

JOHANNES WEIGEL

# Organvermittlung und Arzthaftung

*Studien zum Privatrecht*

69

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 69





Johannes Weigel

# Organvermittlung und Arzthaftung

Regelungskonzept, Verfassungsmäßigkeit,  
Rechtsnatur und arzthaftungsrechtliche Konsequenzen  
des Systems der Organvermittlung

Mohr Siebeck

*Johannes Weigel*, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Betriebswirtschaftslehre an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2015 Erste Juristische Prüfung; 2016 Promotion; seit 2017 Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

e-ISBN 978-3-16-155455-1

ISBN 978-3-16-155454-4

ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit zum Thema „Organvermittlung und Arzthaftung“ entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft am *Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht* an der Ludwig-Maximilians-Universität und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Rechtsanwaltssozietät *Hengeler Mueller* in München. Sie wurde vom Promotionsausschuss der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität im Februar 2017 zur Dissertation angenommen.

Für die kurze, aber recht intensive Zeit am Lehrstuhl möchte ich mich an dieser Stelle ebenso wie bei den vielen Weggefährten und Begleitern bedanken, die mich während des vergangenen Jahres besonders unterstützt haben.

Zunächst gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater, *Prof. Dr. jur. Andreas Spickhoff*, für seine exzellente Betreuung während der Fertigstellung der Arbeit sowie die jederzeitige Diskussionsbereitschaft. Für die zügige Korrektur danke ich ihm und ebenso *Prof. Dr. jur. Ulrich Schroth*, welcher das Zweitgutachten zur vorliegenden Arbeit verfasste, von ganzem Herzen.

Besonderen Dank schulde ich zudem der *Hanns-Seidel-Stiftung* und insbesondere der Referatsleiterin der Universitätsförderung, *Dr. theol. Gabriele-Maria Ehrlich*, für die beispiellose Förderung während meines gesamten Studiums im Sinne des christlich-sozialen Werteverständnisses. Mit vielen hochinteressanten und wertegeleiteten Seminaren wird mir die Zeit in der Universitätsförderung und in der Hochschulgruppe von *Prof. Dr. med. vet. Reinhard Straubinger* immer in bester Erinnerung bleiben.

Darüber hinaus möchte ich mich bei meinen guten Freunden *Konstantin Pfanmüller*, *Ludwig Schnur* sowie *Johannes Rogge-Balleer* bedanken, die mir während der Fertigstellung der Arbeit jederzeit als kritische Diskussionspartner zur Verfügung standen und mit wertvollen Anregungen zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. *Konstantin Pfanmüller* möchte ich für die tolle Unterstützung in der finalen Phase der Fertigstellung besonders danken.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, meiner Mutter *Irene Weigel*, geb. *Rath*, sowie meinem Vater *Dr. med. Hans-Ulrich Weigel*, die meine Geschwister und mich jederzeit und in jeder Hinsicht bedingungslos unterstützt haben. Ihnen habe ich alles zu verdanken. Ohne sie hätte ich diese Arbeit nicht geschrieben.



An letzter Stelle gilt mein tief empfundener Dank meinen Großeltern, *Rolf* und *Anneliese Weigel* sowie *Arnold* und *Emmy Rath*, von denen leider nur letztere die Fertigstellung dieser Arbeit erleben durfte. Sie alle haben mich bis zum heutigen Tag in meinem Denken und Handeln tief geprägt. Ihr Lebensweg, gekennzeichnet durch das Unrecht von Heimatvertreibung, Enteignung, Entrechtung und Gefangenschaft sowie den Neubeginn in der Bundesrepublik, ist typisch für die Lebenswege von Millionen unserer Landsleute. Die Lebensleistung ihrer Generation bleibt für uns alle Vorbild und Verpflichtung zugleich.

München im Frühjahr 2017

Dr. Johannes Weigel

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
<i>§ 1 Einleitung . . . . .</i>	3
I.  Recht der Organvermittlungen als gesetzgeberische Herausforderung . . . . .	5
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Betrachtung . . . . .	9
<i>§ 2 Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme . . . . .</i>	11
I.  Organtransplantation . . . . .	11
II. Organspende . . . . .	15
III. Organmangel . . . . .	22
<i>§ 3 Rechtsrahmen der Organvermittlungen . . . . .</i>	27
I.  Rechtsrahmen nach dem TPG . . . . .	28
II. Allokationsrechtliche Kriterien der Richtlinien der Bundesärztekammer . . . . .	40
III. Dogmatische Einordnung der Richtlinien und Verfassungsmäßigkeit . . . . .	56
<i>§ 4 Der transplantationsmedizinische Behandlungsvertrag . . . . .</i>	107
I.  Allgemeines Behandlungsvertragsrecht . . . . .	109
II. Vertragsparteien . . . . .	122
III. Rechtscharakter der Pflicht zur Wartelistenführung . . . . .	126
IV. Pflichtenprogramm transplantationsmedizinischer Behandlungsverträge . . . . .	162
V. Wesentliche Erkenntnisse . . . . .	177
<i>§ 5 Der medizinische Standard im Transplantationsrecht . . . . .</i>	181
I.  Facharztstandard . . . . .	183
II. Apparativer und personeller Sollstandard . . . . .	184
III. Bestimmung des medizinischen Standards als vertragliche Hauptpflicht . . . . .	186
IV. Medizinischer Standard als verkehrübliche Sorgfalt gem. § 276 Abs. 2 BGB . . . . .	192
V. Transplantationsmedizinischer Standard . . . . .	194

§ 6 <i>Arzthaftungsrechtliche Ansprüche</i> . . . . .	201
I. Ansprüche aus fehlerhafter Wartelistenführung . . . . .	202
II. Fehlerhafte Gesundheitsmeldung an Eurotransplant . . . . .	288
III. Die fehlgeschlagene Organvermittlung durch Organisationsdefizite . . . . .	310
§ 7 <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	317
Schriftenverzeichnis . . . . .	321
Sachregister. . . . .	335

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
§ 1 Einleitung . . . . .	3
I. <i>Recht der Organvermittlungen als gesetzgeberische         Herausforderung</i> . . . . .	5
II. <i>Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands         und Gang der Betrachtung</i> . . . . .	9
§ 2 Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme . . . . .	11
I. <i>Organtransplantation</i> . . . . .	11
1. Anwendungsbereich des Transplantationsgesetzes (TPG) . . . . .	13
1. Begriffsverständnis der „Transplantation“ . . . . .	14
a) Medizinische Differenzierungen . . . . .	14
b) Häufigkeit der einzelnen Organübertragungen . . . . .	15
II. <i>Organspende</i> . . . . .	15
1. Lebendspende . . . . .	16
2. Postmortale Organspende . . . . .	17
a) Irreversibler Ausfall der Gesamthirnfunktion: „Gesamthirntod“ . . . . .	17
b) Erweiterte Zustimmungslösung . . . . .	18
aa) Regelungsinhalt, §§ 3, 4 TPG . . . . .	18
bb) Empirische Befunde . . . . .	19
III. <i>Organmangel</i> . . . . .	22
1. Diskutierte Gründe für den Organmangel . . . . .	22
2. Empirische Analyse . . . . .	23
a) Divergenz zwischen gespendeten und medizinisch benötigten Organen . . . . .	23
b) Vergleich zu anderen EU-Staaten . . . . .	25
c) Zusammenfassung . . . . .	25

