

## Reform der Lebendorganspende?

Josef Franz Lindner, Kerstin Schlögl-Flierl

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Lindner, Josef Franz, and Kerstin Schlögl-Flierl. 2019. "Reform der Lebendorganspende?" Augsburg: Zentrum für Interdisziplinäre Gesundheitsforschung, Universität Augsburg.  
<https://www.uni-augsburg.de/de/forschung/einrichtungen/institute/zig/wissenschaftskommunikation/unsere-medien/zig-essay/>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

*Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:*

**Deutsches Urheberrecht**

*Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:*

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



**Josef Franz Lindner**

*Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie*

**Kerstin Schlögl-Flierl**

*Moraltheologie/Ethik*

**ZIG - ESSAY**

Nr. 1 | Dezember 2019

# Reform der Lebendorganspende?

# Reform der Lebendorganspende?

VON

***Josef Franz Lindner, Kerstin Schlögl-Flierl***

## 1. Einleitung

Jeden Tag sterben drei Patienten und Patientinnen<sup>1</sup>, die auf der Warteliste stehen, an der jeweiligen Grunderkrankung, weil sie nicht rechtzeitig das zur Lebensrettung benötigte Spenderorgan erhalten.<sup>2</sup> Die deutsche Gesundheitspolitik sucht daher seit Jahren nach Wegen, die Zahl der Personen zu erhöhen, die zu einer postmortalen Organspende bereit sind und diese Bereitschaft auch dokumentieren, insbesondere in Gestalt eines Organspendeausweises. Im Mittelpunkt der diesbezüglichen Diskussionen und Aktivitäten des Gesetzgebers stehen dabei die Verbesserung der organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen des Transplantationswesens<sup>3</sup> sowie die Ersetzung der gegenwärtig in §§ 3, 4 des Transplantationsgesetzes (TPG) geregelten erweiterten Zustimmungslösung durch eine (erweiterte) Widerspruchslösung.<sup>4</sup>

Bundesgesundheitsminister Jens Spahn hat darüber hinaus kürzlich eine Debatte über eine Reform der Lebendorganspende angemahnt<sup>5</sup>, ohne den Vorstoß allerdings inhaltlich zu konkretisieren. Dieser ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass lediglich 17,4% aller<sup>6</sup> transplantierten Organe auf einer Lebendspende beruhen. Die Initiative des Bundesgesundheitsministers bietet Anlass, den Blick auf den gegenwärtigen Rechtsrahmen zur Lebendorganspende (sogleich 2.), auf denkbare Weiterentwicklungsansätze (unten 3.) sowie die damit verbundenen ethischen (unten 4.) und verfassungsrechtlichen Fragen (unten 5.) zu richten.

Kurz sei vorab auf die medizinischen Grundlagen einer Lebendorganspende hingewiesen.<sup>7</sup> Als Vorteile werden zumal die Planbarkeit und die schnelle Durchführung des Eingriffs (besonders bei ABO-inkompatiblen Spendern bedeutend) und die Abstammung des Organs (Leber, Niere) von einem organegesunden Spender genannt bzw. die negativen pathophysiologischen Einflüsse des Hirntodes sind nicht vorhanden. Auch kommt es meist zur Durchführung einer Lebendspende zu einem früheren Zeitpunkt im Krankheitsverlauf. Nachteile ergeben sich für den Spender, da er sich ohne medizinische Indikation dem Risiko einer Operation und möglichen Folgeerkrankungen und gesundheitlichen Beeinträchtigungen aussetzt. Weil es derzeit kein Register zur Spendersterblichkeit gibt, können auch diesbezüglich keine Aussagen getätigt werden.

Bei der Leberspende als Organlebendspende sei noch in medizinischer Hinsicht ergänzt, dass die Verpflanzung eines Leberteils deutlich anspruchsvoller ist als die Komplet-Ex- und

-implantation. In einer Gesamtbetrachtung egalisieren die Vorteile der Leberlebendspende die etwas höheren Komplikationsraten. Aus Sicht des betroffenen Empfängers überwiegen die Vorteile. Wie die Rahmenbedingungen für die Lebendorgantransplantation für den Spender derzeit geregelt sind, um die ihm entstehenden Nachteile regulatorisch einzufangen, wird im nächsten Punkt erläutert.

