zur ÜS gefunden hatte. Es kam aber wegen der rechtlichen Unklarheit damals nicht zur Transplantation.

² Urteil vom 10. 12. 2003 – B 9 VS 1/01 R, MedR 2004, 330 ff.

³ Das Urteil stellt daneben weitere bisher streitige Fragen klar. Es stellt fest, dass die ÜS nicht den Tatbestand des Organhandels im Sinne der §§ 17, 18 TPG erfüllt. Die Möglichkeit des Versprechens von zusätzlichen Geldleistungen sei bei der ÜS zwar nicht auszuschließen, die Gefahr sei jedoch nicht größer als bei anderen Lebendspenden. Das BSG stellt des weiteren klar, dass „Offenkundigkeit“ im Sinne des § 8 TPG nicht heißt, dass die Beziehung für jedermann ohne weitere Ermittlungen sichtbar sein muss.

Operation hinaus erwartet werden kann. Sie muss auf unbefristete Dauer angelegt sein. Der Umstand, dass sich die zwei Paare erst anlässlich der beabsichtigten ÜS kennen gelernt hätten, soll aber ebenso wie eine nur relativ kurze Dauer der Beziehung nicht von vorneherein gegen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sprechen. Das letztere ist das eigentlich neue an dem Urteil. Das Gericht begründet dies damit, dass aus der Erfahrung mit der Krankheit und ihren Folgen auf einen gewissen Gleichklang der Lebensverhältnisse geschlossen werden kann, der im Regelfall einen starken emotionalen Bezug herstellen kann, wie es § 8 Abs. 1 S. 2 TPG verlangt. Allerdings darf nicht allein aus dieser Schicksalsgemeinschaft auf die persönliche Verbundenheit geschlossen werden. Es bedarf einer Prüfung der Umstände des Einzelfalles.

Das Gericht hat die Sache zur Klärung der Frage, ob im konkreten Fall eine solche besondere persönliche Verbundenheit zwischen dem Spender und Empfänger vorgelegen hat, an die Vorinstanz, das Landessozialgericht NRW (LSG), zurückverweisen. Dieses hat noch nicht wieder entscheiden. Wenn man sich den der Entscheidung zugrunde liegenden Fall anschaut, wird wohl eher eine erneute Verneinung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG herauskommen, wie es das LSG schon vorher im Ergebnis entschieden hatte. Aber dies hängt von der Ermittlung des Sachverhaltes ab und davon, wie das LSG den konkreten Fall unter Heranziehung der neuen Vorgaben des BSG bewertet.

Das Urteil hat keineswegs Klarheit geschaffen. Es wird im Gegenteil die Anzahl der Zweifelsfälle erhöhen. Denn das Gericht hat die ÜS gerade **nicht** zugelassen. Es ist bei dem Erfordernis eines besonderen Näheverhältnisses zwischen Spender und Empfänger geblieben und hat nur die Anforderungen für die Bejahung eines Näheverhältnisses abgeschwächt. Das Urteil ist auch explizit beschränkt auf die ÜS zwischen zwei Paaren. Bei einer Beteiligung von mehr als zwei Paaren wäre das

Vorliegen der Anforderungen, die das BSG aufstellt, zudem naturgemäß noch unwahrscheinlicher.

Eine gesetzliche Regelung, die die ÜS zwischen zwei Paaren regelt und dabei anders als das BSG eine persönliche Beziehung innerhalb der Paare ausreichend sein lässt, würde hier Klarheit schaffen.

Eine solche Zulassung der ÜS könnte aber keine Minderung der Organknappheit bewirken. Denn die ÜS zwischen zwei Paaren spielt in der Praxis zahlenmäßig eine äußerst geringe Rolle, da sie medizinisch nur in seltenen Fällen sinnvoll ist. Die Zahl der für eine solche ÜS geeigneten Paare innerhalb Deutschlands wird auf allenfalls fünf bis sechs pro Jahr eingeschätzt⁴. Außerdem wird, was viel wichtiger ist, durch die medizinische Entwicklung offenbar das Problem der immunologischen Unverträglichkeit in Zukunft in den Hintergrund treten⁵.