§ 3 Rechtsrahmen der Organvermittlungen . . . . .	27
<i>I. Rechtsrahmen nach dem TPG . . . . .</i>	28
1. Organisationsrechtlicher Ablauf der Organübertragung . . . . .	29
a) Entnahme: Entnahmekrankenhäuser, §§ 9, 9a TPG . . . . .	29
b) Warteliste und Übertragung: Transplantationszentren, § 10 TPG . . . . .	31
c) Koordinierungsstelle, § 11 TPG . . . . .	33
d) Vermittlungsstelle, § 12 TPG . . . . .	34
e) Zusammenfassung . . . . .	36
2. Kontrollinstanzen und Überprüfung der Einzelfallentscheidungen . . . . .	36
a) Überwachungskommission . . . . .	37
b) Prüfungskommission . . . . .	38
c) Strukturprobleme und Kritik . . . . .	38
<i>II. Allokationsrechtliche Kriterien der Richtlinien der Bundesärztekammer . . . . .</i>	40
1. Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung . . . . .	40
a) Regelungen der §§ 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 12 Abs. 3 S. 1 TPG . . . . .	40
b) Erlassene Richtlinien nach § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TPG . . . . .	41
aa) Regelungskonzept . . . . .	41
bb) Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Kritik . . . . .	43
cc) Konkretisierung der Allokationskriterien . . . . .	44
(1) Medizinische Indikation . . . . .	45
(2) Kontraindikationen . . . . .	46
(3) Erfolgsaussicht . . . . .	47
(4) Dringlichkeit und High Urgency-Status . . . . .	48
(5) Beschleunigtes Verfahren . . . . .	49
(6) Organisationspflichten . . . . .	49
(7) Allokationskriterien der einzelnen Richtlinien . . . . .	50
(a) Herz . . . . .	50
(b) Lunge . . . . .	51
(c) Leber . . . . .	51
(d) Niere . . . . .	53
(e) Pankreas . . . . .	54
(f) Dünndarm . . . . .	55
2. Zusammenfassung der allokationsrechtlichen Kriterien . . . . .	55
<i>III. Dogmatische Einordnung der Richtlinien und Verfassungsmäßigkeit . . . . .</i>	56
1. Rechtsnatur der „Richtlinien“ und Vermutungswirkung . . . . .	57
a) Begriff der „Richtlinie“ . . . . .	57
b) Interpersonaler Verbindlichkeitscharakter . . . . .	58
c) Zusammenfassung . . . . .	62
2. Verfassungsrechtliche Kritik . . . . .	62
a) Verfassungsrechtliche Bindung: Ausübung von „Staatsgewalt“ . . . . .	63

aa) Richtlinien als öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung . . .	63
bb) „Staatliche Gewalt“: Beleihung der Bundesärztekammer . . . . .	65
cc) Prinzip der „regulierten Selbstregulierung“? . . . . .	66
dd) Zwischenergebnis . . . . .	68
b) Rechtsstaatsprinzip und Wesentlichkeitstheorie . . . . .	68
aa) Einwand der Gewaltenteilung . . . . .	69
bb) Praktikabilitätsabwägungen . . . . .	71
cc) Zwischenergebnis . . . . .	73
c) Demokratieprinzip und Legitimationsniveau . . . . .	74
aa) Personelle Legitimation . . . . .	75
bb) Materielle Legitimation . . . . .	78
(1) Regelungsdefizit . . . . .	78
(2) Kategorienfehler des Gesetzgebers und Einwand der „Expertise“ . . . . .	79
(3) Weisungs- und Kontrollrechte . . . . .	83
(4) Genehmigungsvorbehalt, § 16 Abs. 3 TPG . . . . .	83
(5) Zwischenergebnis . . . . .	86
d) Grundrechtskonformität einzelner Allokationskriterien . . . . .	86
aa) Maßstab: Grundsatz der Lebenswertindifferenz . . . . .	87
bb) Kontraindikation: Fehlende Compliance . . . . .	88
cc) Exkurs: Fehlende Sprachkenntnisse . . . . .	90
(1) Literatur und Rechtsprechung . . . . .	91
(2) Stellungnahme . . . . .	92
(a) Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG . . . . .	93
(b) Art. 3 Abs. 1 GG und „Neue Formel“ des BVerfG . . . . .	93
dd) Medizinische Kriterien, insb. Alkohol- und Drogenabusus: Kontraindikation und sechsmonatige Abstinenzpflicht . . . . .	96
(1) Diskussion um die sechsmonatige Abstinenzregel . . . . .	96
(2) Verfassungsrechtlicher Maßstab . . . . .	97
(3) Medizinische Analyse von Glp. A.III.2.1 BÄK-Leber- Richtlinie . . . . .	99
(4) Zudem: Falsche Rechtsfolgenebene . . . . .	102
ee) „Old for Old“: Eurotransplant Senior Program . . . . .	103
e) Zusammenfassung . . . . .	105
§ 4 Der transplantationsmedizinische Behandlungsvertrag . . . . .	107
I. <i>Allgemeines Behandlungsvertragsrecht</i> . . . . .	109
1. Rechtsnatur des Behandlungsvertrages . . . . .	110
a) Allgemeine Ausnahmen . . . . .	111
b) Gesetzlich krankenversicherte Patienten . . . . .	111
2. Der Behandlungsvertrag nach §§ 630a ff. BGB . . . . .	113
a) Haupt- und Nebenleistungspflichten . . . . .	115
b) Abgrenzung zu Werk- und Dienstverträgen . . . . .	117

3. Zustandekommen und Verbotsgesetze nach § 134 BGB . . . . .	119
a) Kontrahierungszwänge der Transplantationszentren . . . . .	120
b) Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB . . . . .	121
<i>II. Vertragsparteien</i> . . . . .	122
1. Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung . . . . .	122
2. Behandelnde Personen . . . . .	123
a) Ambulante Heilbehandlung . . . . .	123
aa) Niedergelassene Ärzte . . . . .	123
bb) Ambulante Behandlung im Krankenhaus . . . . .	124
b) Stationäre Heilbehandlung . . . . .	125
<i>III. Rechtscharakter der Pflicht zur Wartelistenführung</i> . . . . .	126
1. Spannungsfeld aus öffentlichem Recht und Zivilrecht . . . . .	127
2. Abgrenzungsmaßstab . . . . .	128
3. Öffentlich-rechtliche Qualifikation . . . . .	130
4. Privatrechtliche Qualifikation . . . . .	132
5. Auslegung und Rechtsnatur der Pflichten	
aus § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TPG . . . . .	134
a) Wertungen des Gesetzes selbst . . . . .	134
aa) Auslegungsmaßstab: Objektivierter Wille des Gesetzgebers . . . . .	135
bb) Einwand der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	137
(1) Entwertung der Grundrechtspositionen . . . . .	139
(2) Rechtsweggarantie . . . . .	142
(3) Demokratieprinzip und Volkssouveränität . . . . .	145
(4) Zwischenergebnis . . . . .	147
cc) Auslegung von § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TPG . . . . .	147
b) Sachnähe zum bürgerlichen Recht . . . . .	149
c) Ergebnis . . . . .	153
6. Divergierende Rechtsnatur der Vermittlungsentscheidungen . . . . .	154
a) Divergierende Interessenslage der Patienten . . . . .	154
b) Unterschiedliche Maßstäbe der Entscheidungsfindung . . . . .	155
c) Dogmatische Bedenken hinsichtlich vertragsrechtlicher Konstruktion . . . . .	157
d) Eigene Wertungskriterien durch Eurotransplant . . . . .	159
e) Zwischenfazit . . . . .	159
f) Art. 24 Abs. 1 GG und Charakterisierung als Verwaltungsakt . . . . .	160
g) Ergebnis . . . . .	162
<i>IV. Pflichtenprogramm transplantationsmedizinischer Behandlungsverträge</i> . . . . .	162
1. Überweisungspflicht des ambulant behandelnden Arztes . . . . .	162
2. Untersuchungs- und Vermittlungspflichten . . . . .	163
3. Sonderfall: Beschleunigtes Verfahren . . . . .	165
4. Informations- bzw. Aufklärungspflichten . . . . .	166

