

## B 9 VS 1/01 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Aachen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 3 VS 182/99  
Datum  
25.05.2000  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 10 VS 28/00  
Datum  
31.01.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 9 VS 1/01 R  
Datum  
10.12.2003  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Zu den Voraussetzungen unter denen die Versorgungsverwaltung der Krankenbehandlung eines Versorgungsberechtigten in der Schweiz zustimmen muss der sich nur zum Zwecke dieser Behandlung dorthin begeben hat.  
2. Die Überkreuzlebendnierenspende zwischen zwei Ehepaaren stellt grundsätzlich keinen verbotenen Organhandel iS von [§ 17 TPG](#) dar sie ist jedoch nur dann iS [§ 8 Abs 1 S 2 TPG](#) zulässig wenn eine hinreichend gefestigte und intensive Beziehung zwischen dem jeweiligen Organspender und -empfänger für den im Vorfeld der Operation tätigen Psychologen oder Arzt eindeutig feststellbar ist.  
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 31. Januar 2001 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Streitig ist die Verpflichtung des Beklagten bzw der Beigeladenen zu 1), dem Kläger die Kosten zu erstatten, die er im Zusammenhang mit einer im Kantonsspital Basel/Schweiz vorgenommenen, auf einer Überkreuz-Lebendspende beruhenden Nierentransplantation zu tragen hatte.

Der 1936 geborene Kläger litt an einer dialysepflichtigen Niereninsuffizienz, die in Verbindung mit einer hochgradigen Fettstoffwechselstörung eine Nierentransplantation indizierte. Spätestens ab Oktober 1998 war der Kläger auf der Warteliste von Eurotransplant in Leiden/Niederlande für eine postmortale Nierenspende vorgemerkt. Da eine Nierenspende seiner Ehefrau für den Kläger auf Grund von Blutgruppeninkompatibilität medizinisch nicht möglich war, suchten beide nach einem anderen Ehepaar für eine Überkreuz-Lebendspende, und zwar auch im Ausland. Es zeichnete sich ab, dass eine solche Operation in der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf das am 1. Dezember 1997 in Kraft getretene Transplantationsgesetz (TPG) nicht durchführbar sein würde. Im November 1998 erhielt der Kläger vom Transplantationszentrum in Basel die Nachricht, ein blutgruppenkompatibles Ehepaar sei gefunden. Rund sechs Monate später - am 26. Mai 1999 - wurde die Überkreuztransplantation durchgeführt; dem Kläger wurde eine dem schweizerischen Staatsangehörigen B. entnommene Niere übertragen und die Ehefrau des Klägers spendete zugleich eine ihrer Nieren der Ehefrau des B.

Bereits am 29. Dezember 1998 hatte der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) beantragt, die für ihn mit der Transplantation verbundenen Kosten in Höhe von rund 80.000 Schweizer Franken zu übernehmen. Diese lehnte die Kostentragung durch Bescheid vom 8. April 1999 unter Hinweis auf eine von ihr bei dem Bundesversicherungsamt eingeholte Stellungnahme mit der Begründung ab, die Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) seien nicht erfüllt, denn eine Lebendspende sei nur unter Personen zulässig, die offenkundig eine besondere persönliche Verbundenheit aufwiesen. Zwischenzeitlich hatte der Beklagte durch Bescheid vom 12. März 1999 eine dialysebedürftige Niereninsuffizienz bei chronisch membranproliferativer Glomerulonephritis im Gefolge eines chronifizierten Streptokokkeninfektes als Schädigungsfolgen im Sinne des Soldatenversorgungsgesetzes (SVG) anerkannt. Die Beigeladene zu 1) leitete daher den Widerspruch des Klägers gegen ihren Bescheid mit Schreiben vom 12. Mai 1999 an das zuständige Versorgungsamt weiter, das am 26. Mai 1999 feststellte, eine Abhilfemöglichkeit bestehe nicht. Der Beklagte wies alsdann den Widerspruch durch Widerspruchsbescheid vom 9. Juni 1999 zurück.

Klage (Urteil des Sozialgerichts (SG) Aachen vom 25. Mai 2000) und Berufung (Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen (LSG) vom 31. Januar 2001) sind erfolglos geblieben. Das LSG hat zur Begründung ausgeführt: Den Krankenkassen und Versorgungsbehörden sei es untersagt, Sachleistungen aus einer Überkreuz-Lebendspende zu erbringen oder die Kosten dafür zu erstatten. Die Überkreuzspende sei zwar nicht generell als verbotener Organhandel zu bewerten; nach teleologischer Reduktion des Tatbestandsmerkmals "Handeltreiben" in [§§](#)

[17, 18 TPG](#) werde die vorliegende Überkreuzspende davon nicht erfasst. Sie sei jedoch unzulässig, denn die Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) seien nicht erfüllt. Diese angesichts des Gesetzeszwecks und der Materialien eng auszulegende Vorschrift setze eine offenkundige besondere persönliche Verbundenheit zwischen dem Spender und dem Empfänger des Organs voraus. Diese liege im Fall einer Überkreuz-Lebendspende unter Ehepaaren, deren Verbindung erst aus Anlass der Organspende entstanden sei, nicht vor. Die Überkreuzspende könne auch nicht als eine mittelbare Spende unter Ehegatten gewertet werden. Dem stehe der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen. Die besondere persönliche Verbundenheit erfordere Zusammengehörigkeitsgefühle zwischen Spender und Empfänger auf Grund einer gemeinsamen Lebensplanung. Im konkreten Fall sei diese persönliche Verbundenheit im Zeitpunkt der Operation zumindest nicht offenkundig gewesen. Offenkundigkeit bedeute für jeden ersichtlich oder erkennbar; also feststellbar ohne entsprechende weitere Erkundigungen und Ermittlungen. [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) sei auch nicht verfassungswidrig; der Senat schließe sich insoweit der Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts (Kammerbeschluss vom 11. August 1999 - [1 BvR 2181/98](#) -) an.

Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision macht der Kläger im Wesentlichen geltend: Die nach [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) erforderliche persönliche Verbundenheit könne sich auch daran zeigen, dass die Freundschaft auf Dauer angelegt sei und nach dem operativen Eingriff fortbestehe. Eine Überkreuz-Lebendspende, an der zwei Ehepaare beteiligt seien, sei außerdem einer Spende unter Ehegatten gleichzustellen. [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) sei daher verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die Transplantation in der vorliegenden Fallkonstellation zulässig sei, hilfsweise werde die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift gerügt.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des SG Aachen vom 25. Mai 2000 und des LSG Nordrhein-Westfalen vom 31. Januar 2001 sowie den Bescheid vom 8. April 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Beklagten vom 9. Juni 1999 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihm die Kosten zu erstatten, die er im Zusammenhang mit der am 26. Mai 1999 bei ihm vorgenommenen Nierentransplantation zu tragen hatte; hilfsweise die Beigeladene zu 1) hierzu zu verurteilen.

