

Frau
RA lic. iur. Verena Bräm
Mönchhofstr. 5
8802 Kilchberg

Zürich, 6. November 2008/cp

Kurzgutachten

verfasst von PD Dr. Ueli Kieser, Zürich

betreffend Fragen zum Transplantationsgesetz (TxG)

Inhaltsübersicht

1. Fragestellung
2. Rechtliche Grundlagen
3. Materielle Beurteilung
 - 3.1. Lebenslange Nachforschung des Gesundheitszustands des Spenders/
Berücksichtigung vor Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes
 - 3.2. Verpflichtung der Nachforschung bei Versicherungswechsel
 - 3.3. Vorgehen beim Tod des Empfängers
4. Ergebnisse

Anwaltskanzlei
Kieser Senn Partner
Ulrichstrasse 14
CH-8032 Zürich
Tel. 044 388 57 57
Fax 044 388 57 88
ukieser@kspartner.ch

Rechtsanwälte:

Susanne Friedauer
lic. iur.

Rudolf Gautschi
Fürsprecher

Kaspar Gehring
lic. iur.

Ueli Kieser
PD Dr. iur.

Thomas Laube
lic. iur.

Kaspar Saner
lic. iur.

Herbert Schober
Fürsprecher

Jürg Senn
lic. iur.

Jur. Mitarbeiterin:

Agnes Leu
Dr. iur.

Geschäftsführung:

Crista Ruedlinger
Eidg. dipl.
Versicherungs- und
Sozialversicherungs-
Expertin
Diplom KMU HSG

Eidg. dipl.
Versicherungs- bzw.
Sozialversicherungs-
Fachleute:

Ruth Fehr
Rolf Hofmann
Cécile Rizzotto

Kanzlei:

Helene Bossard
Ruth Fehr
Vreni Landis
Sonja Messerschmidt
Christine Portmann
Cécile Rizzotto

1. Fragestellung

Sie haben mir den Auftrag erteilt, zu drei Fragen im Bereich der Transplantationsmedizin ein Kurzgutachten zu erstellen. Das vorliegende Kurzgutachten umfasst die Beantwortung der nachstehenden Fragen:

- Gelten die Regelungen im Transplantationsgesetz und in der entsprechenden Verordnung betreffend Aufwandsersatz, insbesondere die lebenslange Nachverfolgung des Gesundheitszustandes, auch für Spenden vor dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007?
- Wer ist verpflichtet bei einem allfälligen Krankenkassenwechsel des Empfängers?
- Was geschieht nach dem Tod des Empfängers?

2. Rechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtliche Grundlage in Bezug auf die Transplantationsmedizin findet sich in Art. 119a der Bundesverfassung. Der Bund verfügt seit Annahme des Verfassungsartikels im Februar 1999 über eine umfassende Kompetenz zur Regelung der Transplantationsmedizin in der Schweiz.

Auf Gesetzesebene wird die Frage der Kostenübernahme der lebenslangen Nachverfolgung in Art. 14 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, SR 810.21) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 lit. c und Art. 16 lit. e Ziff. 2 der Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung, SR 810.211) geregelt.

Ebenfalls einbezogen habe ich sodann die medizinisch-ethischen Richtlinien und Empfehlungen betreffend Lebendspende von soliden Organen der SAMW (in der Fassung vom 20. Mai 2008).

3. Materielle Beurteilung

3.1. Lebenslange Nachforschung des Gesundheitszustands des Spenders/ Berücksichtigung vor Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes

Bei der Lebendspende stellen sich besondere Fragen in Bezug auf den Aufwandsersatz und den Versicherungsschutz des Spenders. Der Versicherer, der ohne Lebendspende die Kosten für die Behandlung der Krankheit des Empfängers oder der Empfängerin zu tragen hätte, übernimmt u.a. die Kosten dieser Versicherung und zudem eine angemessene Entschädigung für den Erwerbsausfall oder anderen Aufwand, welcher der spendenden Person im Zusammenhang mit der Entnahme entsteht. Als anderer Aufwand, der zu ersetzen ist, gelten alle ausgewiesenen Kosten, die der Spenderin oder dem Spender in Zusammenhang mit der Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen entstehen, u.a. namentlich die Kosten der lebenslangen Nachverfolgung des Gesundheitszustands der Spenderin oder des Spenders. In diesem Zusammenhang wird die Bewilligung für eine Transplantation von Organen u.a. nur erteilt, wenn das Qualitätssicherungssystem zusätzlich die Nachverfolgung des Gesundheitszustands der Lebend-Spenderinnen und -Spender sicherstellt u.a. durch lebenslängliche Überprüfung des Gesundheitszustands in geeigneten Zeitabständen. Diese Regelungen in Gesetz (Art. 14 TxG) und Verordnung (Art. 12 TPV) bestehen seit Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007.