## 2. Der gegenwärtige Rechtsrahmen der Lebendorganspende

Der praktische Regelfall der Organspende ist die postmortale Organentnahme nach Feststellung des Hirntodes (§ 3 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 TPG) mit lebzeitiger Zustimmung des (hirntoten) Organspenders oder mit Zustimmung seiner nächsten Angehörigen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 und § 4 TPG).<sup>8</sup> Die Entnahme von Organen bei lebenden Personen ist in § 8 TPG geregelt. Der Gesetzgeber lässt die Lebensorganspende zwar ausdrücklich zu, unterwirft sie allerdings strengen materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen, um das Selbstbestimmungsrecht des Spenders zu wahren, seine Gesundheit zu schützen und Kommerzialisierung (Stichwort „Organhandel“) auszuschließen.

a) Die Entnahme von Organen lebender Personen ist nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 TPG nur zulässig, wenn diese volljährig und einwilligungsfähig sind, hinreichend aufgeklärt worden sind und in die Entnahme eingewilligt haben. Hinzukommen muss, dass nach ärztlicher Beurteilung die spendende Person als Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird. Zusätzlich muss die Übertragung des Organs auf den vorgesehenen Empfänger nach ärztlicher Beurteilung geeignet sein, das Leben dieses Menschen zu erhalten oder bei ihm eine schwerwiegende Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Beschwerden zu lindern.

b) § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 TPG formuliert sodann den Grundsatz der Nachrangigkeit oder Subsidiarität, wonach eine Organentnahme bei Lebenden nur in Betracht kommt, wenn ein geeignetes Organ eines (hirntoten) Spenders im Rahmen der postmortalen Organspende nach § 3 und § 4 TPG zum Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht.

c) § 8 Abs. 2 TPG stellt an die Aufklärung des Spenders besondere Anforderungen. Dieser ist durch den Arzt in verständlicher Form aufzuklären<sup>9</sup> über den Zweck und die Art des Eingriffs, die Untersuchungen sowie das Recht, über die Ergebnisse der Untersuchungen unterrichtet zu werden, ferner über die Maßnahmen, die dem Schutz des Spenders dienen sowie über den Umfang und mögliche, auch mittelbare Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organ- oder Gewebeentnahme für seine Gesundheit und schließlich über die zu erwartende Erfolgsaussicht der Organ- oder Gewebeübertragung sowie die Folgen für den Empfänger und sonstige Umstände, denen er erkennbar eine Bedeutung für die Spende zumisst. Die Aufklärung ist zusätzlich verfahrensmäßig dadurch abgesichert, dass sie in An-

wesenheit eines weiteren Arztes zu erfolgen hat. Der Inhalt der Aufklärung und die Einwilligungserklärung des Spenders sind in einer Niederschrift aufzuzeichnen, die von den aufklärenden Personen, dem weiteren Arzt und dem Spender zu unterschreiben ist. Die Einwilligung kann jederzeit schriftlich oder mündlich widerrufen werden.

d) § 8 Abs. 3 TPG sieht vor, dass bei einem Lebenden die Entnahme von Organen erst durchgeführt werden kann, nachdem sich der Spender *und* der Empfänger zur Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklärt hat.

e) Weitere verfahrensmäßige Voraussetzung ist nach § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG, dass eine nach Landesrecht zuständige Kommission gutachtlich dazu Stellung genommen hat, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handeltreibens nach § 17 TPG ist. Es handelt sich bei dieser Kommission („Lebendspendekommission“) um eine spezielle Ethikkommission für die Begutachtung von Organlebendspenden. Der Kommission muss ein Arzt, der weder an der Entnahme noch an der Übertragung von Organen beteiligt ist noch Weisungen eines Arztes untersteht, der an solchen Maßnahmen beteiligt ist, eine Person mit der Befähigung zum Richteramt und eine in psychologischen Fragen erfahrene Person angehören. Das Nähere, insbesondere zur Zusammensetzung der Kommission, zum Verfahren und zur Finanzierung wird durch das jeweilige Landesrecht geregelt.<sup>10</sup> Blickt man insgesamt auf diese verfahrensrechtlichen Regelungen, so wird deutlich, dass der Gesetzgeber um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts der spendenden Person, insbesondere um die Freiwilligkeit ihrer Entscheidung besorgt ist und dieses insbesondere durch Aufklärung und die Einschaltung einer Ethikkommission sichern will.

f) Eine entscheidende materielle Einschränkung der Lebendorganspende liegt darin, dass die Entnahme einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe über die bereits skizzierten Anforderungen hinaus nach § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG nur zulässig ist zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte des ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen. Der Gesetzgeber will die Lebendorganspende also auf den persönlichen Nahbereich der Verwandtschaft oder sonstiger enger personeller Verbundenheit beschränken. Damit soll insbesondere der Kommerzialisierung der Organlebendspende ein Riegel vorgeschoben werden. Allerdings ist in Erwägung zu stellen, dass das Selbstbestimmungsrecht auch im persönlichen Nahbereich durchaus Drucksituationen ausgesetzt sein kann, etwa aufgrund familiärer Abhängigkeiten, gerade wenn es um die schwerwiegende Erkrankung naher Angehöriger und deren Heilung durch eine mögliche Organtransplantation geht. Die besondere Schwierigkeit des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG liegt nun darin, festzulegen, was unter „in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ zu verstehen ist. Zwischen (lebendem) Spender und Empfänger muss nicht nur eine besondere persönliche Verbundenheit bestehen, diese muss auch „offenkundig“ sein.<sup>11</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut dürfte das Entstehen einer