a) Therapeutische Aufklärung und Richtlinien der Bundesärztekammer . . . . .	168
b) Informationspflichten nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB . . . . .	168
c) Belehrung über Wartelistenaufnahme . . . . .	169
aa) Zeitpunkt der Aufklärung . . . . .	169
bb) Dogmatische Einordnung: Wartelistenführung als „Behandlung im weitesten Sinne“ oder medizinische Maßnahme i. S. d. § 630e BGB? . . . . .	170
(1) Begriff der „medizinischen Maßnahme“ . . . . .	171
(2) Rechtsgutgefährdung durch ärztliches Handeln . . . . .	172
(a) Ablehnung der Wartelistenaufnahme . . . . .	173
(b) Aufnahme in die Warteliste . . . . .	174
(3) Funktionale Abgrenzung anhand § 630h Abs. 2 S. 1 BGB . . . . .	174
d) Ergebnis . . . . .	175
5. Organisationspflichten . . . . .	175
<i>V. Wesentliche Erkenntnisse . . . . .</i>	177
1. Vertragsschluss . . . . .	177
2. Rechtsnatur der Entscheidungen über die Wartelistenführung . . . . .	178
3. Rechtsnatur der Vermittlungsentscheidungen . . . . .	179
4. Informationspflichten nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB . . . . .	179
 § 5 Der medizinische Standard im Transplantationsrecht . . . . .	181
<i>I. Facharztstandard . . . . .</i>	183
<i>II. Apparativer und personeller Sollstandard . . . . .</i>	184
<i>III. Bestimmung des medizinischen Standards       als vertragliche Hauptpflicht . . . . .</i>	186
1. Grundsätze der evidenzbasierten Medizin . . . . .	186
2. Veröffentlichungen der Fachgesellschaften . . . . .	188
a) Empfehlungen . . . . .	188
b) Leitlinien . . . . .	188
c) Richtlinien . . . . .	190
3. Sachverständigengutachten und Grenze zwischen juristischer und medizinischer Aufgabenverteilung . . . . .	191
<i>IV. Medizinischer Standard als verkehrsübliche Sorgfalt       gem. § 276 Abs. 2 BGB . . . . .</i>	192
<i>V. Transplantationsmedizinischer Standard . . . . .</i>	194
1. Bedeutung der Richtlinien nach § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TPG . . . . .	194
a) Wartelistenführung als „Behandlung“ im Sinne des § 630a BGB . . . . .	195



b) Verhältnis zwischen Erkenntnisstand und fachlichen Standards . . .	195
2. Anwendbarkeit der Vermutung auf normative Regelungstatbestände . . .	197
a) Ansätze der Literatur . . . . .	197
b) Wortlautargumentation und hypothetischer Gesetzgeberwille . . . .	198
c) Ergebnis . . . . .	199
§ 6 Arzthaftungsrechtliche Ansprüche . . . . .	201
I. Ansprüche aus fehlerhafter Wartelistenführung . . . . .	202
1. Primärrechtsschutz gegen Wartelistenentscheidungen . . . . .	202
2. Verfassungswidrige Kontraindikation als Behandlungsfehler . . . . .	203
a) Unterschreiten des medizinischen Standards . . . . .	205
aa) Unter Berücksichtigung der Richtlinien der Bundesärztekammer . . . . .	206
bb) Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit . . . . .	207
(1) Exkurs: Verfassungswidrigkeit der Delegation nach § 16 Abs. 1 S. 1 TPG: Nichtigkeit oder Unvereinbarkeit? . . . . .	208
(2) Inhaltliche Festsetzungen der Richtlinien . . . . .	211
(3) Wartelistenführung als voll beherrschbares Risiko? . . . .	212
cc) Wesentliche Erkenntnisse . . . . .	213
b) Beweishürde der Kausalität . . . . .	214
aa) Kausalität für Primärschaden: Gesundheitsverletzung . . . . .	214
bb) Grundsätze des Anscheinsbeweises . . . . .	217
cc) Zwischenergebnis . . . . .	219
dd) Schutzzweck von § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TPG . . . . .	219
c) Ergebnis . . . . .	221
3. Wartelistenführung und grober Behandlungsfehler, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB . . . . .	221
a) Sachverhalt: VG München, Urteil v. 26.6.2014 – M 17 K 13.808 . . .	222
b) Schuldhafter grober Behandlungsfehler . . . . .	222
c) Kausalitätsvermutung nach § 630h Abs. 5 S. 1 BGB . . . . .	225
aa) Grundsätzliche Verletzungsgeeignetheit . . . . .	226
bb) Rechtsprechungskorrektiv: „Nicht äußerst unwahrscheinlich“ . . . . .	228
d) Teleologische Reduktion von § 630h Abs. 5 S. 1 BGB? . . . . .	229
aa) Problemstellung . . . . .	229
bb) Teleologischer Hintergrund von § 630h Abs. 5 S. 1 BGB . . . .	230
cc) Keine verschlechterte Beweissituation im Einzelfall . . . . .	231
e) Ergebnis . . . . .	232
4. Rechtsirrtum der Behandelnden und Richtigkeitsgewähr der Richtlinien . . . . .	232
a) Fahrlässigkeit und medizinischer Standard . . . . .	233
b) Rechtsirrtum in der privatrechtlichen Haftung . . . . .	236

aa) Abgrenzung zum Tatsachenirrtum . . . . .	237
bb) Schuldhafter Irrtum des (Rechts-)Beraters . . . . .	238
c) Sorgfaltsniveau nach der ständigen Rechtsprechung des BGH . . . . .	239
d) Modifizierung des Sorgfaltsniveaus durch Richtigkeitsgewähr . . . . .	241
aa) Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge . . . . .	242
(1) Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Individualvertrages . . . . .	242
(2) Haftungsrechtliche Bedeutung bei Tarifverträgen . . . . .	245
(3) Kritik an tarifvertraglichem Vertrauensschutz . . . . .	248
bb) Übertragbarkeit auf die transplantationsrechtlichen Richtlinien . . . . .	250
(1) Keine Gewähr des Richtlinienprozesses . . . . .	250
(2) Divergierender Rechtsgüterausgleich im Transplantationsrecht . . . . .	253
(3) Wertung der Vermutungsregel des § 16 Abs. 1 S. 2 TPG . . . . .	254
cc) Ergebnis . . . . .	255
e) Nicht lösbare Pflichtenkollision . . . . .	256
aa) Sinn und Zweck des hohen Sorgfaltsmaßstabs . . . . .	256
bb) Entscheidungsmaxime in der Transplantationsmedizin . . . . .	257
f) Ergebnis . . . . .	260
5. Unzureichende Information über Kriterien der Wartelistenführung . . . . .	260
a) Beweislast und Beweislastmodifizierung . . . . .	261
b) Unzureichende therapeutische Aufklärung als grober Behandlungsfehler . . . . .	262
c) Ergebnis . . . . .	263
6. Derivatives Teilhaberecht und Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr . . . . .	263
a) Zivilrechtlicher Schutz des derivativen Teilhaberechts . . . . .	263
b) Deliktsrechtlicher Schutz des derivativen Teilhaberechts . . . . .	266
aa) Sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	266
bb) Transplantationsrechtliche Normen als Schutzgesetze? . . . . .	267
(1) § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TPG . . . . .	268
(2) § 12 Abs. 3 S. 1 TPG . . . . .	269
(3) Richtlinien der Bundesärztekammer nach § 16 Abs. 1 S. 2 TPG . . . . .	269
c) Ansprüche aus der Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr, § 21 AGG . . . . .	271
aa) Anwendbarkeit der §§ 19 ff. AGG im Arzt-Patienten-Verhältnis . . . . .	272
bb) Mittelbare Benachteiligung wegen fehlender Sprachkenntnisse . . . . .	273
(1) Sprache als benachteiligendes Kriterium . . . . .	273