Der Beklagte und die Beigeladene zu 1) beantragen unter Bezug auf die Entscheidungsgründe des LSG-Urteils sowie ihre schriftsätzlichen Ausführungen in den vorherigen Instanzen, die Revision zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt.

II

Die Revision ist zulässig und im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung der Streitsache an das LSG begründet. Auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen kann dem LSG nicht darin gefolgt werden, dass ein Kostenerstattungsanspruch des Klägers deswegen zu verneinen sei, weil es an den Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) mangle. Nach Auffassung des erkennenden Senats hat das Berufungsgericht das insoweit maßgebliche Tatbestandsmerkmal des "sich in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig Nahestehens" zu eng ausgelegt. Da das LSG - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine weiteren Feststellungen zur Ausprägung der Nähebeziehung zwischen dem Nierenspender und dem Kläger sowie zu den sonstigen Erfordernissen des [§ 8 TPG](#) getroffen hat, muss die Sache zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Der Senat ist nicht an einer Sachentscheidung gehindert. Wie er bereits mehrfach entschieden hat (vgl. [BSGE 88, 153](#), 154 ff = [SozR 3-3100 § 5 Nr 9](#); Urteil vom 7. November 2001 - [B 9 SB 1/01 R](#) -, JURIS; Urteil vom 27. Februar 2002 - [B 9 SB 6/01 R](#) -, JURIS), erfüllt die Vertretung des Beklagten durch die als Landesversorgungsamt bezeichnete Abteilung der Bezirksregierung Münster die Voraussetzungen des [§ 71 Abs 5 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#).

Die in erster Linie gegen den Beklagten gerichtete Klage ist zulässig. Sie scheidet weder am Fehlen eines Verwaltungsakts des Beklagten (vgl. [§ 54 Abs 1 SGG](#)) noch an einem mangelnden Vorverfahren (vgl. [§ 78 SGG](#)). Zwar ist über den Antrag des Klägers vom 29. Dezember 1998 zunächst durch die Beigeladene zu 1) entschieden worden, während der Beklagte nur den Widerspruchsbescheid vom 9. Juni 1999 erlassen hat. Darin liegt jedoch kein Hindernis für die vom Kläger erstrebte Sachentscheidung. Denn zum einen hat sich das zuständige Versorgungsamt durch seine Nichtabhilfeentscheidung vom 26. Mai 1999 den ablehnenden Bescheid der Beigeladenen zu 1) praktisch zu Eigen gemacht und zum anderen hat der Kläger das Fehlen eines Verwaltungsakts des Beklagten nicht gerügt (vgl. dazu BSG SozR 1500 § 54 Nr 45 S 29).

Der Kläger wendet sich im Ansatz zu Recht gegen den Bescheid vom 8. April 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Beklagten vom 9. Juni 1999. Denn dieser Verwaltungsakt steht seinem Kostenerstattungsanspruch entgegen. Er ist zunächst nicht bereits deshalb gegenstandslos geworden, weil sich die ursprünglich begehrte Leistungserbringung (Sachleistung bzw Kostenübernahme) dadurch erledigt hat, dass der Kläger die Transplantation am 26. Mai 1999 auf eigene Kosten hat durchführen lassen. In solchen Fällen wandelt sich ein ursprünglich bestehender Leistungsanspruch in einen Erstattungsanspruch, ohne dass es einer erneuten Verwaltungsentscheidung bedarf (vgl. BSG [SozR 3-3100 § 11 Nr 2](#) S 7). Überdies fällt die Frage einer Leistungsgewährung im Zusammenhang mit der streitigen Transplantation in den Zuständigkeitsbereich des Beklagten.

Da die Operation der Behandlung des durch Bescheid vom 12. März 1999 als Schädigungsfolge anerkannten Nierenleidens diene, ist sie der Art nach der Heilbehandlung iS von [§ 80 SVG iVm § 10 Abs 1 Bundesversorgungsgesetz \(BVG\)](#) zuzuordnen. Bei der Gewährung der entsprechenden Leistungen wirken die Behörden der Versorgungsverwaltung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern zusammen. Die Verwaltungsbehörde führt die [§§ 10 bis 24a BVG](#) durch, trifft also die Entscheidung über die Leistungsgewährung dem Grunde nach. Die Erbringung der Leistung obliegt hingegen - je nach Leistungsgegenstand ([§§ 18c Abs 1 Sätze 2 und 3 BVG](#)) und ggf in Abhängigkeit von dem Bestehen einer Krankenkassenmitgliedschaft (zB [§ 18 Abs 4 Satz 2 BVG](#)) - den Krankenkassen. Hieraus folgt: Wird zunächst die Krankenkasse wegen der Behandlung eines Schädigungsleidens angegangen und beabsichtigt sie, die Erbringung der Behandlungsmaßnahme abzulehnen, so hat sie eine Entscheidung der Versorgungsverwaltung herbeizuführen. Bewilligt diese die Leistung, so hat die Krankenkasse sie zu erbringen.

Diese "Arbeitsteilung" gilt nicht nur für die Durchführung von Sachleistungen, sondern auch im Falle der Kostenerstattung. [§ 18c Abs 1 Satz](#)

2 BVG (vgl die dort aufgeführten "Leistungen nach § 18 Abs 3 bis 9" BVG) ordnet zwar grundsätzlich die Erfüllung von Erstattungsansprüchen der Versorgungsverwaltung zu. Gleichwohl hat der Beklagte - systemgerecht - dem Mitglied einer Krankenkasse - wie dem Kläger - nur dann die Erstattungsleistung zu erbringen (§ 18 Abs 4 Satz 2 BVG), wenn die Krankenkasse diesem nicht zur Leistung verpflichtet ist oder wenn es sich um Leistungen handelt, für deren Erbringung sie ohnehin auf Grund gesetzlicher Zuweisung (ausnahmsweise) zuständig ist. Anderenfalls obliegt die Kostenerstattung der Krankenkasse, deren Aufwendungen wiederum nach Maßgabe der §§ 19, 20 BVG erstattet werden.

Der Kostenerstattungsanspruch des Klägers richtet sich nach § 80 SVG iVm § 18 Abs 4, § 11 Abs 1 Satz 1 Nr 1 und 5, Satz 2 BVG sowie Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b und Abs 2 Satz 2 Gesetz vom 21. November 1989 (ZustimmungsG) zu dem Zweiten Zusatzabkommen vom 2. März 1989 zum Abkommen vom 25. Februar 1964 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über Soziale Sicherheit (2. Zusatzabkommen) und der Zusatzvereinbarung vom 2. März 1989 zur Vereinbarung vom 25. August 1978 zur Durchführung des Abkommens (BGBl II 890).