Der Themenkreis von lit. a umfasst die Frage, ob Art. 14 des Transplantationsgesetzes in Verbindung mit Art. 12 und 16 der Transplantationsverordnung ebenfalls anwendbar ist auf Spenden vor Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007.

Bis zum Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007 waren auf Bundesebene im Bereich der Transplantationsmedizin der Bundesbeschluss vom 22. März 1996 über die Kontrolle von Transplantaten und die dazu gehörende Verordnung vom 26. Juni 1996 über die Kontrolle von Transplantaten die gültigen Bestimmungen. In Art. 17 Abs. 2 lit. b des Bundesbeschlusses wird festgehalten, dass Ersatz geleistet werden kann für Aufwendungen, welche der spendenden Person un-

mittelbar entstehen. Die Nachverfolgung des Gesundheitszustandes wird nicht explizit aufgeführt, und in der Botschaft zum Bundesbeschluss zum 1. März 1995 lassen sich keine erläuternden Ausführungen zur Frage des Aufwändersatzes und insb. auch nicht zur Frage der Übernahme der Kosten zu lebenslangen Nachverfolgung finden. Es wird in Art. 1 (Zweckumschreibung) zwar grundsätzlich festgehalten, dass sich dieser Beschluss auf den Schutz des Empfängers und denjenigen des Spenders erstreckt. Weitere Ausführungen zum Aufwändersatz z.B. bei lebenslanger Nachverfolgung des Gesundheitszustands der Spenderin oder des Spenders analog den neuen Bestimmungen finden sich in der Botschaft vom 1. März 1995 aber nicht.

Um die von Ihnen gestellte Frage zu beantworten, ist vorerst zu klären, ob es sich bei der massgebenden Problematik um eine solche des Übergangsrechts handelt oder nicht. Keine übergangsrechtliche Problematik besteht dann, wenn das Transplantationsgesetz den massgebenden Sachverhalt direkt regelt; ist dies nicht der Fall, ist aber dann auf das Übergangsrecht abzustellen, um die Frage der Kostentragungspflicht zu beantworten.

Massgebender Sachverhalt bildet die Kostentragungspflicht, wie sie in Art. 14 TxG geregelt wird. Art. 14 TxG knüpft an die Entnahme des Organs an (vgl. Art. 14 Abs. 1 TxG). Insoweit ist aus meiner Sicht massgebend, in welchem Zeitpunkt die Organentnahme erfolgte. Soweit diese vor dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes erfolgte, ist davon auszugehen, dass es sich um einen grundsätzlich nicht durch das neue Gesetz erfassten Sachverhalt handelt. Dies wiederum führt mich zum Ergebnis, dass prinzipiell nicht eine direkte Regelung im Transplantationsgesetz besteht, sondern dass auf das Übergangsrecht abzustellen ist.

In übergangsrechtlicher Hinsicht ist nun allerdings bezogen auf bereits vorgenommene Organentnahmen und auf die allfällige Regelung des Aufwändersatzes nichts geordnet. Es kommt hinzu, dass auch im (vorstehend genannten) früheren Recht gemäss Bundesbeschluss nichts geregelt ist, was über die unmittelbar entstehenden Aufwendungen hinausgeht.