(2) Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 und 2 AGG . . . . .	274
(3) Richtlinienbestimmung als sachlicher Rechtfertigungsgrund . . . . .	275
(4) Unmittelbare Benachteiligung bei körperlichen Behinderungen . . . . .	275
(5) Fahrlässige mittelbare Benachteiligung . . . . .	275
cc) Haftungsausfüllender Tatbestand . . . . .	276
(1) Beseitigung der Benachteiligung . . . . .	276
(2) Ersatz erhöhter Heilungskosten: Differenzhypothese und beweisrechtlicher Gleichlauf zur Behandlungs- fehlerhaftung . . . . .	276
(3) Schmerzensgeld . . . . .	277
dd) Ergebnis . . . . .	278
d) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts . . . . .	279
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht bei der Wartelistenführung . . . . .	279
bb) Güter- und Interessensabwägung: Relevanz der medizinischen Notwendigkeit der angenommenen Kontraindikation . . . . .	280
cc) Haftungsausfüllender Tatbestand . . . . .	282
(1) Schmerzensgeld . . . . .	282
(2) Behandlungskosten durch Verzögerung . . . . .	283
e) Ergebnis . . . . .	283
7. Abschließende Betrachtung der Haftungsverhältnisse . . . . .	284
a) Vertragliche Haftung des Transplantationszentrums . . . . .	284
b) Deliktische Haftung des Arztes . . . . .	284
c) Deliktische Haftung des Transplantationszentrums . . . . .	285
d) Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr und allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	286
e) Schmerzensgeld . . . . .	287
II. Fehlerhafte Gesundheitsmeldung an Eurotransplant . . . . .	288
1. Zu hohe Dringlichkeitsstufe: Konstellation der „Organspendeskandale“ . . . . .	288
a) Fallkonstellation: LG Göttingen, Urteil v. 6.5.2015 – 6 Ks 4/13 . . . . .	290
b) Haftung des handelnden Arztes in Manipulationsfällen . . . . .	291
aa) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Gesundheit . . . . .	291
(1) Generelle Nachweisbarkeit der Zuteilungsverdrängung . . . . .	291
(a) Strafrechtliche Kontroverse . . . . .	292
(b) Nachweis der Organannahme im Zivilprozess . . . . .	293
(c) Nachweis der erfolgreichen Organübertragung . . . . .	295

(2) Exkurs: Individueller Rechtsgüterschutz der Organverteilungsregeln . . . . .	296
(a) Divergierende Auffassungen in der Strafrechtsprechung . . . . .	297
(b) Stellungnahmen in der strafrechtlichen Literatur . . . . .	298
(c) Ungenauigkeit der Allokationskriterien . . . . .	299
(d) Bestimmung des Schutzzwecks der Verhaltensnormen durch Auslegung . . . . .	300
(e) Ergebnis . . . . .	302
bb) Zivilrechtlicher Schutz des derivativen Teilhaberechts . . . . .	302
(1) Unmittelbar vermittlungsrelevante Regelungen . . . . .	303
(2) § 10 Abs. 3 S. 2 TPG als Schutzgesetz . . . . .	303
c) Ergebnis . . . . .	305
2. Richtlinienwidrige Wartelistenaufnahme . . . . .	305
a) Rechtswidrige Richtlinienbestimmung . . . . .	306
b) Rechtmäßige Richtlinienbestimmung . . . . .	306
c) Ergebnis . . . . .	308
3. Verspätete Mitteilung nach § 13 Abs. 3 S. 3 TPG . . . . .	308
4. Zu niedrige Dringlichkeitsstufe . . . . .	310
<i>III. Die fehlgeschlagene Organvermittlung     durch Organisationsdefizite . . . . .</i>	310
1. Übernahmeverschulden, Zumutbarkeit sowie Treu und Glauben . . . . .	311
2. Gegenläufige Richtlinienbestimmungen und AGB-Recht . . . . .	313
3. Kausalitätsvermutung des § 630h Abs. 4 BGB bei Organisationsmängeln? . . . . .	313
4. Ergebnis . . . . .	315
 § 7 Zusammenfassung . . . . .	 317
 Schriftenverzeichnis . . . . .	 321
Sachregister . . . . .	335



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
AR	Arztrecht (Fachzeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BÄK	Bundesärztekammer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ders.	derselbe
DSO	Deutsche Stiftung Organtransplantation
Dt. Ärztebl	Deutsches Ärzteblatt
Ebda.	Ebenda
Einl.	Einleitung
ELAS	Eurotransplant Liver Allocation System
f.	folgende(r/s)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift (für)
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht, Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Glp.	Gliederungspunkt
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HU	High Urgency
i. F. d.	in der Fassung der
i. S. d.	im Sinne des
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IRODaT	International Registry on Organ Donation and Transplantation
JA	Juristische Ausbildungsblätter (Fachzeitschrift)
jew.	jeweils
Jura	Juristische Ausbildung (Fachzeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Fachzeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
LAS	Lung Allocation Score
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LKHG	Landeskrankenhausgesetz
med.	medizinisch(e/en)
Med Klin Intensiv- med Notfmed	Medizinische Klinik – Intensivmedizin und Notfallmedizin (Medizinische Fachzeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Fachzeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. w. Rspr.Nachw.	mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen
Nachtr.	Nachtrag
N. Engl. J. Med.	The New England Journal of Medicine
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatRG	Patientenrechtegesetz
RG	Reichsgericht des Deutschen Reiches
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rlp	Rheinland-Pfalz
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
r+s	Recht und Schaden (Fachzeitschrift)
S.	Seite / Siehe / Satz

SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Fachzeitschrift)
Sog.	sogenannte(r/s)
SoldatenG	Soldatengesetz
StGB	Strafgesetzbuch
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StV	Der Strafverteidiger (Fachzeitschrift)
TPG	Transplantationsgesetz
TFG	Transfusionsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
U. K.	Universitätsklinikum
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	vom
VermV	Vermittlungsstellenvertrag (mit Eurotransplant)
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Fachzeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik





„In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit befindet sich der Arzt in einer unvertretbaren Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist.“

Bundesverwaltungsgericht

Urteil v. 18.7.1967 – I C 9/66 = NJW 1968, 218, 219.