Gemäß § 18 Abs 1 BVG sind die Leistungen nach §§ 10 bis 24a BVG - also auch die ambulante ärztliche Behandlung (§ 11 Abs 1 Nr 1 BVG) und die Krankenhausbehandlung (§ 11 Abs 1 Nr 5 BVG) - als Sachleistungen zu erbringen. Gleichwohl hat der Berechtigte, der nach der Anerkennung eine Krankenbehandlung selbst durchgeführt hat, einen Kostenerstattungsanspruch nach § 18 Abs 4 Satz 1 BVG, wenn unvermeidbare Umstände die Inanspruchnahme der Krankenkasse oder der Verwaltungsbehörde unmöglich gemacht haben. Solche Umstände sind - wie im Krankenversicherungsrecht - insbesondere dann anzunehmen, wenn die Behörde eine Sachleistung zu Unrecht abgelehnt hat (vgl hierzu auch [§ 13 Abs 3](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und BSG [SozR 3-3100 § 18 Nr 4](#) S 11 mwN; zur rechtswidrigen Verweigerung der Leistung bei rechtzeitiger Antragstellung siehe auch BSG [SozR 3100 § 18 Nr 9](#) S 24; Urteile LSG Schleswig-Holstein vom 18. November 1996 - [L 2 V 36/96](#) -; LSG Rheinland-Pfalz vom 4. April 2001 - [L 4 VG 2/00](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen vom 30. Oktober 2002 - [L 7 V 5/02](#) -, in JURIS). Der Kläger hat sich die Leistungen, die mit der Überkreuztransplantation zusammenhängen selbst beschafft, weil sein Leistungsantrag durch den Bescheid vom 8. April 1999 abgelehnt worden war. Der Kostenerstattungsanspruch des Klägers ist mithin davon abhängig, ob die Ablehnung zu Unrecht erfolgt ist.

Dem Anspruch des Klägers steht nicht entgegen, dass die Überkreuztransplantation im Ausland - in der Schweiz - durchgeführt worden ist (1). Die Gewährung dieser Leistung ist auch nicht aus rechtlichen oder ethisch-moralischen Gründen im Inland grundsätzlich untersagt (2). Es handelt sich bei der Überkreuztransplantation weder um verbotenen Organhandel iS des [§ 17 TPG](#) (a) noch ist es schädlich, dass vor der Durchführung der Transplantation am 26. Mai 1999 iS des [§ 8 Abs 3 Satz 2 TPG](#) keine gutachtliche Stellungnahme durch eine Ethikkommission abgegeben worden ist (b). Ob die Operation im konkreten Fall jedoch auch den Anforderungen des [§ 8 TPG](#) entsprach, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen (c).

(1) Eine Kostenerstattung scheidet nicht bereits deshalb aus, weil der Anspruch des Klägers auf Heilbehandlung im Ausland ruhte. An sich folgt für das soziale Entschädigungsrecht gleichermaßen wie für das Krankenversicherungsrecht aus dem Sachleistungsprinzip die grundsätzliche Beschränkung der Leistungspflicht auf das Inland (§ 11 Abs 1 Satz 2 BVG iVm [§ 16 Abs 1 Nr 1 SGB V](#)). Dem Berechtigten soll der ihm zustehende Anspruch auf zweckmäßige und ausreichende Krankenbehandlung ohne Aufwendung eigener finanzieller Mittel erfüllt, andererseits aber auch eine wirtschaftliche Versorgung und eine Begrenzung des Kostenrisikos des Versorgungsträgers gewährleistet werden (vgl Senatsurteil [BSGE 78, 59, 61 = SozR 3-3100 § 18 Nr 3](#) S 5). Hinsichtlich einer Behandlung im Ausland kann sich etwas anderes allerdings aus einem zwischenstaatlichen Abkommen ergeben (vgl BSGE aaO). Nun bezieht sich das 2. Zusatzabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zwar nicht auf die Rechtsvorschriften des deutschen Versorgungsrechts. Es wird jedoch ebenso wie das dazugehörige ZustimmungsG von der in § 11 Abs 1 Satz 2 BVG vorgesehenen entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Krankenversicherungsrechts mit erfasst. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich - wie im vorliegenden Fall - um Leistungen handelt, deren Erbringung nach dem BVG grundsätzlich der Krankenkasse zugewiesen ist, also insbesondere um Leistungen nach § 18c Abs 1 Satz 3 iVm § 11 Abs 1 Nr 1 und 5 BVG (vgl [BSGE 78, 59, 61 = SozR 3-3100 § 18 Nr 3](#)). Nach Art 2 Abs 1 Buchst a ZustimmungsG ruht abweichend von [§ 16 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) der Anspruch auf Leistungen für Versicherte nicht, die sich in der Schweiz aufhalten, unter den im 2. Zusatzabkommen einschließlich der Zusatzvereinbarung bezeichneten Voraussetzungen und in dem dort bezeichneten Umfang. In den durch Buchst a nicht erfassten Fällen ist die Leistungsgewährung an die Versicherten, die sich - wie der Kläger - zur medizinischen Versorgung in die Schweiz begeben, davon abhängig, dass die Krankenkasse dieser Maßnahme vorher zugestimmt hat (Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b ZustimmungsG). Die Zustimmung kann auch nachträglich erteilt werden, wenn sie aus entschuldigen Gründen vorher nicht eingeholt werden konnte (Art 2 Abs 1 Satz 2 ZustimmungsG). Damit ist für die hier streitige Transplantation eine Leistungsgewährung nicht generell ausgeschlossen, sondern nur an eine Zustimmung gebunden, die nach der Systematik des § 18c Abs 1 BVG dem Beklagten obliegt. Entsprechendes gilt für die Entscheidung über den vom Kläger jetzt geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch.

Zwar lassen sich weder dem ZustimmungsG noch dem 2. Zusatzabkommen Kriterien für die erforderliche Zustimmung entnehmen. Die Versicherten, die sich nur zur Behandlung in die Schweiz begeben, werden vom 2. Zusatzabkommen selbst nicht erfasst. Erst durch Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b ZustimmungsG werden sie in den Kreis der Begünstigten, für die [§ 16 Abs 1 Nr 1 SGB V](#) nicht gilt, einbezogen, ohne dass die danach vorgesehene Zustimmung an weitere Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft ist. Immerhin lässt der enge Zusammenhang mit dem 2. Zusatzabkommen darauf schließen, dass die Leistungsgewährung in den Fällen des Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b ZustimmungsG jedenfalls nicht von der Erfüllung der strengen Anforderungen des [§ 18 SGB V](#) abhängig ist. Dieses verdeutlicht auch die Wortwahl des Gesetzgebers. Die Formulierung des Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b ZustimmungsG nimmt den Wortlaut des [§ 18 Abs 3 Satz 3 SGB V](#) auf und normiert ausdrücklich eine Ausnahme von dem Verbot der Kostenübernahme für Versicherte, die sich zur Behandlung ins Ausland begeben. Der Gesetzgeber war sich auch durchaus bewusst, dass nach dem Grundkonzept des SGB V die deutsche Krankenversicherung nur in Ausnahmefällen für die medizinische Behandlung im Ausland aufkommen soll. In der Denkschrift zum Abkommen kommt zum Ausdruck, dass in Kenntnis der geltenden krankenversicherungsrechtlichen Regelungen (am 1. Januar 1989 trat das Gesundheitsreformgesetz in Kraft) eine Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises bezweckt war ([BT-Drucks 11/4579, S 17](#)). Andererseits folgt aus dem Erfordernis einer Zustimmung des jeweiligen Leistungsträgers, dass - im Gegensatz zu der vom LSG vertretenen Auffassung - bei einem Aufenthalt in der Schweiz eine systematische Möglichkeit der Inanspruchnahme von Leistungen, verbunden mit einem generellen Leistungs- oder Kostenerstattungsanspruch, aus dem Abkommen nicht herzuleiten ist. Dem Leistungsträger kommt mithin bei der Erteilung der Zustimmung ein Entschließungs- und Auswahlmessen zu; er hat dieses dem Zweck der Ermächtigung entsprechend innerhalb der gesetzlichen Grenzen auszufüllen ([§ 39](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I)). Mithin kann die Zustimmung zu einer Behandlung in der