besonderen persönlichen Verbundenheit gerade erst durch und für die Lebendspende nicht genügen, sie muss vorher schon bestehen. Dies ist freilich in der juristischen Literatur umstritten.<sup>12</sup> Jedenfalls unzulässig sind momentan nach dem TPG anonyme Lebendspenden und darauf aufbauenden Pool- oder Clubmodelle.<sup>13</sup> Aber auch die sog. „Cross-Over“/Überkreuz-Lebendspende<sup>14</sup> dürfte an § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG scheitern, es sei denn man lässt ein persönliches Kennenlernen zum Zwecke der Organspende für die Begründung einer besonderen persönlichen Verbundenheit genügen.<sup>15</sup> Gemeint sind Sachverhalte, bei denen jeweils ein Partner zweier Paare ein Organ, etwa eine Niere, benötigt und der andere bereit ist, ein Organ zu spenden, aber eine inkompatible Blutgruppe hat. Das betroffene Paar sucht dann nach einem anderen in gleicher Situation befindlichen Paar und man tauscht, wenn sich blutgruppenverträgliche Spender-Empfänger-Paare bilden lassen, Nieren über Kreuz aus.<sup>16</sup> Ähnliche Probleme stellen sich bei sog. Ringtauschlösungen.<sup>17</sup>

### 3. Optionen zur Weiterentwicklung des geltenden Rechtsrahmens

Hält man sich die soeben knapp skizzierte Rechtslage vor Augen, erscheint eine Fortentwicklung des Lebendorganspenderechts in doppelter Hinsicht möglich:

#### a) Aufhebung des Nachrangigkeitsprinzips

Zum einen wäre zu diskutieren, ob man am Nachrangigkeitsprinzip festhält, wonach eine Lebendspende nur in Betracht kommt, wenn kein postmortales Spenderorgan *zur Verfügung steht* (s. oben 2.b.). In der Tat ist die Verknüpfung von Lebendorganspende und dem Nicht-Zur-Verfügung-stehen eines postmortal gespendeten Organs nicht einsichtig, würde doch durch die Zulässigkeit der Lebendorganspende in einem solchen Fall das ggf. *zur Verfügung stehende* postmortal gespendete Organ „frei“ und könnte einem anderen Bedürftigen übertragen werden. Der Ausschluss der Lebendorganspende für den Fall, dass ein postmortales Organ zur Verfügung steht, führt also letztlich zu einer Verminderung der potenziell zur Verfügung stehenden Organe. Zwar wird es in der Regel durchaus so sein, dass eine Person nur dann überhaupt zur Lebendspende bereit ist, wenn demjenigen, auf den das Organ übertragen werden soll, auf andere Weise nicht zu helfen ist, also insbesondere durch ein postmortal gespendetes Organ. Durchaus denkbar ist aber ebenso, dass eine andere Motivation den Spendewunsch bestimmt, bspw. das Bedürfnis nach altruistischer Hilfe im persönlichen Näheverhältnis. Da durch die oben unter 2. dargestellten strengen verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Organlebendspende dem Selbstbestimmungsrecht der spendewilligen Person hinreichend Rechnung getragen wird, ist kein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund dafür ersichtlich, die Lebendspende unter einen Subsidiaritätsvorbehalt zu stellen. Daher werden in der medizinrechtlichen Literatur verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Subsidiaritätsvorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TPG erhoben.<sup>18</sup>

### **b) Erweiterung des Empfängerkreises**

Ein weiterer Diskussionsansatz könnte dahin gehen, für den Fall der Übertragung nicht regenerierungsfähiger Organe die Beschränkung auf den persönlichen Nahbereich aufzuheben oder zu lockern. Denkbar wäre es vor allem, die Anforderung „in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ zu präzisieren und um Fälle der Ringtausch- oder Cross-Over-Spende zu erweitern (vgl. dazu bereits oben 2.f.). Durch solche Präzisierungen könnte auch ein erheblicher Beitrag zu der in diesem sensiblen Bereich so wichtigen Rechtssicherheit geleistet werden. Diskussionswürdig wäre auch, auf das einengende Kriterium der besonderen persönlichen Verbundenheit gänzlich zu verzichten und damit auch die gänzlich altruistische Organlebendspende zuzulassen. Jedenfalls müsste aber sichergestellt werden, dass die bisher schon bestehenden verfahrensrechtlichen flankierungen (oben 2.) zum Schutz der Freiwilligkeit und Abwehr von Organhandel weiter gelten, insbesondere die besondere Prüfungspflicht der Ethikkommission. Freilich wirft die Erweiterung des Empfängerkreises erhebliche ethische und auch grundrechtliche Fragestellungen auf, die nachfolgend behandelt werden sollen.