## § 1 Einleitung

Die transplantationsmedizinische Behandlung hat für die betroffenen Patienten existenzielle Bedeutung. Im Gefolge von irreversiblen Schädigungen oder Erkrankungen lebenswichtiger Organe besteht für die Patienten oftmals ihre letzte Überlebenschance in der rechtzeitigen Zuteilung und erfolgreichen Übertragung eines gespendeten Ersatzorgans.<sup>1</sup> In dieser Situation legen die betroffenen Personen ihr Rechtsgut Leben in die Hände des behandelnden Transplantationszentrums, dem dadurch notgedrungen besonderes Vertrauen entgegenbracht wird. In der Transplantationsmedizin gewinnt die ärztliche Behandlung somit über ihr spezifisches Vertrauensverhältnis<sup>2</sup> eine herausragende Bedeutung. Dabei setzen die Patienten ihr besonderes Vertrauen auf Wiederherstellung von Gesundheit und Wohlergehen<sup>3</sup> in die jeweiligen Behandlungsträger, welche ihrerseits darauf vertrauen, den Patienten auf der Grundlage medizin-theoretischer Kenntnisse und praktischen Erfahrungswissens behandeln zu können.<sup>4</sup>

Die transplantationsmedizinische Behandlung unterscheidet sich von einem üblichen Arzt-Patient-Verhältnis nicht zuletzt dadurch, dass die erfolgreiche Therapie in erster Linie von der rechtzeitigen Zuteilung eines Spenderorgans abhängt. Neben dem Transplantationseingriff selbst und dem postoperativen Risiko immunologischer Abstoßungsreaktionen<sup>5</sup> stellt die Vermittlung eines kompatiblen Organs vor dem Hintergrund des bereits Jahrzehnte andauernden Mangels an postmortal gespendeten Organen regelmäßig die größte Hürde für den Heilungsprozess der Patienten dar.

Die Transplantationsmedizin ist damit zu einem Paradebeispiel für die Verwaltung und Verteilung knapper Ressourcen in der Gesundheitsversorgung geworden<sup>6</sup>, welche vor dem Hintergrund lebensgefährlicher Erkrankungen eine

---

<sup>1</sup> *Söffker/Komm/Kluge*, Med Klin Intensivmed Notfmed 2014, 396, 396.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss v. 25.7.1979 = NJW 1979, 1925, 1930. Vgl. allg. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 17; *Haverkate*, in: Häfner, Gesundheit – unser höchstes Gut?, 119, 124; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 ff.; *Schneider*, Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht, S. 9.

<sup>3</sup> Vgl. *Deutsch*, in: *Spickhoff*, TPG, Einl. Rn. 16.

<sup>4</sup> *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 1 Rn. 13.

<sup>5</sup> Vgl. *Oduncu*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG, Einl. Rn. 34.

<sup>6</sup> *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 1 f.; *Haverkate*, in: Häfner, Gesundheit – unser höchstes Gut?, 119, 125; *Höfling*, JZ 2007, 481, 481.

außerordentliche Grundrechtsrelevanz aufweist. Seit Beginn des einheitlichen Organspende- und -vermittlungsverfahrens steht nicht annähernd die notwendige Zahl an transplantationsfähigen Organen zur Verfügung, was hauptsächlich daran liegt, dass die nach einem irreversiblen Hirntod potentiell für eine Organübertragung in Betracht kommenden Organe aufgrund juristischer Hemmnisse nicht für eine postmortale Organspende gewonnen werden können.<sup>7</sup>

Zu dieser ohnehin schon schwierigen Situation im deutschen Transplantationsrecht gesellte sich in den letzten Jahren ein erheblicher Vertrauensverlust in der Bevölkerung hinzu, welcher durch die bekannt gewordenen Manipulationen beim Ranking der Patienten auf den vermittlungsrelevanten Wartelisten genährt wurde.<sup>8</sup> Damit sind vor allem die Vorgänge an mehreren deutschen Universitätskliniken<sup>9</sup> angesprochen, bei denen die verantwortlichen Ärzte vorsätzlich eine erheblich schlechtere Einstufung des Gesundheitszustandes ihrer Patienten und damit einen höheren Dringlichkeitsstatus<sup>10</sup> an die internationale Organvermittlungsstelle Eurotransplant weiterleiteten, sodass sich die Chancen auf eine erfolgreiche Organzuteilung signifikant erhöhten. Darüber hinaus wurden Vorwürfe erhoben, wonach die behandelnden Ärzte kontraindizierende Tatbestände der von der Bundesärztekammer erlassenen Vermittlungsrichtlinien ignoriert hätten, sodass Patienten regelwidrig bei der Organvermittlung berücksichtigt worden seien.<sup>11</sup> Als Reaktion auf die bekannt gewordenen und medial aufgegriffenen Skandale kam es in den letzten Jahren zu einem dramatischen Einbruch bei der Anzahl an verfügbaren Organspendern, welche schließlich einen neuen historischen Tiefstand erreichte.<sup>12</sup> Die Problematik der Organknappheit in der Transplantationsmedizin und das sich hieraus ergebende Verteilungsproblem haben sich infolgedessen noch einmal in erheblichem Maße verschärft.

<sup>7</sup> Vgl. *Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO)*, Jahresbericht 2015, S. 44 ff.; ausführlicher zu diesem Befund unter Glp. § 2 II. f.

<sup>8</sup> Vgl. *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3398, 3398.

<sup>9</sup> Vgl. Universitätsklinikum (U.K.) Göttingen: *Nefzger*, in: FAZ v. 5.5.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/im-organspende-prozess-in-goettingen-steht-das-system-mit-vor-gericht-13576624.html>, zuletzt am 20.9.2015; U.K. Heidelberg: *Berndt*, in: SZ v. 15.10.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/skandal-um-herztransplantationen-weitert-sich-aus-1.2694599>, zuletzt am 20.9.2016; U.K. München: *Berndt*, in: SZ v. 13.11.2015, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/klinikum-grosshadern-aerzte-tricksten-bei-lungen-transplantationen-1.2736001>, zuletzt am 20.9.2016; U.K. Regensburg: *Berndt*, in: SZ v. 22.3.2013, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/organspende-skandal-in-regensburg-als-aerzte-besonders-freigiebig-mit-lebern-waren-1.1630759>, zuletzt am 20.9.2016.

<sup>10</sup> Vgl. LG Göttingen, Urteil v. 6.5.2015 – 6 Ks 4/13; OLG Braunschweig, Beschluss v. 20.3.2013 – Ws 49/13 = BeckRS 2013, 12038.

<sup>11</sup> Vgl. LG Göttingen, Urteil v. 6.5.2015 – 6 Ks 4/13.

<sup>12</sup> *Eurotransplant*, Annual Report 2015, S. 41.

## I. Recht der Organvermittlungen als gesetzgeberische Herausforderung

Bei jedem Mangelzustand stellt sich zwangsläufig die Frage, nach welchen Kriterien, durch welchen Entscheidungsträger und an welchen Empfänger die knappe Ressource verteilt werden soll. Auf dem Gebiet der Organentnahmen und Organverteilung gehört die medizinisch sinnvolle und „gerechte“ Vermittlung<sup>13</sup> der entnommenen Organe zu den schwierigsten Fragestellungen, welche der transplantationsrechtliche Regelungskomplex aufweist.

Die Verteilung einer nicht ausreichenden Zahl an Organen ist für den einzelnen Patienten eine Frage von Leben und Tod.<sup>14</sup> Insoweit zielt das System der Organvermittlung auf das vom BVerfG<sup>15</sup> als „Höchstwert der Verfassung“ und „Basisgrundrecht“ bezeichnete Rechtsgut Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und erhöht den „Legitimationsdruck“<sup>16</sup> des Rechts der Organvermittlung in besonderem Maße. Nicht zuletzt deshalb stellte das gesetzlich unregelte Gebiet der Transplantationsmedizin über mehrere Jahrzehnte hinweg eines der „drängendsten rechts- und gesundheitspolitischen Reformvorhaben der Nachkriegszeit“<sup>17</sup> dar.