Schweiz dann erteilt werden, wenn diese zur medizinischen Versorgung der jeweiligen Erkrankung geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Sie darf nur aus sachgerechten Gründen versagt werden.

(2) Ebenso wie im Krankenversicherungsrecht gilt im Rahmen des BVG, dass Leistungen für eine Behandlung im Ausland, die im Inland aus rechtlichen oder ethisch-moralischen Erwägungen verboten sind, nicht erbracht werden dürfen (vgl BSG [SozR 3-2500 § 18 Nr 2](#) S 5 ff - Nierentransplantation in Bombay/Indien im Jahre 1992 iVm der Spende eines dort lebenden Spenders; Hauck/Noftz, SGB V, § 18 RdNr 15; vgl auch BSG in [BSGE 89, 34](#), 37 = [SozR 3-2500 § 18 Nr 8](#)). Wäre mithin eine Überkreuztransplantation, wie die hier durchgeführte, in Deutschland nach [§ 17 TPG](#) verboten oder nach [§ 8 TPG](#) unzulässig, so bestünde für den Kläger kein Kostenerstattungsanspruch. Das Vorliegen eines derartigen Versagungsgrundes vermag der erkennende Senat nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht festzustellen.

(a) Die [§§ 17](#) und [18 TPG](#) beinhalten zwar keine Legaldefinition des Tatbestandsmerkmals "Handeltreiben". Den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren ist jedoch eine Entlehnung des Begriffs aus dem Bundesbetäubungsmittelrecht zu entnehmen (vgl [BT-Drucks 13/4355, S 29](#) f zu § 16 Abs 1 Satz 1 und Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, § 17 RdNr 4 mwN). Danach ist unter Handeltreiben jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit zu verstehen, selbst wenn es sich nur um eine einmalige oder vermittelnde Tätigkeit handelt, die zudem grundsätzlich auch Tausch- und sogar Schenkungsgeschäfte beinhalten kann (vgl Sengler in Kirste, Nieren-Lebendspende, 2000, S 112 mwN). Weder ist die Zuwendung eines Geldbetrages noch der Zufluss der Gegenleistung an den Handeltreibenden erforderlich (Schroth, MedR 1999, 67). Kennzeichnend für den im Betäubungsmittelrecht weit auszulegenden Begriff des Handeltreibens ist das eigennützige Verhalten des Täters (vgl dazu ausführlich, König, Strafbarer Organhandel, 1999, S 154 ff), wobei der Eigennutz auch in einer rein immateriellen Besserstellung bestehen kann (vgl Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, § 17 RdNr 5). Die Überkreuzspende, selbst unter Ehepaaren, könnte als Handeltreiben in diesem Sinne angesehen werden; es handelt sich hier um zwei Paare mit jeweils einem transplantationsbedürftigen Partner, für den der eigene Angehörige aus medizinischen Gründen nicht als Organspender in Betracht kommt; dieser kann aber dem erkrankten Partner des anderen Paares ein Organ spenden; dafür erhält der eigene Partner ein Organ von dem gesunden Partner des anderen Paares (vgl hierzu auch König, Strafbarer Organhandel, 1999, S 176). Trotzdem vermag der Senat - mit dem LSG - bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden kein verbotenes "Handeltreiben" zu erkennen (vgl dazu Schroth, JZ 1997, 1149 ff; Schroth in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2000, S 245 ff).

Das in der wechselseitigen Organspende bei in einer Überkreuzkonstellation unter Ehepaaren liegende mittelbare Tauschgeschäft erfüllt jedenfalls nicht bereits den Tatbestand des Organhandels iS der Vorschriften des TPG (König in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2000, S 265 ff, 277; differenzierend König, Strafbarer Organhandel, 1999, S 175 ff; Sengler in Kirste, Nieren-Lebendspende, 2000, S 113; Seidenath, MedR 1998, 253, 256; vgl auch Sengler, Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit vom 17. Juli 2000 Az 312-40941 1 II, Bl 9). Eine uneingeschränkte Übernahme des weiten Begriffs des Handeltreibens aus dem Betäubungsmittelrecht in das TPG verbietet sich schon deshalb, weil beide Rechtsgebiete wenig Berührungspunkte miteinander haben; könnten doch die "Handelsobjekte" kaum unterschiedlicher sein: Dort ein Gift, das Leben zerstört, und hier ein Organ, das Leben retten kann. Auch die gesetzgeberische Begründung zum TPG erfordert kein weites Begriffsverständnis; sie ist eher widersprüchlich (vgl Paul, MedR 1999, 214). Durch die Strafvorschrift des [§ 18 TPG](#) (§ 16 des Gesetzesentwurfs, [BT-Drucks 13/4355, S 29](#)) wollte der Gesetzgeber den kommerzialisierten Organhandel ausschließen; er wollte den gewinnorientierten Umgang mit menschlichen Organen verbieten und Anreize für einen Lebendspender beseitigen, seine Gesundheit um wirtschaftlicher Vorteile willen zu beeinträchtigen. Im Gegensatz zu dieser Zielrichtung steht die gewollte Anknüpfung des Begriffs "Handeltreiben" an das Betäubungsmittelrecht; sie würde es geradezu gebieten, weit über die Grenzen des kommerziellen Bereichs hinaus verbotenen Organhandel anzunehmen. Da es sachgerecht erscheint, sich an dem eigentlichen Regelungszweck zu orientieren, muss der Anwendungsbereich des Begriffs "Handeltreiben" in [§ 17 TPG](#) entsprechend eingeschränkt werden (teleologische Reduktion, vgl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl, S 391).