## **4. Lebendorganspende aus ethischer Perspektive**

In ethischer Hinsicht ist eine Lebendorganspende als supererogatorische Handlung<sup>19</sup> einzustufen, d. h. als ein Werk der Übergebühr, also als eine Handlung, die über das moralisch einforderbare Maß hinausgeht, denn es werden erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen bzw. Risiken in Kauf genommen (Folgeerkrankungen, Fatigue-Syndrom usw.). Oder abstrakter: das Nicht-Schadensprinzip wird in Bezug auf sich selbst zurückgestellt zugunsten des Prinzip des Wohl-Tuns gegenüber einer anderen Person. Aus dem Fürsorgeprinzip heraus ist der Arzt verpflichtet, Leben zu erhalten. Davon ist ein Werk der Gerechtigkeit zu unterscheiden, welches nach Möglichkeit vollbracht wird (in Abgrenzung dazu spricht man bei der postmortalen Organspende von einem Werk der Gerechtigkeit, bei dem zwar keine Rechtspflicht zur Organspende besteht, jedoch eine sittliche Pflicht, sie sich genauestens zu überlegen.).

Eine supererogatorische Handlung zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht von jemand anderem ein- oder gefordert werden kann. Vollzieht jemand eine supererogatorische Handlung wie die Lebendorganspende, so darf er gelobt, bei Nicht-Vollzug jedoch nicht getadelt werden. Eine Lebendorganspende geht über das normal geforderte Maß hinaus hinsichtlich Zumutbarkeit, Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit für den Spender.

Im ethischen Diskurs sind verschiedene Kriterien beim Thema Organtransplantation insgesamt anzusetzen, wie therapeutische Sinnhaftigkeit, Freiwilligkeit, Sicherheit des Todeskriteriums (entfällt bei der Lebendorganspende) und Minimierung von finanziellen Anreizen, sind doch Organe Ausdruck der Identität der je anderen Person. Vor allem die Frage nach der Freiwilligkeit beschäftigt die Ethik bei der Lebendorganspende. Diese Frage wird noch

einmal anders gewendet, wenn man sieht, dass in Deutschland zwei Drittel aller im Zuge einer Lebendspende übertragenen Nieren von Frauen stammen: Bei Eltern sind es deutlich häufiger die Mütter als die Väter, die eine Niere spenden; in einer Geschwisterkonstellation die Schwestern häufiger als die Brüder.<sup>20</sup>

Eine Interpretation könnte sein, dass damit ein bestimmtes Rollenbild der Frau verbunden sei. Dieser Annahme widerspricht die Medizinethikerin Sabine Wöhlke: „Die empirischen Befunde zeigen ein wesentlich differenzierteres Bild des Schenkens von Frauen bei einer Lebendspende. So verweisen die Betroffenen darauf, dass Schenken in Frauenleben unterschiedliche Bedeutungen beigemessen werden. Vor diesem Hintergrund muss daher berücksichtigt werden, dass Frauen als Geberinnen keine homogene Gruppe darstellen. Somit darf ihnen weder vorschnell eine altruistische Veranlagung noch eine soziale Unterdrückung unterstellt werden. Dies wurde auch im Zusammenhang mit Grenzverschiebungen in den Machtstrukturen bei den betroffenen Paaren deutlich.“<sup>21</sup>

Diese neuen empirischen Befunde zeigen jedoch zudem auf, dass ein Reziprozitätsverhältnis ganz grundsätzlich die Lebendorganspende charakterisiert. Wöhlke macht unterschiedliche familiäre Entscheidungsprozesse, d.h. individuelle Reziprozitätsregeln, aus und vor allem, dass durch eine Lebendspende ein gesamtes Familiengefüge betroffen sein kann. „Im Kontext der Lebendspende wird von Spendern vor allem der Begriff ‚Schenken‘ verwendet. Sie betonen, dass es ein (selbstloses) Geschenk sei und sie keinerlei Gegenleistungen erwartet hätten. Eine Lebendspende aus rein selbstlosen Motiven fand sich bei Spendern jedoch nur selten. Vielmehr ordneten sie eine Lebendspende unter Bedingungen der Reziprozität ein und nicht als altruistische Handlung.“<sup>22</sup> Genau aber von einer altruistischen Handlung wird im rechtlichen Kontext ausgegangen. Diese empirischen Befunde lassen das Feld noch einmal neu überdenken.