Während in den 50er und 60er Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Entnahme und Verteilung von Geweben und Organen in den jeweils explantierenden Krankenhäusern vor Ort erfolgte, etablierte sich erst ab dem Jahr 1969 durch die Gründung der Stiftung Eurotransplant, welche in der niederländischen Universitätsstadt Leiden ansässig ist, ein zumindest in Teilen institutionalisiertes Vermittlungsverfahren.<sup>18</sup> Im Gegensatz zum heutigen Verfahrensstandard des Transplantationsgesetzes gab es seinerzeit noch keine klaren Kompetenzzuweisungen an Eurotransplant, sondern vielmehr eine „zweigleisige Organisationsstruktur“.<sup>19</sup> In deren Rahmen bestand für das örtliche Transplantationszentrum die Wahl zwischen einer Zentralvermittlung durch Eurotransplant oder einer lokalen Verteilung (sog. „lokaler Selbstbehalt“), welche über eigenständige Wartelisten und selbst definierte Verteilungskriterien vonstatten

---

<sup>13</sup> Als gesetzgeberischer Erwägungsgrund liegt die „gerechte“ Organzuteilung auch dem TPG zugrunde, vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 14. Zur Frage der gerechten Organzuteilung als ein von medizinischen Befunden losgelöstes Allokationskriterium vgl. die Ausführungen unter Glp. § 3 III.2.c).bb).(2) sowie *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 102 ff.

<sup>14</sup> *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, S. 2

<sup>15</sup> BVerfG, Urteil v. 25.2.1975 – 1 BvF 1–6/74 = NJW 1975, 573, 575.

<sup>16</sup> *Middel/Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG, Vorb. Rn. 1.

<sup>17</sup> *König*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Einl. Rn. 1.

<sup>18</sup> *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 80.

<sup>19</sup> *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit, S. 7.

ging.<sup>20</sup> Als Ordnungsrahmen des lokalen Selbstbehalts diente der sog. Transplantationskodex<sup>21</sup>, welcher im Jahre 1987 auf der Grundlage einer von den Transplantationszentren verfassten Selbstverpflichtung eingeführt wurde und die wichtigsten medizinischen, juristischen und ethischen Grundsätze zusammenfasste.<sup>22</sup>

Dieses Vorgehen änderte sich nach mehreren gescheiterten Länderinitiativen<sup>23</sup> erst mit In-Kraft-Treten des heutigen Transplantationsgesetzes<sup>24</sup> am 1.12.1997, welches nunmehr eine zentrale und einheitliche Erfassung, Entnahme, Verteilung und Übertragung der Organe festlegt. Durch das TPG sollte vor allem ein klarer Rechts- und Handlungsrahmen für die am Vermittlungs- und Transplantationsprozess beteiligten Stellen geschaffen und die Anzahl an Organspendern durch ein wertungsgerechtes System sowie eine zivil- und strafrechtliche Absicherung von Organspenden und -entnahmen<sup>25</sup> gesteigert werden.<sup>26</sup> Die letztere Erwägung fand durch eine Gesetzesänderung im Jahre 2012<sup>27</sup> in § 1 Abs. 1 S. 1 TPG explizit Eingang in den Gesetzestext, wonach es das Ziel des Gesetzes ist, die Bereitschaft zur Organspende innerhalb der in Deutschland lebenden Bevölkerung zu fördern.

In den Regelungsbereich des TPG fallen unter anderem die Feststellung des Hirntodes, die Voraussetzungen der postmortalen Organspende, die Wertentscheidung zugunsten der Subsidiarität der Lebendspende und die diesbezüglichen Voraussetzungen, insbesondere die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit der Organspende, sowie das strikte Verbot des Organhandels.<sup>28</sup> Zudem soll das TPG im Gegensatz zum früheren Prinzip des lokalen Selbstbehalts die Einheitlichkeit der Organverteilung sowie die damit einhergehende Chancengerechtigkeit und Chancengleichheit der Patienten durch die einheitliche Warteliste nach § 12 Abs. 3 S. 2 TPG sicherstellen.<sup>29</sup> Die konkrete Ausgestaltung der gesetzge-

<sup>20</sup> Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 80 f.; Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 7.

<sup>21</sup> Transplantationskodex der Deutschen Transplantationsgesellschaft e.V. (DTG), in der Fassung von 2013, abrufbar unter: <http://d-t-g-online.de/index.php/ueber-uns/transplantationskodex>, zuletzt am 20.9.2016.

<sup>22</sup> Middell/Scholz, in: Spickhoff, TPG, Medizinrecht, Vorb. Rn. 4; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 131 Rn. 2.

<sup>23</sup> Vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 131 Rn. 2.

<sup>24</sup> Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG), i.F.d. Bekanntmachung v. 5.11.1997, BGBl. I S. 2631 ff.

<sup>25</sup> Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 131 Rn. 4.

<sup>26</sup> BT-Drs. 13/8017, S. 26; König, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Einl. Rn. 1; Middell/Scholz, in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG, Vorb. Rn. 2.

<sup>27</sup> Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz i.F.d. Bekanntmachung v. 12.7.2012, BGBl. I S. 1504.

<sup>28</sup> Middell/Scholz, in: Spickhoff, TPG, Vorb. Rn. 2.

<sup>29</sup> Middell/Scholz, in: Spickhoff, TPG, Vorb. Rn. 2.

berischen „Regulierung“ sowie einzelne Wertentscheidungen des Gesetzgebers stießen von Anfang an auf rechtspolitische und verfassungsrechtliche Kritik, die in uneingeschränkter Form bis heute aufrechterhalten wird.<sup>30</sup>

Besonderer Aufmerksamkeit kommt in diesem Zusammenhang sowohl der rechtspolitisch umstrittenen erweiterten Zustimmungslösung<sup>31</sup> nach den §§ 3, 4 TPG als auch der verfassungsrechtlichen Diskussion über das Regelungssystem der Verteilungskriterien (sog. „Allokationskriterien“) zu. Gerade letzteres gehört aufgrund der Unbestimmtheit der Kriterien, der an die Bundesärztekammer delegierten Konkretisierung und einzelner weiterer inhaltlicher Bestimmungen zu den umstrittensten, problematischsten und „fragwürdigsten“<sup>32</sup> Regelungen des gesamten Medizinrechts.<sup>33</sup> Die Subsidiarität und rechtspolitische Begründung des paternalistischen Verbots der uneingeschränkten Lebendorganspende stießen ebenfalls auf scharfe Kritik<sup>34</sup>, welche im Hinblick auf den sich verschärfenden Organmangel in Zukunft wohl weiter zunehmen wird.

In der Transplantationsmedizin treffen Verteilungs- und Rationierungskonflikte auf elementare Rechtsgüter der Staatsbürger. Dabei liegt es auf der Hand, dass sich eine gesetzgeberische Lösung dieses Spannungsverhältnisses immer am Maßstab des Verfassungsrechts und der Gerechtigkeitsanschauungen der Bevölkerung orientieren muss. Gerade der Gerechtigkeitsaspekt spielt insofern eine keinesfalls untergeordnete Rolle, als eine höhere Bereitschaft zur Organspende nur durch ein rechtspolitisch überzeugendes System erreicht werden kann. Damit steht der Gesetzgeber vor der Herausforderung, die Verteilung der Organe als Lebenschancen der Patienten nach objektiven, nachvollziehbaren und in den Augen der Bürger transparenten Kriterien zu ordnen.<sup>35</sup> Hierzu bedarf es eines Ausgleichs zwischen den Verteilungsinteressen der Patienten einerseits und des Persönlichkeitsrechts der potentiellen Organempfänger andererseits, welches vor Diskriminierungen sowie Eingriffen durch Dritte in die Chancengleichheit und Verteilungsgerechtigkeit schützen soll.<sup>36</sup> Aus der enormen Grundrechtsrelevanz der Allokationsentscheidungen folgt bereits, dass die

---

<sup>30</sup> Ausführlich unter Glp. § 3 II. f.