Danach ist nur ein Handeltreiben zu erfassen, das die Gefahr der Ausbeutung - im weitesten Sinne - in sich trägt. Reduziert man den Begriff des "Handeltreibens" in [§ 17 TPG](#) in diesem Sinne, so stellt die Überkreuzspende zwischen zwei Ehepaaren nicht von vornherein verbotenen Organhandel dar. Dieses gilt um so mehr, als der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass Ehepartner sich gegenseitig freiwillig durch eine Organspende helfen dürfen. Diese Hilfemöglichkeit allein wegen der Einbeziehung eines weiteren Ehepartners durch das strafbewehrte Organhandelsverbot generell auszuschließen, ist gemessen an dem gesetzgeberischen Ziel nicht erforderlich. Dem Einwand, dass auch hier wirtschaftliche Überlegungen im Hintergrund vorhanden sein könnten, ist der Gesetzgeber - im Übrigen für alle Fälle der Lebendspende - selbst begegnet, in dem er die Prüfung, ob Anhaltspunkte für eine fehlende Freiwilligkeit der Organspende oder für verbotenen Organhandel vorhanden sind, nach [§ 8 Abs 3 Satz 2 TPG](#) in die Hand einer Ethikkommission gelegt hat (s König, Strafbarer Organhandel, 1999, S 175, 176). Nach den Tatsachenfeststellungen des LSG, an die der Senat gebunden ist, sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für einen verbotenen Organhandel im oben umschriebenen Sinne ersichtlich.

(b) Dem Kostenerstattungsanspruch des Klägers steht auch nicht [§ 8 Abs 3 Satz 2 TPG](#) entgegen. Danach ist die Lebendspende ua nur zulässig, wenn zuvor eine nach Landesrecht zuständige Ethikkommission eine gutachtliche Stellungnahme dazu abgegeben hat, ob begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig oder das Organ Gegenstand verbotenen Handeltreibens iS von [§ 17 TPG](#) ist. Diese Regelung ist jedoch erst nach der Operation des Klägers am 1. Dezember 1999 in Kraft getreten ([§ 26 Abs 1 Satz 2 TPG](#)). Dementsprechend erfolgte die Umsetzung der Rahmenvorschrift des [§ 8 Abs 3 Satz 3 TPG](#) in den Ländern - die Einrichtung der Ethikkommissionen ist Ländersache ([§ 8 Abs 3 Satz 4 TPG](#)) - erst ab Dezember 1999. Insofern konnte hier [§ 8 Abs 3 Satz 2 f TPG](#) nicht verletzt werden. Zwar gab es in einzelnen Ländern bereits vor dem Inkrafttreten des TPG Kommissionen - im Regelfall angesiedelt bei den Transplantationszentren -, die eine Begutachtung vor der Transplantation durchführten, und landesrechtliche Regelungen, die die Einschaltung der Kommission vor der Operation vorsahen. Die Nichtbeteiligung einer solchen Kommission wäre jedoch allenfalls dann von Belang, wenn der Kläger zur Umgehung einer entsprechenden Überprüfung ins Ausland ausgewichen wäre. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Maßgebend für die Wahl des Operationsorts waren neben medizinischen Gegebenheiten (technische und personelle Kapazitäten) offenbar in erster Linie rechtliche Vorbehalte der deutschen Transplantationszentren hinsichtlich einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Überkreuz-Lebendspenden zwischen Ehepaaren.

(c) Der Beklagte hat die Ablehnung einer Leistungsgewährung entscheidend auf das Fehlen der Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) gestützt. Nach dieser Bestimmung ist die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen. Damit wird die Zulässigkeit der Entnahme einer Niere von dem Bestehen einer engen

Beziehung zwischen Spender und Empfänger abhängig gemacht. Der Art nach lassen sich insoweit zwei Gruppen von Beziehungen unterscheiden: Gesetzlich vorgeprägte, regelmäßig leicht nachweisbare (Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten und Verlobte) und - quasi als Auffangtatbestand - sonstige, formlose persönliche Verbindungen.

In die erste Gruppe gehört die vorliegende Fallkonstellation nicht. Bei einer Überkreuzspende unter Ehepaaren handelt es sich iS des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) nicht um eine Organspende des einen Ehepartners an den anderen. Es reicht nicht, dass die Spende des einen Partners die Organspende an den anderen ermöglicht (aA wohl Koch, Zentralblatt für Chirurgie 124 (1999) 8, 718 ff, 721; Edelmann, VersR 1999, 1065, 1067; Seidenath MedR 1998, 253, 256). Hintergrund der Vorstellung einer mittelbaren Spende für den Ehegatten ist die Annahme, dass die Spende für den erkrankten Partner des anderen Ehepaares letztendlich eine Spende für den eigenen Ehepartner ist, weil nur auf diesem Wege das medizinische Hindernis für eine direkte Organspende überwunden werden kann. Der Organspender bleibe bei dieser Handlung mit seiner Nächstenliebe primär auf den eigenen Partner ausgerichtet, dem er sich verantwortlich fühle. Das Moment des "Organtausches" würde in dessen subjektivem Empfinden dagegen ganz zurücktreten. Eine solche weite Auslegung missachtet den Wortlaut der Norm. Die Organübertragung auf den eigenen Ehegatten erfolgt bei der Überkreuzspende nämlich allenfalls im Wege der Projektion. Nach [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) kommt es jedoch darauf an, ob das konkret entnommene Organ auf eine Person übertragen wird, die zu dem Spender in einer bestimmten Beziehung steht. Zudem verlässt die erweiternde Auslegung den systematischen Zusammenhang der Vorschrift. Die Zulässigkeit einer Spende durch eine Person, die zum Empfänger nicht in einer Beziehung im Sinne der ersten Gruppe steht, regelt das Gesetz ausdrücklich. [§ 8 Abs 1 Satz 2](#) letzte Alternative TPG verlangt dann ein in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundiges Nahestehen des Spenders zu dem Empfänger des Organs. Die besondere persönliche Verbundenheit zum eigenen Partner allein genügt nicht (s auch Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl [§ 8 TPG](#) RdNr 20, 21; Holznapel, DVBl 2001, S 1629 ff, 1633, 1634; Sengler in Kirste, Nieren-Lebendspende, S 100 ff, 108, 109).

Entscheidend ist damit, unter welchen Voraussetzungen bei einer Überkreuzspende unter Ehepaaren im Verhältnis zwischen dem jeweiligen Spender und dem Empfänger ein in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundiges Nahestehen bejaht werden kann. Es handelt sich dabei um einen weitgehend unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Konkretisierung bedarf.