Bei der anonymen Lebendspende (aL) wird das Organ zugunsten eines nicht vom Spender bestimmten, ihm unbekannt bleibenden Empfängers gespendet. Nach den derzeit diskutierten Modellen soll die Spende in einen Pool erfolgen, um die Anonymität und den Ausschluss von Organhandel sicherzustellen. Die gespendeten Organe sollen dann nach ähnlichen Kriterien wie die für postmortale Spenden geltenden Regelungen verteilt werden.

Die Bereitschaft in der Bevölkerung zu einer aL dürfte allerdings als äußerst gering einzuschätzen sein, wie bereits Erfahrungen aus dem Ausland zeigen. Nach einer Umfrage der United Network for Organ Sharing⁶ wurden von 1999 bis 2002, also innerhalb von 4 Jahren, in den gesamten USA, wo die aL zulässig ist und es spezielle Programme dafür gibt, nur 55 anonyme Lebendspenden vorgenommen.

⁴ Siehe dazu jetzt den Zwischenbericht der Enquetekommission Ethik und Recht der modernen Medizin des Deutschen Bundestages zur Organlebendspende, abrufbar im Internet unter www.bundestag.de, dort unter der Bundestags-Drucksachen-Nr. 15/5050, S. 12 (Neue medizinische Entwicklungen) und die weiteren Nachweise dort.

⁵ Siehe Fn. 4

⁶ www.unos.org

Auch in Deutschland gäbe es wohl nur sehr wenige Fälle, bei denen eine aL verantwortbar durchgeführt werden könnte. Befragungen zur Klärung der Bereitschaft für eine aL in der Bevölkerung dürften kaum Sinn machen, da davon auszugehen ist, dass die meisten Befragten eine Antwort geben werden, die sie für gesellschaftspolitisch erwünscht halten.

Die Einführung der aL als solche wird also auch nicht zur Verringerung der Organknappheit führen. Eher dürfte das Gegenteil der Fall sein: Um anonyme Organspender in relevanter Zahl zu gewinnen, müsste dafür öffentlich geworben werden. Nicht zuletzt davon sind nachteilige Folgen für die Akzeptanz und Bereitschaft zur postmortalen Spende zu erwarten. Es könnte darauf hinauslaufen, dass unter dem Strich das Aufkommen von Spendeorganen sich letztlich insgesamt nicht erhöht, also auf eine Nullsummenspiel. Die Legalisierung der anonymen Lebendspende würde nur punktuell, für wenige Ausnahmefälle, die erhoffte Rettung bringen. Vor einer Legalisierung muss der Gesetzgeber aber diese Vorteile sorgfältig abwägen mit den Nachteilen, die möglicherweise mit der Einführung der anonymen Lebendspende einher gehen werden und die voraussichtlich erheblich mehr Menschen oder sogar die Transplantationsmedizin insgesamt treffen werden.

Ich habe den Eindruck, dass die Forderung der Legalisierung der ÜS und aL in der Debatte auch eher eine Art Türöffnerfunktion haben. Denn die Einschätzung des Organaufkommens aus ÜS und aL könnte anders ausfallen, wenn man die ÜS mit der aL zusammen betrachtet und miteinander kombiniert, d.h., wenn die ÜS anonym und vermittelt über einen Pool erfolgt. Die Möglichkeit der ÜS würde sich nämlich nach Einschätzung ihrer Befürworter voraussichtlich erheblich erhöhen, wenn man eine Vielzahl von Paaren im Wege eines Ringtausches in die ÜS einbezieht. Solche Projekte werden im Ausland bereits erprobt⁷. Die ÜS-Spende erfolgt dabei in einen Pool von Spendern und wird da-

⁷ Siehe Bericht der Enquetekommission Fn. 4, S. 47 ff. (Poolmodelle)

durch anonymisiert. Für jeden Empfänger eines Organs aus dem Pool spendet ein Angehöriger bzw. eine Person, die ihm gegenüber die Kriterien des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erfüllt, in den Pool⁸. Der Akt der Spende bleibt dabei, so die Befürworter diese Modells, auf den eigenen Partner und dessen Gesundheit bezogen. Die Wahrscheinlichkeit, dass bei diesem System der Doppelspende ein passendes Organ gefunden wird, vergrößert sich dadurch erheblich. Eine Anonymisierung der Doppelspende erscheint organisatorisch möglich. Es müsste jedoch per Gesetz eine Vermittlungsstelle für die anonyme Verteilung der Spender-Empfänger-„Paare“ eingerichtet oder für diese Aufgabe gesetzlich legitimiert werden.

