

10.6.2004/7.9.2004/30.12.2004, 15.1.2005

Spender ohne Rechte. Das Drama der Organtransplantation

von
Charles B. Blankart
Humboldt-Universität zu Berlin

Zusammenfassung

Organtransplantation, ein bislang Juristen und Ethikern vorbehaltenes Gebiet, wirft fundamentale ökonomische Fragen auf. 1.500 Patienten sterben jährlich in Deutschland wegen Mangel an Spendeorganen. Die staatliche Regulierung ist nicht darauf ausgerichtet, Spender und Empfänger von Organen zusammenzubringen und die Lücke zu schließen. Der Grund liegt vorwiegend darin, dass den Spendern Rechte an ihren Organen vorenthalten werden. Wie es dazu kam, soll in diesem Aufsatz mit Hilfe des institutionenökonomischen Instrumentariums erklärt werden. Alternativ wird gefordert, den Menschen das Recht zuzugestehen zu erklären: „Meine Organe spende ich postmortal primär an spendewillige Kranke.“ Eine solche Erklärung dient als Signal für andere, sich ebenso zu verhalten und dem Organmangel durch Solidarität entgegenzuwirken.

Abstract

Organ transplantation is traditionally regarded as a part of law and ethics, but it embodies fundamental economic problems. 1.500 patients die as a consequence of organ shortage in Germany every year. Government regulation is not aimed at closing this gap by facilitating donors and receivers to match. Both are regulated separately. Alternatively it is proposed to allow every person to declare: “I dedicate my organs post mortem primarily to patients who are willing to dedicate their organs too. Such a declaration serves as a signal for others to do likewise so that organ shortage may decline in the long term.

JEL-Klassifikation: I 10, K 10.

Erscheint in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik vermutlich 2005.

Spender ohne Rechte. Das Drama der Organtransplantation

von
Charles B. Blankart
Humboldt-Universität zu Berlin *

I. Organspende – ein ökonomisches Problem

Die Organtransplantation gehört zu den Gebieten der modernen Hochleistungsmedizin. Viele Jahrzehnte intensiver Forschung waren notwendig, um die komplexen Zusammenhänge und Reaktionen bei der Transplantation von Organen zu erfassen und zu beherrschen, und doch beruht die Transplantationsmedizin auf einer ganz einfachen Voraussetzung: *Spender und Empfänger müssen zusammenfinden*. Bei der Lebendspende scheint dies relativ einfach. Spender und Empfänger können direkt miteinander in Beziehung treten. Bei der postmortalen Spende liegt ein intertemporales Problem vor. Die oder der Spendewillige muss eine Verfügung über den Tod hinaus treffen. Um sie durchzusetzen, bedarf es eines Vermittlers zwischen Spender(in) und Empfänger(in).¹

In den meisten Ländern ist der Staat oder eine von ihm designierte Institution mit der Regelung dieser Vermittlung beauftragt. Der Staat muss sowohl Agent der Spender sein, die sich nicht mehr äußern können, wie Schiedsrichter zwischen den Interessen der Spender und der Empfänger. Dies erfordert einen diffizilen Balanceakt. Einerseits soll er Partei nehmen, andererseits unparteiisch sein. In der Praxis hilft er sich mit dem sogenannten *Trennprinzip*. D.h. er reguliert die Rechte der Spender unabhängig von denen der Empfänger. Diese scheinbare Unparteilichkeit führt im Ergebnis zu Entscheidungen, die die unmittelbaren Interessen der Empfänger in den Vordergrund und die der Spender in den Hintergrund stellen. Einem potentiellen Spender wird nur das Recht zugestanden, seine Spende zu verweigern. Alle anderen Rechte, insbesondere das Recht, einen bestimmten Empfängerkreis zu begünstigen, stehen ihm nicht zu. Diese Rechte zieht der Staat an sich. Er und nicht der Spender darf darüber entscheiden, wer ein Organ erhält und wer nicht. Aus dieser Sicht werden die folgenden sechs Grundsätze des *Trennprinzips* abgeleitet:²

1. Der Staat hat ein Vermittlungsmonopol über postmortale Spenden. Wer postmortal spenden will, muss dies über die eine staatliche oder vom Staat anerkannte Stelle tun. Es herrscht Benutzungszwang. Spenden auf individueller Basis sind verboten.

* Der Autor dankt seinen Kollegen PD Dr. iur. Peter Friedrich Bultmann, Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Christian Kirchner und einem anonymen Gutachter für die Durchsicht einer früheren Fassung und für wertvolle Hinweise. Der Aufsatz wurde ferner an der Universität Hamburg und an der Universität Jena vorgetragen, Teile davon auch im Fachgespräch „Anreize zur Organspende“ vor der Europäischen Akademie zur Erforschung von Folgen wissenschaftlich-technischer Entwicklungen. Allen Diskutanten sei für wichtige Hinweise gedankt. Mögliche Fehler gehen zu Lasten des Autors.

¹ Um den Text nicht zu schwerfällig werden zu lassen, wird im folgenden entweder die weibliche oder die männliche Form verwendet.

² Für Deutschland finden sich die wichtigsten Bestimmungen in § 12 des Transplantationsgesetzes, für die Schweiz in Art. 17 des gegenwärtigen Entwurfs zu einem Transplantationsgesetz. In Österreich gilt das Krankenanstaltengesetz, das den Krankenanstalten das Recht zur Entnahme von Organen einräumt, vgl. unten Abschnitt III.2.