Zunächst lässt sich allgemein feststellen, dass eine Beziehung zwischen Spender und Empfänger vorliegen muss, die über ein bloßes "Kennen" hinausgeht. Es müssen persönliche Elemente, im Gegensatz zu rein ökonomischen, in der Beziehung enthalten sein, die eine Verbundenheit geschaffen haben. Weiter kann aus der Aufzählung in [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) geschlossen werden, dass die in der letzten Alternative angesprochene persönliche Verbundenheit ihrer Art nach den konkret benannten Beziehungen (Verwandtschaft ersten und zweiten Grades, Ehe, Verlöbnis) in etwa entsprechen sollte. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die erste Gruppe der Beziehungen nicht homogen ist. So gibt es, was die Intensität der Verbundenheit anbelangt, zB zwischen einer Verwandtschaft zweiten Grades und einer Ehe erhebliche Unterschiede. Dementsprechend erscheint es nicht sachgerecht, für die letzte Alternative eine gemeinsame Lebensplanung zu verlangen, wie sie in erster Linie bei Ehegatten üblich ist. Sicher ist eine gemeinsame Lebensplanung ein Indiz für das Bestehen einer besonderen persönlichen Verbundenheit (vgl [BT-Drucks 13/4355 S 20](#) f), andererseits handelt es sich nicht um ein Kriterium, an dessen Fehlen die Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) scheitern müssten. Indem das LSG das Merkmal einer besonderen persönlichen Verbundenheit letztlich deswegen verneint hat, weil sich zwischen dem Nierenspender B. und dem Kläger keine gemeinsame Lebensplanung feststellen lasse, hat es ein zu enges Begriffsverständnis zu Grunde gelegt.

Ziel der Regelung des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) ist es, der Gefahr des Organhandels zu begegnen. Zudem soll die Freiwilligkeit der Organspende sichergestellt werden. Der Spender und seine Gesundheit sollen vor einer vorschnellen und ggf unter Druck getroffenen Entscheidung geschützt werden, die bei eventuellen Komplikationen bereut werden könnte (Holznapel, DVBl 2001, 1629, 1633; s auch Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl [§ 8 TPG](#) RdNr 16; Seidenath, MedR 1998, 253, 255). Um dieses zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber den Kreis der für einen konkreten Kranken in Betracht kommenden Lebendspender eingeschränkt ([BT-Drucks 13/4355, S 20](#)). Dahinter steht die Vorstellung - die sich im Übrigen bereits in der Zusammensetzung der als Spender in Betracht kommenden Personengruppen der Alt 1 - 3 des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) widerspiegelt -, der Entschluss zur Organspende werde am ehesten dann ohne äußeren Zwang und vor allem frei von finanziellen Erwägungen getroffen, wenn eine enge zwischenmenschliche Beziehung zwischen dem Spender und dem Empfänger vorhanden ist (vgl hierzu auch Holznapel, DVBl 2001, 1629, 1634; kritisch Schroth in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2000, S 245 ff, 257 ff; König in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2000, S 265 ff, 275). Ein Ringtausch von Organen soll unterbleiben, in Anbetracht der dann fehlenden Übersichtlichkeit und der daraus folgenden Unsicherheit bei der Beurteilung der Gegebenheiten. Das Hilfegeschehen soll unmittelbar und transparent sein.

Soll die Anwendung des Begriffs "sich in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig Nahestehen" dieser gesetzlichen Zielsetzung entsprechen, so ist die konkrete Beziehung zwischen Spender und Empfänger des Organs daraufhin zu überprüfen, ob diese hinreichend intensiv und gefestigt ist, um die Gefahr von Organhandel, Unfreiwilligkeit und zwischenmenschlichen Problemen im Falle von Komplikationen zu minimieren. Die besondere persönliche Verbundenheit muss gerade im Hinblick auf die beabsichtigte Transplantation als tragfähig angesehen werden können. Dabei ist zwar die bis zur Operation zurückgelegte Dauer der Beziehung von Bedeutung (vgl dazu [BT-Drucks 13/4355, S 20](#) f), jedoch kein allgemein entscheidendes Kriterium. Dies gilt insbesondere für die hier streitige Überkreuzspende zwischen Ehepaaren.

Die Besonderheiten einer solchen Überkreuzspende wurden - soweit ersichtlich - nicht in die parlamentarischen Beratungen einbezogen und sind dementsprechend auch nicht in der einschlägigen Regelung berücksichtigt worden. Hier werden Spender und Empfänger sich im Regelfall - wegen der Unwahrscheinlichkeit einer kompatiblen Überkreuzkonstellation - erst im Zusammenhang mit den Spenden kennen lernen und zum Zeitpunkt der Operation noch nicht so lange miteinander in Verbindung stehen wie üblicherweise die Personen der anderen Alternativen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#). Dadurch könnte sich der Charakter einer Zweckgemeinschaft mit dem Ziel des Organtausches offenbaren, der den Übergang zum Organringtausch und weiter zur ausdrücklich nicht zulässigen Organspende unter Fremden bis hin zum Organhandel verwischt (vgl Eibach, Zeitschrift für medizinische Ethik 45 (1999), S 217, 230). Dagegen spricht jedoch, dass keine Gesichtspunkte ersichtlich sind, die Zweifel an der geforderten Transparenz aufkommen lassen könnten. Der Austausch von Organen unter zwei Ehepaaren ist auf vier Menschen beschränkt, wobei zudem zumindest die jeweiligen Ehegatten eine enge Verbindung zueinander haben. Die Möglichkeit des Versprechens zusätzlicher Geldleistungen für die Organspende ist zwar grundsätzlich auch bei einer Überkreuzspende unter Ehepaaren nicht auszuschließen. Diese Gefahr ist indessen nicht größer, als bei einer sonstigen Lebendspende (vgl [BSGE 79, 53](#) - 57 = [SozR 3-2500 § 27 Nr 7](#) zu dem Fall der Lebendspende des Bruders, der eine Summe von 55.000,00 DM für erlittene

Nachteile erhalten hat). Gleiches gilt für das Versprechen immaterieller Vorteile oder die Ausübung psychischen Drucks auf den Spender. Insoweit unterscheidet sich die Lebenssituation der überkreuzspendebedürftigen und -willigen Ehepaare nicht von derjenigen der anderen in [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) aufgeführten Personengruppen.

Andererseits kann speziell bei Ehepaaren in der Überkreuzkonstellation aus der eigenen Erfahrung mit der Krankheit und ihren Folgen auf einen gewissen Gleichklang der Lebensverhältnisse geschlossen werden. Die sich hieraus ergebende Verbindung wird dadurch im Regelfall einen starken personal-emotionalen Bezug haben, wie ihn [§ 8 Abs 1 Satz 2](#) letzte Alt TPG voraussetzt. Allerdings würde es zu weit gehen, aus diesen Gegebenheiten den Schluss zu ziehen, die durch die Spende begründete Beziehung zu dem jeweiligen Partner des anderen Paares sei in der rechtlichen Wertung von vornherein der besonderen persönlichen Verbundenheit zum eigenen Partner gleichzustellen (vgl Dufkova, MedR 2000, 408, 410). Ebenso wenig kann die besondere persönliche Verbundenheit bei einer Überkreuzspende unter Ehepaaren allein aus der Schicksalsgemeinschaft oder dem Gleichklang der Lebensverhältnisse hergeleitet werden. Es bedarf vielmehr einer Prüfung der Umstände des Einzelfalls (Rittner/Besold/Wandel, MedR 2001, 118, 122; König, Strafbarer Organhandel, 1999, S 175, 231, 232; Höfling, Kommentar zum TPG, 2003, § 8 RdNr 74; aA Schroth, MedR 1999, 67, 68, der die Norm für verfassungswidrig hält), bei der die Überkreuzkonstellation von Ehepaaren allerdings ein wichtiges Merkmal darstellt.