Zudem werden neu entstandene Abhängigkeiten zwischen Spender und Empfänger und dies auch in einem größeren Gefüge wie Freundschaft und Familie thematisiert: die nur bedingte Kontrolle des Prozesses der Organintegration als auch die manchmal verschleierte Besitzverhältnisse, wenn die gespendeten Organe weiterhin als Eigentum des Spenders angesehen werden, dienen als Hinweise. „Zahlreiche Aussagen belegen, dass Erwartungen indirekt an die Empfänger für einen sogenannten Umgang mit dem Körper herangetragen wurden.“<sup>23</sup> Die Angst, dass die bestehenden Beziehungen, die das TPG vorsieht, möglicherweise nach einer Spende eine ‚Unwucht‘ erfahren (vorhandene Asymmetrien, die sich verstärken oder die Unmöglichkeit der Gegengabe), scheint nicht unbegründet. Diese Ergebnisse sollten bei Reformvorschlägen mit bedacht werden.

Vor allem aus theologisch-ethischer Sicht ist noch anzumerken, dass die Frage der Nächstenliebe nicht unproblematisiert bleiben darf: Bei der postmortalen Organspende wird von einem Akt der Nächstenliebe im analogen Sinne gesprochen, denn es besteht keine face-to-face-Beziehung zwischen Spender und Empfänger. Die Lebendspende hingegen erfüllt die Kriterien eines möglichen Aktes der Nächstenliebe im engen Sinne, also ein Wohltun



am Nächsten um des Nächsten willens. Die gegenwärtige Rechtslage geht jedoch eher von einer auf den familiären Kontext beschränkten Liebestat aus, welche die gerade genannten Schwierigkeiten mit sich bringt.

Von der katholischen Amtskirche ist ein deutliches Ja zur Organspende zu vernehmen, was zu Beginn der Geschichte der Organtransplantation gar nicht der Fall war. Papst Johannes Paul II. spricht 1995 (Enzyklika *Evangelium vitae*<sup>24</sup>) von der Lebendspende als Heroismus im Alltag. Die Einstufung einer Lebendorganspende als supererogatorische Handlung versucht diese grundsätzliche Haltung einzufangen und muss sich auch in rechtlichen Rahmenbedingungen widerspiegeln. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Lebendorganspende eine Lebensentscheidung und Ausdruckshandlung<sup>25</sup> darstellt.

## 5. Lebendorganspende aus verfassungsrechtlicher Perspektive

Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Perspektive ist vor allem das grundrechtliche Paradigma der Selbstbestimmung des Spenders, das untrennbar mit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verknüpft ist und das ethisch relevante Kriterium der Freiwilligkeit verfassungsrechtlich absichert. Der Gesetzgeber hat aus der Schutzpflichtdimension des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) eine verfassungsrechtliche Pflicht, für ein funktionsfähiges Transplantationswesen zu sorgen. Dazu gehört neben der Gewährleistung eines effektiven organisationsrechtlichen Rahmens für das Transplantationswesen auch ein hinreichender Regelungsrahmen, um genügend Spenderorgane zu generieren. Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht ist der Gesetzgeber jedoch keineswegs frei, sondern er hat insbesondere die Grundrechte der Spender und der Empfänger zu beachten. Im Zentrum steht eben das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, die Freiwilligkeit des Spenders. Jeder Einzelne entscheidet für sich selbst, ob er nach seinem Tod oder auch zu Lebzeiten ein Organ zu spenden bereit ist oder nicht.

Auch die Lebendspende ist zweifelsfrei vom Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen umfasst. Eine gesetzliche Beschränkung der Lebendspende stellt mithin nicht nur einen Grundrechtseingriff auf Seiten des potenziellen Spenders dar, sondern auch einen mittelbaren Grundrechtseingriff auf Seiten eines potenziellen Empfängers. Diese Eingriffe lassen sich indes rechtfertigen, da dafür verfassungsrechtlich legitime Zwecke angeführt werden können, zu deren Realisierung Einschränkungen auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erscheinen. So dienen die strengen verfahrensrechtlichen Anforderungen, insbesondere die Einschaltung einer Ethikkommission dazu, Organhandel, Organspenden ohne Freiwilligkeit in familiären oder sonstigen Drucksituationen oder sonstige Fälle der Nichtfreiwilligkeit auszuschließen. Hierdurch erfüllt der Staat seine grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber potenziellen Spendern, die sich möglicherweise unfreiwillig zur Or-