<sup>31</sup> Die zum Teil als „Entscheidungslösung“ titulierte Gesetzgebungsänderung 2012 mit Informationsanstrengungen der Krankenhassen hinsichtlich einer Entscheidung über die Zustimmung zu Organspenden brachte keine neuen Voraussetzungen für die Organspende mit sich.

<sup>32</sup> *Bader*, Organmangel und Organvermittlung, S. 173 f.; *Höfling*, in: Höfling, TPG, § 16 Rn. 1; zustimmend *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, § 16 Rn. 1.

<sup>33</sup> Vgl. *Lang*, MedR 2005, 269, 269 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 78 ff.; *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, S. 211 f.; *Schroth*, in: Duttge/Dochow et al., Recht am Krankenbett, I, 4.

<sup>35</sup> *Ach/Anderheiden/Quante*, Ethik der Organtransplantation, S. 185.

<sup>36</sup> Vgl. *Middel/Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG, Vorb. Rn. 2.



Materie der Verteilung postmortal gespendeter Organe nur auf der Grundlage einer ausreichenden demokratischen Legitimation vernünftig geregelt werden kann. Schlussendlich kann sich die Frage, wie eine Mangelverwaltung in Ansehung der hervorgehobenen Rechtsgüter rational, gerecht und angemessen zu regeln ist, nicht allein auf medizinische Erkenntnisse stützen.<sup>37</sup> Wie im Folgenden zu zeigen ist, bedarf es vielmehr bei den Kriterien, welche nicht nur technischer, sondern vorwiegend normativer Natur sind, einer grundsätzlichen Wertentscheidung des Gesetzgebers.

Ob das derzeitige System der Organvermittlung diesen Ansprüchen genügt, wurde in der Literatur zwar bereits mehrfach untersucht, bleibt im Ergebnis jedoch weiterhin umstritten.<sup>38</sup> Darüber hinaus ist noch weitgehend ungeklärt, wie sich die Erkenntnisse der verfassungs- und auch strafrechtlichen Diskussion auf die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Transplantationszentren und den einzelnen Patienten auswirken.

Die Mitwirkungspflichten der Transplantationszentren, insbesondere bei der Aufnahme der Patienten in die Warteliste, sind dabei von einer tiefen Rechtsunsicherheit geprägt. Die Fragen, wie zentrale Wertungskriterien im Einzelfall auszulegen sind, wann ein Patient in eine Warteliste aufgenommen werden darf und ob entgegenstehende Festsetzungen der Bundesärztekammer im Zweifel ignoriert werden müssen, stehen beispielhaft für den gesamten Regelungskomplex der derzeitigen Organvermittlung und können für die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen Behandlungsträger und Patient nicht folgenlos bleiben. Für diejenigen Patienten, die bei entsprechender medizinischer Indikation als potentielle Organempfänger in Betracht kommen, sind die Kriterien für die Aufnahme in eine Warteliste somit in ungewöhnlichem Maße von rechtlichen Wertungen abhängig<sup>39</sup>, die durch die Gesetzeslektüre allein von den behandelnden Ärzten nicht abgrenzungssicher bestimmt werden können.

Der Arzt soll sich grundsätzlich an den Patienteninteressen orientieren, die im Mittelpunkt der ärztlichen Behandlungspflichten stehen, was als sog. patientenzentrierte Therapie bezeichnet wird.<sup>40</sup> In einer Thematik, welche die genuine Verteilungs- und Gleichbehandlungsinteressen der Gesamtheit aller Patienten betrifft, ist der Gesetzgeber jedoch gehalten, diese Zentrierung in einen tragba-

---

<sup>37</sup> Vgl. *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Vorb. § 12 Rn. 4; *Haverkate*, in: Häfner, Gesundheit – unser höchstes Gut?, 119, 126; *Höfling*, in: Höfling, TPG, § 16 Rn. 1.

<sup>38</sup> Vgl. etwa die monographischen Untersuchungen bei *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin, S. 195 ff.; *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 173 ff., 291 ff.; *Mohammadi-Kangarani*, Die Richtlinien der Organverteilung im TPG – verfassungsgemäß?, S. 99 ff.; *Schneider*, Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation, S. 33 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Opper*, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, S. 29

<sup>40</sup> *Söffker/Komm/Kluge*, Med Klin Intensivmed Notfmed 2014, 396, 396.

ren Gemeinwohlausgleich zu bringen. Wie sich die offensichtlich beispiellose Rechtsunsicherheit bei den Vermittlungskriterien auf die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient auswirkt, wird spätestens nach der strafrechtlichen Aufarbeitung der in jüngster Zeit publik gewordenen Organspendeskandale an Bedeutung gewinnen. Auch in zivilrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, welche Konsequenzen für die Beteiligten daraus erwachsen, dass der Gesetzgeber nicht selbst rechtssicher vorgegeben hat, „wer sterben soll, wenn nicht alle leben können“<sup>41</sup>.

## II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands und Gang der Betrachtung

An diese zentrale Problemstellung des Transplantations- und Medizinrechts knüpft die vorliegende Untersuchung an. Sie soll, auf dem bisherigen wissenschaftlichen Stand der juristischen Erkenntnisse aufbauend, neben der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Defizite der Regelungssystematik der §§ 10, 12 und 16 TPG vor allem der Frage nach den zivilrechtlichen Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Erkenntnisse nachgehen. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die vertragsrechtlichen Beziehungen der transplantationsrechtlichen Akteure untereinander sowie die sich daran anschließenden Haftungsfragen. Zudem soll auf die Verortung der Vermutungsregel des § 16 Abs. 1 S. 2 TPG in der Dogmatik des neuen Behandlungsvertragsrechts der §§ 630a ff. BGB sowie auf die Rechtsnatur der vermittlungsrelevanten Entscheidungen der Transplantationszentren und Eurotransplants eingegangen und die sich hieraus ergebenden Problemstellungen untersucht werden. Die Frage nach dem Primärrechtsschutz und den direkt gegen Eurotransplant gerichteten Ansprüchen sind dagegen nicht Hauptschwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Im Vordergrund steht vielmehr die Einordnung des Transplantationsrechts in das System der Arzthaftung, wonach vor allem den Rechtsbeziehungen zwischen den Transplantationszentren und den Patienten eine besondere Bedeutung zukommt.

Entsprechend dieser Zielsetzung gliedert sich die vorliegende Arbeit. Nach einer Erläuterung der grundlegenden transplantationsrechtlichen und -medizinischen Termini sowie einer quantitativen Analyse der derzeitigen Transplantationspraxis (§ 2) soll der aktuelle transplantationsrechtliche Rechts- und Organisationsrahmen analysiert werden (§ 3). Hierbei ist einerseits auf den geltenden

---

<sup>41</sup> *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 2; *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Vorb. § 12 Rn. 1; ähnlich *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, S. 2: „Entscheidung über Leben und Tod“.

transplantationsrechtlichen Verfahrensablauf sowie die dogmatische Verortung der Richtlinien nach § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TPG sowie andererseits auf die Verfassungsmäßigkeit des derzeitigen Rechts der Organallokation und den zugrunde liegenden Allokationskriterien einzugehen.