Das hört sich alles sehr einleuchtend an. Es stellt sich allerdings auch hier die Frage, ob durch dieses Modell eine relevante Zunahme des Organaufkommens zu gewinnen wäre und wie groß der Spendepool sein müsste, damit dies der Fall ist.

Ich habe aber auch unabhängig von der Beantwortung dieser Frage erhebliche Vorbehalte gegen die gesetzliche Einführung eines solchen Pool-Modells, einmal in Bezug auf die individuellen Folgen für den einzelnen Spender, zum anderen wegen der darüber hinausgehenden Folgen für die Transplantationsmedizin überhaupt. Der moralische Druck auf den jeweiligen Partner eines Organempfängers, ein Organ in den Pool zu spenden, damit sein Partner ein Organ aus dem Pool bekommt, kann sich dadurch erhöhen, dass es sehr viel wahrscheinlicher ist, dass ein passendes Organ für seinen Partner im Pool gefunden wird, als dann, wenn das Paar selbst nach einem geeigneten Spender-Empfänger-Paar Ausschau halten muss⁹. Die Entscheidung reduziert sich letztlich auf die Frage, ob jemand zu einer Spende in den Pool bereit ist, in dem aller Voraussicht nach ein passendes Organ für seinen Angehörigen oder eine andere nahe stehende Person bzw. Partner vorhanden sein wird, ohne dass es noch auf die immunologische Kompati-

⁸ Diese Modell wird z.B. vorgeschlagen von Nickel/Preisigke, MedR 2004, 307 ff. (309) und Rittner/Besold/Wandel, MedR 2001, 118 ff. (122)

⁹ So auch Nickel/Preisigke, vgl. Fn. 8

bilität ankommt. Andererseits könnte der Pool wiederum wegen seiner Anonymität potenzielle Spender gerade von einer Spende abhalten.

Auch muss man bedenken, dass dieses Modell zu einer weitgehenden Privatisierung der Transplantationsmedizin führt. Ich befürchte, dass darunter die Bereitschaft der Bevölkerung zur postmortalen Spende erheblich leiden würde. Das Subsidiaritätsprinzip, d.h. der grundsätzliche Vorrang der postmortalen Spende vor der Lebendspende, müsste aufgegeben werden, mit Folgen für das System der postmortalen Spende.

Keinesfalls könnte eine anonyme Pool-Lebend-Spende, wie dies diskutiert wird, im Gegenzug gegen den Erhalt eines postmortal gespendeten Organs zugelassen werden. Eine Verknüpfung beider Systeme darf nicht erfolgen. Denn damit würde eine Teil der postmortal gespendeten Organe nicht mehr nach medizinischen Kriterien verteilt (insb. Erfolgsaussicht und Dringlichkeit¹⁰), sondern aufgrund von bestimmten sozialen Sachverhalten, nämlich der Bereitschaft eines Angehörigen oder einer dem Organempfänger nahe stehenden Person zur Lebendorganspende in den Pool. Damit würde das gesetzlich geregelte System der Organallokation insgesamt durchkreuzt.

Spätestens wenn die medizinische Entwicklung ergibt, dass die immunologische Kompatibilität für eine Organtransplantation nicht mehr erforderlich ist, wofür es bei der Nierenspende deutliche Anzeichen gibt¹¹, macht das Modell der anonymen ÜS-Ringtausch-Poolspende von vorneherein keinen Sinn mehr. Eine Gesetzesänderung, die grundlegende ethische Fragen berührt, aber allenfalls für eine Übergangszeit Nutzen bringt, sollte nicht ergriffen werden.

Ich plädiere daher gegen die Änderung des TPG und für die Optimierung der vorhandenen Möglichkeiten des TPG.

¹⁰ § 12 Abs. 3 TPG

¹¹ Siehe bei Fn. 4