ganspende bereit erklären. Kein hinreichender verfassungsrechtlich legitimer Zweck ist indes für die Subsidiaritätsregelung erkennbar (siehe bereits oben 2.b. und 3.a.). Auch die Beschränkung des potenziellen Kreises der Empfänger auf den persönlichen Nahbereich hält einer verfassungsrechtlichen Anforderung wohl nicht durchweg stand. Zwar steht auch hier der berechtigte Schutz des potenziellen Spenders vor unüberlegten, voreiligen oder kommerziell motivierten Spenden im Raum. Nicht zu verkennen ist jedoch, dass auch im persönlichen Nahbereich Drucksituationen (vgl. 4.) auftreten können, die zu erkennen letztlich Aufgabe der Lebendorganspendekommissionen ist (oben 2.e.). Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des einzelnen potenziellen Spenders ist zweifelsohne ein verfassungsrechtlich und ethisch legitimer Zweck. Dieser rechtfertigt jedoch nicht das *ausnahmslose* Verbot der Organlebendspende außerhalb des persönlichen Nahbereichs. Vielmehr sind es gerade die verfahrensrechtlichen Flankierungen, die auch außerhalb des persönlichen Nahbereichs die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts ermöglichen könnten. Insbesondere die Beteiligung der Lebendspende-Ethikkommission und deren Prüfung, ob im Einzelfall außerhalb des Nahbereichs tatsächlich das Selbstbestimmungsrecht gewahrt bleibt oder kommerzielle oder sonstige sachfremde Erwägungen eine Rolle spielen, scheint ein geeigneter, aber auch ausreichender Mechanismus zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts zu sein. Insoweit könnte man an eine Ausweitung der verfahrensrechtlichen Flankierungen denken, etwa die Vergrößerung der Ethikkommission in solchen Fällen oder besondere Ermittlungspflichten der Ethikkommission bei Organlebendspenden außerhalb des Nahbereichs.

## 6. Fazit: Reformoptionen und -notwendigkeiten

Insgesamt bleibt aus verfassungsrechtlicher Sicht festzuhalten, dass sowohl eine Aufhebung des Subsidiaritätsprinzips als auch eine Ausweitung des potenziellen Kreises der Empfänger von Lebendorganspenden verfassungsrechtlich zulässig wäre, solange und soweit die strengen verfahrensrechtlichen Flankierungen zur Sicherung der Freiwilligkeit der Lebendspende aufrechterhalten werden. Für den Fall, dass man beide Regelungsbereiche bereits *de lege lata* für verfassungswidrig hält, wie es in der Literatur verbreitet angenommen wird, wäre der Gesetzgeber sogar verpflichtet, hier im Sinne einer Reform des TPG tätig zu werden. Klarzustellen hätte der Gesetzgeber dabei allerdings, dass kein Arzt verpflichtet werden kann, Lebendorganspenden durchzuführen. Maßgeblich hierfür ist insbesondere die Gewissensfreiheit des Arztes, dem es nicht zugemutet werden kann, gegen seinen Willen funktionsfähige Organe aus einem lebenden Körper zu entnehmen. Umgekehrt kann es auch keinen Anspruch eines Patienten, sei es des Spendewilligen, sei es des Empfangsbedürftigen, gegen einen Arzt auf Vornahme der Organtransplantation geben.

Diese letzte Reformnotwendigkeit kann ethisch (mit Bezug auf die Gewissensfreiheit) auf jeden Fall mitgetragen werden. Aus ethischer Sicht wären die beiden rechtlich diskutierten Optionen unterschiedlich abzuwägen. Betrachtet man die Frage nach der Nachrangigkeit

von Lebendspende zu postmortalen Organtransplantation, dann kann durchaus das Wegfallen in Erwägung gezogen werden. Unter der Bedingung, dass, wie es auch nunmehr erfolgt, z.B. der Versicherungsschutz bei einer Lebendorgantransplantation für den Spender bestehen bleibt, wären dann die Vorteile – auch in medizinischer Hinsicht – bei der Lebendorganspende in Anschlag zu bringen. Aber es muss beim Status einer supererogatorischen Handlung für die Lebendorganspende bleiben, um die außergewöhnlichen Umstände dieser Tat abzubilden. Somit wäre eine Priorisierung der Lebendspende gegenüber der postmortalen Spende statt einer hier vorgestellten Ergänzung ausgeschlossen.<sup>26</sup>

Mit dem Verweis auf die Gefahr eines Organhandels, des möglichen Vertrauensverlustes der Bevölkerung in die Transplantationsmedizin<sup>27</sup> und dem mangelnden Schutz der Person des Lebendspenders<sup>28</sup> wurde u.a. bisher an der Nachrangigkeit der Lebendorganspende<sup>29</sup> gegenüber der postmortalen Organspende festgehalten. Diesen Einwänden müssen mit den aufzustellenden Verfahrensregeln begegnet werden.