Eine Bejahung der Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil sich der Kläger und der Organspender erst auf der Suche nach einem für eine Überkreuzspende geeigneten Ehepaar kennen gelernt haben; ebenso wenig spricht allein die relativ kurze Dauer der Beziehung gegen das Vorliegen einer besonderen persönlichen Verbundenheit zwischen beiden (vgl dazu Seidenath, MedR 1998, 253, 255, 256; Sengler in Kirste, Nieren-Lebenspende, 2000, S 100 ff, 109 mwN; Koch, Zentralbl Chir 124 (1999) 8, 718, 720; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl § 8 RdNr 17). Nicht ausreichend ist jedoch, wenn sich der persönliche Kontakt zwischen den Partnern der Lebenspende einzig auf den Zweck der Durchführung der Organspende beschränkt; dieses käme der Situation des Ringtausches oder der anonymen Spende zu nahe (vgl Höfling, Kommentar zum TPG, 2003, § 8 RdNr 85 - der für den Regelfall eine offenkundige persönliche Verbundenheit in der Überkreuzkonstellation verneint, weil diese auf einen Ringtausch hinauslaufe). Der Gesetzgeber geht, wie sich aus dem interfraktionellen Entwurf ([BT-Drucks 13/4355, S 20](#)) entnehmen lässt, für den Regelfall davon aus, dass zwischen Spender und Empfänger "häufige enge persönliche Kontakte über einen längeren Zeitraum" sowie eine "über einen längeren Zeitraum" gewachsene "Bindung" vorhanden sind. Andererseits verhalten sich weder Anlass des Kennenlernens, noch Dauer des Kennens immer proportional zur Intensität einer menschlichen Beziehung (vgl Koch, Zentralbl Chir 124 (1999) 8, 718, 720; Rittner/Besold/Wandel, MedR 2001, 118, 122; Sengler in Kirste, Nieren-Lebenspende, 2000, S 100 ff, 109, 110). Dementsprechend wird im interfraktionellen Gesetzentwurf zur Umschreibung der Intensität der Beziehung zwar eine gemeinsamen Lebensplanung mit innerer Bindung angesprochen; aber nur als Regelbeispiel für die Grundlagen einer engen Beziehung und um diese zugleich plakativ gegenüber der ökonomisch motivierten Zweckwohngemeinschaft abzugrenzen. Es sollte sichergestellt werden, dass die Motivation des Spenders in einem aus der persönlichen Verbundenheit erwachsenden, innerlich akzeptierten Gefühl der "sittlichen Pflicht" liegt ([BT-Drucks 13/4355, S 21](#)).

Bei einer Überkreuzkonstellation unter Ehepaaren garantiert die Motivation zur Spende, nämlich letztlich dem eigenen Partner zu helfen, regelmäßig die innerliche Akzeptanz. Im Hinblick auf die möglichen psychischen Folgen bei Komplikationen im Heilungsverlauf sowohl des Spenders als auch dessen Partners ist jedoch zu fordern, dass die persönliche Verbindung zwischen den Ehepaaren so stark ist, dass ihr Fortbestehen über die Operation hinaus erwartet werden kann. Notwendig ist eine Beziehung, die aus Sicht der Beteiligten grundsätzlich auf eine unbefristete Dauer angelegt ist (Sengler in Kirste, Nieren-Lebenspende, 2000, S 100 ff, 110, 111; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl § 8 RdNr 17, 23; so auch die Bundesregierung (Parlamentarische Staatssekretärin Christa Nickels) in ihrer Antwort auf die Fragen der Abgeordneten Christa Reichard vom 23. April 1999, [BT-Drucks 14/868, S 20, 22](#)).

Insgesamt gesehen reichen die bisherigen Feststellungen des LSG nicht aus, um feststellen zu können, ob sich in der Zeit vom ersten Kontakt im Dezember 1998 bis zur Transplantation im Mai 1999 - bezogen auf den Schutzzweck des [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) - eine hinreichend intensive und gefestigte Beziehung zwischen den beiden Ehepaaren, insbesondere zwischen dem Kläger und "seinem" Spender B. entwickelt hat. Das LSG kommt in seiner Entscheidung zu der Wertung, dass zwischen den Eheleuten im konkreten Fall ein gewisses Näheverhältnis in einer gegenseitigen Verbundenheit bestand. Es hat dieses ua aus der längeren Unterhaltung der beteiligten Personen am 16. Dezember 1998 in Basel sowie aus Schilderungen von Telefongesprächen zwischen den Ehepaaren und einem vorgelegten Briefwechsel geschlossen. Soweit vom LSG dabei eine eigennützige Zielsetzung - gerichtet auf das Gelingen der Operation - festgestellt worden ist, steht diese ebenso wenig, wie die Antwort der Ehefrau des Klägers, dass sie sich nicht auf eine Vorabspende an Frau B. eingelassen hätte, einer besonderen persönlichen Verbundenheit entgegen. Abgesehen davon, dass es hier entscheidend auf das Verhältnis zwischen dem Kläger und Herrn B. ankommt, schließt beides eine intensive und gefestigte Beziehung, auch im Sinne einer Perspektive für eine weitere besondere persönliche Verbundenheit nicht denkbare aus; vielmehr ist davon auszugehen, dass auch eine enge persönliche Beziehung immer ein Element des Eigennutzes enthält, indem aus ihr von beiden beteiligten Seiten ein persönlicher, insbesondere emotionaler, Gewinn gezogen werden kann. Entsprechendes gilt für die von beiden Ehepaaren unterzeichnete Verzichtserklärung. Auch diese beinhaltet einerseits eigennützige Elemente, nämlich den Schutz vor Forderungen im Falle des Fehlschlagens der jeweiligen Transplantation oder des Auftretens von Komplikationen. Zugleich ist sie jedoch auch Indiz dafür, dass entsprechend der gesetzgeberischen Intention hier verbotener Organhandel auszuschließen ist, aus den wechselseitigen Spenden also keine darüber hinausgehenden Vorteile gezogen werden sollten.