Nach einer Übersicht über das bürgerlich-rechtliche Behandlungsvertragsrecht aus transplantationsrechtlicher Sicht und den einzelnen Vertragsbeziehungen soll die Einordnung der verschiedenen vermittlungsrelevanten Pflichten nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht thematisiert werden (§ 4). Hieran schließt sich die Untersuchung des medizinischen Standards in der heutigen Transplantationsmedizin (§ 5) an, wobei insbesondere dessen Ermittlung und Bedeutung im Zusammenhang mit den Richtlinien der Bundesärztekammer eruiert werden sollen.

Die angesprochenen Problemkreise, welche sich maßgeblich aus einem Zusammenspiel von Transplantations-, Verfassungs- und Behandlungsvertragsrecht ergeben, sollen sodann in einer fallgruppensystematischen Betrachtungsweise haftungsrechtlich untersucht werden (§ 6). In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die Frage nach einer verschuldensrelevanten Richtigkeitsgewähr der transplantationsrechtlichen Richtlinien sowie einer zivilrechtlichen Betrachtung der öffentlich thematisierten „Organspendeskandale“ eingegangen.

Die Arbeit schließt mit einem Blick auf die wesentlichen Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung (§ 7).

## § 2 Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme

Seit der ersten Herztransplantation im Jahre 1967 ist die Transplantationsmedizin wie kein anderer medizinischer Fachbereich zum Sinnbild für den wissenschaftlichen Fortschritt in einer hoch entwickelten, gesundheitlich orientierten Gesellschaft geworden.<sup>1</sup> Durch die in den letzten Jahrzehnten vollzogenen Entwicklungen auf immunologischem und molekularbiologischem Gebiet wurde es möglich, das Leben tausender Patienten zu retten. Allerdings sind dem Erfolg dieser Errungenschaften durch einen chronischen Mangel an transplantationsfähigen Organen in erheblichem Maße Grenzen gesetzt, sodass nicht jedem potentiellen Organempfänger auch tatsächlich ein Organ zugeteilt werden kann.

Diese Gegebenheiten prägen das Transplantationsrecht in seiner derzeitigen Form und sind für das Verständnis der geltenden Allokationsregeln von elementarer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund soll zunächst der Begriff der Organtransplantation erläutert und der Anwendungsbereich des Transplantationsgesetzes bezüglich vermittlungspflichtiger Organe dargestellt werden. Danach werden die rechtlichen Voraussetzungen für die verschiedenen Formen einer Organspende genannt und es wird ein Überblick über die Anzahl der in den letzten Jahren gespendeten Organe gegeben. Die Bestandsaufnahme schließt mit der quantitativen Betrachtung des aktuellen Organmangels und einer Darstellung der in diesem Zusammenhang diskutierten Gründe und Ursachen. Bezüglich rechtspolitischer Lösungsansätze und Strategien zur Überwindung des Organmangels sei an dieser Stelle auf entsprechende Untersuchungen der letzten Jahre verwiesen.<sup>2</sup> Der organisationsrechtliche Ablauf des Organtransplantationsverfahrens nach dem TPG ist Gegenstand des nächsten Kapitels.

### I. Organtransplantation

Der Begriff Transplantation leitet sich von dem lateinischen Verb *transplantare* (deutsch: verpflanzen) ab und bezeichnet die Übertragung von Zellen, Geweben

---

<sup>1</sup> Vgl. *Middel/Scholz*, in: Spickhoff, TPG, Vorb. Rn. 1.

<sup>2</sup> So ausführlich *Bader*, Organmangel und Organverteilung, S. 9 ff.; ferner auch *Schroth*, in: *Duttge/Dochow et al.*, Recht am Krankenbett, 1, 8 ff.

und Organen zum Zwecke einer medizinischen Heilbehandlung.<sup>3</sup> Das therapeutische Ziel besteht darin, irreversibel geschädigte und funktionseingeschränkte Organe dauerhaft zu ersetzen.<sup>4</sup>

Die Geschichte der Transplantationsmedizin beginnt nach unserem heutigen Verständnis im Jahre 1900 mit der Entdeckung des AB0-Blutgruppensystems durch den Wiener Arzt Karl Landsteiner. Weitere Meilensteine sind die erste Nierentransplantation bei einem Tier im Jahre 1906 durch den französischen Chirurgen Alexis Carrel sowie die erste Übertragung einer Augenhornhaut (*Cornea*) durch den österreichischen Arzt Eduard Zirn im Jahre 1905.<sup>5</sup> Seitdem haben sich die Möglichkeiten der Transplantationsmedizin rasant fortentwickelt: Gefolgt von der ersten Nierenübertragung zwischen Zwillingen in Boston durch den Arzt Joseph Murray im Jahre 1954<sup>6</sup> wurden in der Bundesrepublik seit 1963<sup>7</sup> über 124.269 Organe<sup>8</sup> transplantiert. Durch die Entdeckung des weitverzweigten Humanen Leukozytenantigen-Systems (HLA-System), dessen Gene die sog. Gewebsmerkmale codieren, und die Entwicklung des Immunsuppressivums Cyclosporin konnten Organübertragungen auch bei genetisch divergierenden Spender-Empfänger-Konstellationen mit einer nunmehr deutlich geringeren Gefahr von lebensbedrohlichen immunologischen Abstoßungsreaktionen<sup>9</sup> durchgeführt werden.<sup>10</sup> Dadurch etablierte sich die Transplantationsmedizin zu einer Behandlungsmethode, welche für viele Patienten mit irreversiblen Organerkrankungen die einzig verbleibende kurative Therapieoption darstellt.<sup>11</sup>

Seit dem Jahr 1997 sind die wesentlichen juristischen Rahmenbedingungen einer Organverpflanzung im Transplantationsgesetz geregelt. Dieses umfasst die Voraussetzungen für die Lebend- und postmortale Organspende sowie die

---

<sup>3</sup> Ausführlicher zu der medizinischen Unterscheidung *Borowy*, Postmortale Organentnahme und zivilrechtliche Folgen, S. 29, insbesondere mit Bezügen zur Histokompatibilität im Rahmen allogener Organtransplantationen; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 131 Rn. 1.

<sup>4</sup> *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 168 Rn. 1.

<sup>5</sup> *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 168 Rn. 1.

<sup>6</sup> Durchgeführt von *Joseph Murray* in Boston 1954, der hierfür im Jahre 1990 mit dem Nobelpreis ausgezeichnet wurde, vgl. *Söffker/Komm/Kluge*, Med Klin Intensivmed Notfmed 2014, 396, 396. Hierzu auch *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, S. 10; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 168 Rn. 2.

<sup>7</sup> Die erste Nierentransplantation zwischen Verwandten in Deutschland wurde 1963 durch den Berliner Chirurgen *Wilhelm Brosig* am Klinikum Charlottenburg durchgeführt; vgl. *Junghanns*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, S. 10.

<sup>8</sup> *DSO*, Jahresbericht 2015, S. 10.

<sup>9</sup> Ausführlich hierzu *Oduñcu*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduñcu, TPG, Einl. Rn. 34.

<sup>10</sup> *Söffker/Komm/Kluge*, Med Klin Intensivmed Notfmed 2014, 396, 396.

<sup>11</sup> *Middel/Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, TPG, Vorb. Rn. 1; *Söffker/Komm/Kluge*, Med Klin Intensivmed Notfmed 2014, 396, 396.