Bei der zweiten Option, der Erweiterung des Empfänger- wie in Folge auch des Spenderkreises, stellt sich aus ethischer Sicht die Rückfrage, ob beim Thema Organtransplantation de facto von Altruismus ausgegangen werden kann. Bereits bei dem jetzt sehr restriktiv gehandhabten möglichen Personenkreis melden empirische Studien erhebliche Zweifel an. Die Emotionalität ist bei diesem Thema nicht wegzureden. Die Psychologin Merve Winter spricht gar von einem gesellschaftlichen Spendeimperativ.<sup>30</sup>

„Anstatt in einem psychologischen Begutachtungsprozess den vielen auf den ersten Blick scheinbar spontanen und unambivalenten SpenderInnen zu applaudieren, erscheint es für die Zukunft sinnvoller, diese Zumutungen sowie den verdrängten und ‚verpönten‘ Ambivalenzen einer Lebendorganspende mehr Raum für Artikulation zu verschaffen und nach wie vor davon auszugehen, dass alle Betroffenen zunächst dem Spendeimperativ entkommen wollen. Die jeweiligen Aneignungsprozesse desselben und die subjektiven Umdeutungen könnten somit stärker in den Blick geraten und gegebenenfalls mit den PatientInnen besprochen werden.“<sup>31</sup>

Dabei das bis jetzt geltende formale Prozedere von Aufklärung und Beratung auch bei der angedachten Ausweitung anzuwenden bzw. gar auszuweiten, ist sicherlich zu begrüßen, jedoch ist dann konsequenterweise vom Altruismus als Beurteilungsgrundlage abzurücken. Es bleibt dann die Rückfrage: Genügt es nicht, wenn die Entscheidung – unter strenger verfahrensmäßiger Begleitung – freiwillig ist, ohne dass man auf die „Motivation“ abstellen muss? Unter Beachtung der strengen verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Sicherung der Freiwilligkeit (insbes. qualifizierte Aufklärung, Begutachtung durch eine Ethikkommission) scheint auch eine anonyme Lebendorganspende vertretbar zu sein.

- 
- <sup>1</sup> Im Weiteren verwenden wir aufgrund der besseren Lesbarkeit die männliche Schreibweise. Alle anderen Geschlechter sind dabei immer mitgedacht.
  - <sup>2</sup> Sommer, Florian/Anthuber, Matthias, Die Widerspruchslösung aus transplantationsmedizinischer bzw. ärztlicher Sicht, in: Lindner, Josef Franz (Hrsg.), Transplantationsmedizinrecht, 2019, S. 15 ff.
  - <sup>3</sup> Zuletzt wurde dazu das „Zweite Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes – Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende“ vom 22.3.2019 erlassen, BGBl I S. 352. Geändert wurden insbesondere die Stellung der Transplantationsbeauftragten (§ 9b TPG) und die Vergütung der Entnahmekrankenhäuser durch die pauschale Abgeltung ihrer Leistungen (§ 9a Abs. 3 TPG). Durch § 9c TPG wird zur Unterstützung der Entnahmekrankenhäuser bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Feststellung des Hirntodes ein neurochirurgischer und neurologischer konsiliarärztlicher Rufbereitschaftsdienst eingerichtet.
  - <sup>4</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung, BT-Drs. 19/11096. Zusätzlich wurde in den Bundestag ein konkurrierender „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende“ eingebracht (BT-Drs. 19/11087), der an der erweiterten Zustimmungslösung festhält, die Spendenbereitschaft aber durch organisatorische Maßnahmen erhöhen will.
  - <sup>5</sup> So eine Meldung in der FAZ v. 26.10.2019, S. 6. Bei [www.spiegel.de](http://www.spiegel.de) vom 25.10.2019 („Spahn fordert Debatte über Lebendspenden“) wird der Bundesgesundheitsminister wie folgt zitiert: „Aus meiner Sicht ist es damit noch nicht zu Ende. Wir haben anschließend noch eine Debatte zu führen über das Thema Lebendspenden“. Schmergal, Cornelia: Spahn fordert Debatte über Lebendspenden, 25.10.2019, in: SPON, <https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/organspenden-jens-spahn-fordert-debatte-ueber-lebendspenden-a-1293407.html>
  - <sup>6</sup> Im Jahr 2018 wurden bundesweit insgesamt 3.959 Organe transplantiert (Quelle: Deutsche Stiftung Organtransplantation (Hg.): Jahresbericht Organspende und Transplantation 2018, Frankfurt a. M. 2019, 78; online abrufbar unter [https://www.dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO\\_Jahresbericht\\_2018.pdf](https://www.dso.de/SiteCollectionDocuments/DSO_Jahresbericht_2018.pdf))
  - <sup>7</sup> Vgl. Guba, Markus Otto/Stangl, Manfred Johannes: Lebendspende als Alternative zu postmortal gespendeten Organen aus der Perspektive des Transplantationschirurgen, in: Hilpert, Konrad/Sautermeister, Jochen (Hg.), Organspende – Herausforderung für den Lebensschutz, Freiburg i. Br. 2014, 333-348.
  - <sup>8</sup> Wer eine postmortale Organspende definitiv ausschließen will, muss dieser zu Lebzeiten widersprochen haben. Dies hat das Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform erklärt: BVerfG, NJW 1999, S. 3403. Liegen weder eine lebzeitige Einwilligung noch ein lebzeitiger Widerspruch vor, haben die nächsten Angehörigen den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu ermitteln, § 4 Abs. 1 Satz 4 TPG.
  - <sup>9</sup> Der Bundesgerichtshof (BGH) stellt angesichts der Gewichtigkeit des Eingriffs hohe Anforderungen an die Aufklärung des Lebensspenders: BGH, Urt. v. 29.1.2019 – VI ZR 495/16, VI ZR 318/17 – NJW 2019, S. 1076. Eine hypothetische Einwilligung genügt nicht.
  - <sup>10</sup> Vgl. die Nachweise zu den landesrechtlichen Regelungen bei Höfling (Hrsg.), TPG. Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 8 Rn. 122.
  - <sup>11</sup> Zu den damit verbundenen Problemen, insbesondere zur möglichen Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG s. Höfling, aaO, Rn. 47 ff.m.w.N.