Eine weitere Sachverhaltsaufklärung ist nicht etwa deshalb entbehrlich, weil es - wie das LSG angenommen hat - jedenfalls an der Offenkundigkeit einer besonderen persönlichen Verbundenheit mangelte. Nach [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) ist die Lebenspende nur dann zulässig, wenn das sich persönlich Nahestehen auch offenkundig ist. Dieses bedeutet, dass die besondere Verbundenheit bei näherer Betrachtung zweifelsfrei feststehen muss. Im Gegensatz zu der von dem LSG vertretenen Auffassung beinhaltet das Merkmal der Offenkundigkeit jedoch nicht, dass dies ohne weiteres für jeden ersichtlich oder erkennbar sein muss, sich also entsprechende Erkundigungen und Ermittlungen geradezu verbieten (vgl Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl § 8 RdNr 24; Sengler in Kirste, Nieren-Lebenspende, 2000, S 100 ff, 106). Abgesehen davon, dass die vom LSG vertretene enge Auffassung der Lebenswirklichkeit nur teilweise gerecht wird, führt sie zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift, die deren Sinn und Zweck nicht entspricht. Besondere persönliche Verbundenheit als Garant der Freiwilligkeit und Uneigennützigkeit der Spenderentscheidung außerhalb enger Verwandtschaft, Ehe oder Verlobnis geht nicht zwangsläufig mit einer plakativen Außenwirkung einher, sodass sie ohne nähere Betrachtung jedem einleuchtet oder für jeden ersichtlich oder erkennbar ist (Sengler in Kirste, Nieren-Lebenspende, 2000, S 100 ff, 106; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, 2001, Erl § 8 RdNr 24; Koch, Zentralbl Chir 124 (1999) 8, 718, 720; Rittner/Besold/Wandel, MedR 2001, 118, 122). Zentrales Merkmal ist hier die innere Verbundenheit und nicht deren "Vermarktung" anderen gegenüber (vgl Schreiber, in Deutscher

Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Ausschuss-Drs 603/13, S 17, 20). Hiervon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er darauf hinweist, das nach außen sichtbare Kriterium des Zusammenlebens sei keine verlässliche Größe, um daraus eine persönliche Bindung zwischen zwei Menschen ableiten zu können.

Freiwilligkeit als Ausdruck des Respekts vor der Autonomie der Entscheidung des Spenders und dessen Schutz vor Schäden durch Fremdbestimmung können nicht ausschließlich durch äußere Umstände gewährleistet werden, sondern bedürfen der Feststellung der inneren Bindung sowie der Reife der Entscheidung (Frage der authentischen und stimmigen Entscheidung, Reiter-Theil, Zeitschrift für medizinische Ethik 45 (1999), 139, 146, 147; vgl auch Reiter-Theil in Dierks, ua, Die Allokation von Spenderorganen, 1999, S 23 ff; Schroth in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2000, S 245 ff, 258). Diese Merkmale müssen für den Arzt, der an dem Prozess der Entscheidung bis zur Transplantation beteiligt ist, im beruflichen Kontakt eindeutig erkennbar sein (s auch Schroth JZ 1997, 1149, 1153 und derselbe in Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht 2000, S 263: "für den Arzt erkennbar"; so wohl auch Höfling, Kommentar zum TPG, 2003, § 8 RdNr 80), zumal er bei einem Verstoß gegen [§ 8 Abs 1 Satz 2 TPG](#) mit strafrechtlicher Verfolgung zu rechnen hat ([§ 19 Abs 2 TPG](#)).

Zu den diesbezüglichen Beobachtungen der behandelnden Ärzte, ggf auch der beteiligten Psychologen, und deren Schlussfolgerungen hat das LSG auf Grund seiner anderen Rechtsauffassung keine Feststellungen getroffen. Dieses wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachzuholen haben, etwa durch Beiziehung der einschlägigen Unterlagen des Kantonsspitals in Basel. Dabei ist von besonderer Bedeutung, wie sich das Verhältnis zwischen den Ehepaaren aus der Sicht der beteiligten Ärzte/Psychologen dargestellt hat.

Ferner wird das LSG festzustellen haben, ob die weiteren Voraussetzungen des [§ 8 Abs 1 und 2 TPG](#) hinsichtlich der Aufklärung und Einwilligung des Organspenders vorliegen - unter Berücksichtigung dessen, dass die Transplantation in der Schweiz nach den dortigen Standards durchgeführt worden ist (vgl Medizinisch-ethische Richtlinien für die Organtransplantation der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 8. Juni 1995). Sollte sich im Berufungsverfahren ergeben, dass der Spender dem Kläger offenkundig persönlich besonders verbunden gewesen ist und sind auch die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Transplantation erfüllt, liegt es nahe, hinsichtlich des Entschließungsermessens des Beklagten nach Art 2 Abs 1 Satz 1 Buchst b Zustimmungsg eine Ermessensreduktion auf Null anzunehmen. Vor dem Hintergrund der Pflicht zur pflichtgemäßen Ermessensausübung (vgl [§ 39 Abs 1 SGB I](#)) dürfte lediglich die Wahl der offenbar einzigen Alternative - Transplantation im Kantonsspital Basel - rechtmäßig sein (vgl BSGE 30, 144, 150 = SozR Nr 1 zu § 185 RVO; KassKomm/Seewald, Stand: September 2003, [§ 38 SGB I](#) RdNr 3).

Auch hinsichtlich der Höhe der zu erstattenden Kosten (Auswahlmessen) sind Handlungsalternativen kaum denkbar (vgl zum Umfang der Krankenhilfe bei Organübertragungen: [BSGE 35, 102](#), 103 = SozR Nr 54 zu § 182 RVO; [BSGE 79, 53](#) ff = [SozR 3-2500 § 27 Nr 7](#)). Allerdings wird das LSG zuvor den genauen Umfang der Heilbehandlungsmaßnahme in der Schweiz und die sich daraus ergebenden Kosten festzustellen haben. Alsdann ist Art 2 Abs 2 Zustimmungsg zu beachten. Danach erstattet im Falle des Art 2 Abs 1 Zustimmungsg die Krankenkasse - hier die für die Leistungserbringung zuständige Beigeladene zu 1) - die Kosten der Inanspruchnahme der Leistungen in Höhe der im 2. Zusatzabkommen bezeichneten schweizerischen Sätze, abzüglich der bei Anwendung der schweizerischen Rechtsvorschriften in Betracht kommenden Kostenbeteiligung, höchstens jedoch in Höhe vergleichbarer deutscher Sätze, ohne dass [§ 13 SGB V](#) anzuwenden ist. Sofern dann ein nicht von der Beigeladenen zu 1) zu erstattender Betrag verbleiben sollte, wird dessen ins Ermessen gestellte Übernahme - Kostenübernahme im angemessenen Umfang, sofern die Leistung ausschließlich medizinisch indiziert ist (vgl [SozR 3100 § 18c Nr 17](#), S 37; [BSGE 86, 253](#), 256, 257 = [SozR 3-3100 § 18 Nr 5](#)) - durch den Beklagten nach § 18c Abs 1 Satz 2 iVm § 18 Abs 4 Sätze 1, 2 BVG und entsprechender Anwendung von § 18 Abs 8 BVG zu prüfen sein.

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2004-03-19