Diese Betrachtungsweise würde somit dazu führen, dass für bereits vorgenommene Organentnahmen (über die gemäss früherem Recht ohnehin zu übernehmenden

unmittelbaren Aufwendungen hinaus) keine Aufwände ersetzt würden. Es stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis zutreffend ist und mit dem gesetzgeberischen Willen in Übereinstimmung steht. Diesbezüglich ist aus den Materialien jedenfalls ersichtlich, dass mit der Neuregelung der Transplantation eine grundsätzliche, umfassende und dem Gerechtigkeitsziel verpflichtete Ordnung geschaffen werden sollte. In der bundesrätlichen Botschaft zum Aufwändersatz wird ausgeführt, dass es (generell) darum gehe, eine Regelung für die Übernahmen der Kosten zu finden (vgl. BBl 2002 147 f.). Auch hier wird zwar nicht explizit ausgeführt, dass bei bereits vorgenommenen Organentnahmen eine entsprechende Pflicht besteht. Sie kann jedoch nach meiner Auffassung dem gesetzgeberischen Ziel insgesamt entnommen werden; die vom Gesetzgeber angestrebte umfassende, neue und dem Gerechtigkeitsziel verpflichtete Ordnung legt den Schluss nahe, dass auch bei bereits vorgenommenen Organentnahmen ein Aufwändersatz nach Art. 14 TxG anzunehmen ist.

Diesem Schluss muss beigefügt werden, dass er sich nicht auf klare entsprechende rechtliche Grundlagen und Meinungsäußerungen abstützen lässt, sondern aus einer insbesondere dem Gesetzesziel verpflichteten Auslegung entnommen wird.

3.2. Verpflichtung der Nachforschung bei Versicherungswechsel

Grundsätzlich darf vorab festgehalten werden, dass Transplantationen von Organen nur in Transplantationszentren vorgenommen werden dürfen, die dafür über eine Bewilligung des Bundesamtes verfügen. Hier ist insb. festzuhalten, dass eine solche Bewilligung nur erteilt wird, wenn das Transplantationszentrum über ein geeignetes Qualitätssicherungssystem verfügt, das auch die Nachverfolgung des Gesundheitszustands der Lebend-Spenderinnen und Lebend-Spender sicherstellt. D.h. Transplantationszentren, die über eine solche Bewilligung zur Transplantation verfügen, werden von Gesetzes wegen in die Verantwortung genommen, für eine korrekte Nachversorgung der spendenden Person zu sorgen. Im Hinblick auf den Spitalaustritt nach der Transplantation muss die Ansprechperson im Transplantationszentrum sicherstellen, dass die Unterlagen bezüglich Nachverfolgung korrekt ausgefüllt wurden und der Spender bei auftretenden Problemen im Zusammenhang mit Aufwändersatz und Versicherungsschutz Hilfestellung bekommt. Diese Aufgabe wird demnach den Transplantationszentren gestützt auf die gesetzliche Grundlage in Art. 27

des Transplantationsgesetzes übertragen. Im Bericht der Nierennachsorge (Kontrolle und Intervention) haben die Transplantationszentren diese Aufgabe seit 1993 vollständig dem Lebend-Spender-Register "Swiss Organ Living Donor Health Registry" (SOL-DHR) übertragen. Seit Januar 2008 hat dieses Register auch die Nachsorge der Leber-Lebend-Spender übernommen. Die Lebend-Spenden von Niere und Leber wird demnach einheitlich anhand eines zentralen Registers vorgenommen.

Es ist demnach nicht relevant, ob der Empfänger bzw. die Empfängerin einer Organspende die Krankenversicherung wechselt, weil die Koordination der Nachsorge über das Transplantationszentrum bzw. über die Zentralen Register geregelt ist.

Damit ist freilich die Frage noch nicht beantwortet, welche Versicherung die Kosten zu tragen hat, wenn der Empfänger die Krankenversicherung gewechselt hat bzw. wechselt. Immerhin steht aber aufgrund der vorangehenden Überlegungen fest, dass der Wechsel an sich nicht zur Folge hat, dass der Aufwandsersatz dahinfällt.

Im Sozialversicherungsrecht gilt das Prinzip, dass bei einem Kassenwechsel diejenige Krankenversicherung verpflichtet ist, welche im aktuellen Zeitpunkt die Versicherungsdeckung übernimmt. Dies betrifft auch Krankheiten, welche bereits bestanden haben; es geht einzig um die Frage, welche Kasse in demjenigen Zeitpunkt die Versicherungsdeckung innehat, in welchem eine konkrete Behandlung vorgenommen werden muss (vgl. dazu Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel/Genf/ München 2007, N 161). Damit ergibt sich, dass bei einem Wechsel der Krankenversicherung ab dem Zeitpunkt des Wechsels die neue Krankenversicherung für diejenigen Leistungen zuständig wird, welche im Rahmen der Krankenversicherung zu tragen sind.