- 
- <sup>12</sup> Nachweise bei Höfling, aaO, Rn. 67. In diesem Zusammenhang wird auch mit einer besonderen „Schicksalsgemeinschaft“ argumentiert, die Spender und Empfänger verbindet.
- <sup>13</sup> Höfling, aaO, Rn. 66.
- <sup>14</sup> Vgl. Rippe, Klaus Peter, Überkreuzte Lebendspende. Ethische Gesichtspunkte, in: *Ethica* 23 (2015), 315-336.
- <sup>15</sup> So das *Bundessozialgericht* in BSGE 92, 19.
- <sup>16</sup> „„Überkreuzspende“-Programme, die unter anderem in den USA und in den Niederlanden bestehen, organisieren den Organaustausch auf regionaler oder Landesebene und schließen möglichst viele Paare in ihr Programm ein.“ (Rippe, Überkreuzte Lebendspende, 316). „Personen, die sich zur Lebendspende bereit erklären, dürfen diese Entscheidung jederzeit widerrufen. Dies ist nicht der Fall, wenn sich jemand in einem Überkreuzspende-Programm anmeldet.“ (Rippe, Überkreuzte Lebendspende, 320).
- <sup>17</sup> Höfling, aaO, Rn. 66.
- <sup>18</sup> Höfling, aaO, Rn. 41 ff. m.w.N.
- <sup>19</sup> Vgl. Achilles, Mark, Lebendspende – Nierentransplantation. Ein theologisch-ethischer Zwischenhalt, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 53 (2007), 27-36, 31.
- <sup>20</sup> Wöhlke, Sabine, Lebendorganspende. Zur Relevanz von Geschlecht und Reziprozität, in: *Wege zum Menschen* 66 (2014), 600-614, 600-
- <sup>21</sup> Wöhlke, Lebendorganspende, 613; Vgl. ausführlich: Wöhlke, Sabine, *Geschenkte Organe? Ethische und kulturelle Herausforderungen bei der familiären Lebendnierenspende*, Frankfurt u. New York 2015.
- <sup>22</sup> Wöhlke, Lebendorganspende, 605.
- <sup>23</sup> Wöhlke, Lebendorganspende, 610.
- <sup>24</sup> Johannes Paul II., Enzyklika „*Evangelium vitae*“. Über den Wert und die Unantastbarkeit des menschlichen Lebens, 25.03.1995, online: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/de/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/de/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html)
- <sup>25</sup> Vgl. Lintner, Martin M., *Eine Ethik des Schenkens. Von einer anthropologischen zu einer theologisch-ethischen Deutung der Gabe und ihrer Aporien* (Studien der Moraltheologie 35), Berlin 2006, 447f.
- <sup>26</sup> Vgl. Beckmann, Jan P., Zur Lebendspende menschlicher Organe aus ethischer Sicht, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 53 (2007), 3-16, 9.
- <sup>27</sup> Vgl. Beckmann, Lebendspende, 12.
- <sup>28</sup> Achilles, Lebendspende, 35.
- <sup>29</sup> Vgl. Steigleder, Klaus, Ethische Erwägungen zur Organtransplantation und zum Hirntodkriterium, in: *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung und Gesundheitsschutz* 51 (2008), 850-856.
- <sup>30</sup> Vgl. Winter, Merve, *Psychologie der Lebendorganspende. Eine qualitative Studie zu Spendemotivationen, Spendeimperativ und der Relevanz von Geschlecht im Vorfeld einer Lebendorganspende*, Bern u.a. 2015.
- <sup>31</sup> Winter, *Psychologie*, 408f.