3.3. Vorgehen beim Tod des Empfängers

Die letzte Frage bezieht sich darauf, welche Versicherung nach dem Tod des Empfängers für die Kosten gemäss Art. 14 TxG aufzukommen hat. Die Besonderheit bei diesem Sachverhalt liegt darin, dass grundsätzlich die Leistungspflicht an die Versi-

cherungsdeckung des Empfängers geknüpft wird, dass es sich aber angesichts der besonderen Kostentragungspflicht ergeben kann, dass auch nach Wegfall dieser Verknüpfung noch weitere Kosten zu tragen sind. Art. 14 TxG regelt die Frage nicht ausdrücklich. Auch in der Vollzugsverordnung findet sich keine Regelung des entsprechenden Sachverhalts (vgl. insbesondere Art. 12 TPV). Es handelt sich indessen um eine notwendigerweise zu beantwortende Frage, weshalb insoweit von einer Lücke in der rechtlichen Regelung auszugehen ist. Es können zwei Lösungen in Betracht gezogen werden: Einerseits kann davon ausgegangen werden, dass diejenige Versicherung, welche bisher die Aufwände ersetzt hat, auch weiterhin dafür aufzukommen hat. Zum anderen kann in Betracht gezogen werden, gestützt auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 TxG den Bund die entsprechenden Kosten zu lassen. Es ist schwierig, hier die zutreffende Entscheidung vorzunehmen. Nach meiner Einschätzung steht aber doch im Vordergrund, diejenige Krankenversicherung, welche bislang den Aufwand ersetzt hat, auch über den Tod der betreffenden Person hinaus als leistungspflichtig zu betrachten. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Kostentragungspflicht des Bundes gemäss Art. 14 Abs. 3 Satz 2 TxG eine subsidiäre und auf einen klaren Sachverhalt beschränkte Kostentragungspflicht darstellt. Diese ist insoweit als besondere Ausnahme von der prinzipiellen Kostentragungspflicht der Versicherung zu betrachten.

Beim zu treffenden Entscheid muss auch berücksichtigt werden, dass - neben dem Tod des Empfängers oder der Empfängerin - weitere Sachverhalte analoger Art auftreten können (beispielsweise Abreise der betreffenden Person ins Ausland ohne Weiterführung des Krankenversicherungsschutzes in der Schweiz). Auch bei solchen Sachverhalten ist es als zutreffende Lösung zu betrachten, dass diejenige Krankenversicherung, welche zunächst für den Aufwandsatz zuständig ist, die entsprechende Pflicht weiterhin zu tragen hat. Auch diesbezüglich ist allerdings beizufügen, dass andere Entscheidungen möglich sind.

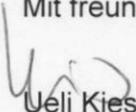
4. Ergebnisse

Im heutigen Zeitpunkt kann ich festhalten, dass die von Ihnen gestellten Fragen folgendermassen zu beantworten sind:

- Für den Aufwandsersatz einer bereits vor dem Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes vorgenommenen Organentnahme soll grundsätzlich diejenige Versicherung leistungspflichtig sein, welche ab dem Inkrafttreten des Gesetzes den Empfänger oder die Empfängerin versichert.
- Bei einem Krankenkassenwechsel des Empfängers oder der Empfängerin wechselt zugleich die Pflicht des Aufwandsersatzes.
- Nach dem Tod des Empfängers oder der Empfängerin bleibt diejenige Versicherung leistungspflichtig, welche zuletzt leistungspflichtig war.

Für allfällige ergänzende Fragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung. Ich erlaube mir, Ihnen zur Information meine Rechnung gleich beizulegen, was aber eben nicht bedeuten soll, dass Sie sich bei allfälligen Fragen nicht noch mit mir in Verbindung setzen könnten.

Mit freundlichen Grüßen


Ueli Kieser