2. Mit der Spende tritt der Spender dem Staat sämtliche Verfügungsrechte an seinen Organen ab. Diese gehören von fortan dem Staat bzw. der von ihm designierten Organisation.
3. Nur unentgeltlich geleistete Spenden werden angenommen. Der regulierte Preis beträgt null.
4. Die Identität der Spender darf den Empfängern nicht mitgeteilt werden. Kommunikation zwischen Spendern bzw. ihren Angehörigen und den Empfängern ist verboten.
5. Die Verteilung der Organe muss nach dem Trennprinzip völlig unabhängig von deren Herkunft erfolgen. Ob jemand ein Organ erhält, darf insbesondere nicht davon abhängen, ob er sich auch zur Spende bereit erklärt hat. Dies soll allein nach „medizinischen Kriterien“ und der Position des Patienten auf der Warteliste entschieden werden.
6. Ausnahmen von diesen Regeln gibt es bei der Lebendspende.

Die strikten staatlichen Regulierungen der Organspende sind vor dem Hintergrund der zahlreichen Todesfälle zu beurteilen, die ausschließlich auf Organmangel zurückzuführen sind. In Deutschland betrifft dies gegen 1.500 Personen pro Jahr. In der Öffentlichkeit wird dies oft als hinzunehmendes Faktum verkündet. Die Spendebereitschaft der Bürger sei eben zu gering, die Menschen wollten sich nicht mit dem Tod auseinandersetzen usw.³ Für Ökonomen reichen solche „Erklärungen“ nicht aus. Für sie ist Mangel ein Zeichen der Ineffizienz. Die gegenwärtige Ordnung ist offenbar nicht in der Lage, Spender und Empfänger zusammenzuführen. Sie versagt auf dramatische Weise. Mit Hilfe der Ökonomik lässt sich darüber hinaus auch zeigen, dass die gegenwärtige Ordnung ungerecht und ethisch fragwürdig ist. Warum? Die Antwort ist im Prinzip einfach: Organspender haben keine Rechte.

Vorschläge zur Überwindung des Problems des Organmangels wurden schon seit Jahren vorgebracht. Der Duisburger Philosoph und Ökonom Hartmut Kliemt hat sich für Spender- und Empfängervereinigungen auf Gegenseitigkeit ausgesprochen und damit eine lebhafte Debatte ausgelöst (Kliemt 1993). Ähnlich plädiert Gundolf Gubernatis (1997) von der Deutschen Stiftung Organtransplantation für ein Solidarmodell, durch das Spender und Empfänger zusammen gebracht werden sollen. Bei einigen dieser Lösungen ist umstritten, wie groß das staatliche Engagement sein soll. Die Vorschläge reichen von den genannten Vereinigungen über staatlich organisierte Reziprozität (Breyer, Kliemt, 1997) bis zu staatlichen Aufkaufslösungen (Harris und Erin 2002). Manche Ökonomen sprechen sich auch explizit für einen Markt für Organe aus (Barnett, Blair und Kaserman, 1992, Aumann und Gaertner, 2004 a,b).

Im Gesamtkonzert der Meinungen über die Organtransplantation nehmen aber diese Ansichten von Ökonomen eine kaum beachtete Außenseiterposition ein. Im größten und nach wie vor dominanten Teil der Literatur zu diesem Thema wird die *horizontale Interaktion* der Spender und Empfänger ignoriert, bzw. als Ordnungsprinzip abgelehnt. Stattdessen gelte es, Spender und Empfänger in *vertikale Strukturen* einzubinden und sie nach dem erwähnten Trennprinzip von oben nach unten zu regulieren. (vgl. neulich Gold, Schulz und Koch, 2001, in einer Expertise für die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung). Die herrschende Lehre in ihrer Entstehung zu erklären und zu widerlegen, stellt das Nahziel dieses Aufsatzes

³ Als Beispiel für viele sei hingewiesen auf die Botschaft des schweizerischen Bundesrates zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Botschaft, 2001). – Unten in Abschnitt III.4 wird diese Frage näher erörtert.

dar. Ihm ist der folgende II. Teil gewidmet. Darauf aufbauend wird im III. Teil erörtert, wie Rechte für Spender dazu beitragen können, das Problem des Organmangels zu überwinden. Im Zentrum dieser Vorschläge steht das *Vorsorgeprinzip*. Es versteht sich als Alternative zum herrschenden Trennprinzip. Danach soll ein Individuum die Möglichkeit haben, durch eine Spendeerklärung seine Zuteilungschancen im Krankheitsfall zu erhöhen. Wie sich die Spendebereitschaft unter dem Vorsorgeprinzip entwickeln dürfte, wird in Teil IV dargestellt. Auch unter dem Vorsorgeprinzip kann es sein, dass die Warteschlangen nicht völlig abgebaut werden. Daher bedarf es eines Algorithmus, aus dem die Zuteilungsreihenfolge im Konfliktfall ermittelt werden kann; er wird in Teil V entwickelt. Vorsorge- und Trennprinzip werden in Teil VI noch einmal analytisch einander gegenüber gestellt. Hinsichtlich Gerechtigkeit und Ethik werden Trenn- und Vorsorgeprinzip in Teil VII beurteilt. Teil VIII schließt mit einigen grundsätzlichen Bemerkungen zur fruchtbareren Zusammenarbeit von Ökonomik und Rechtswissenschaft.

II. Warum haben Organspender keine Rechte?

Soll die Tragik des Organmangels überwunden oder wenigstens einer Lösung näher gebracht werden, so gilt es deren Entstehen zu verstehen. Dieser scheinbare Umweg ist erforderlich, weil jede Reform vom Status quo ausgehen muss. „We start from here,“ schreibt James M. Buchanan (1978) und meint damit, dass die Beweislast bei dem liegt, der den Status quo verändern will⁴.

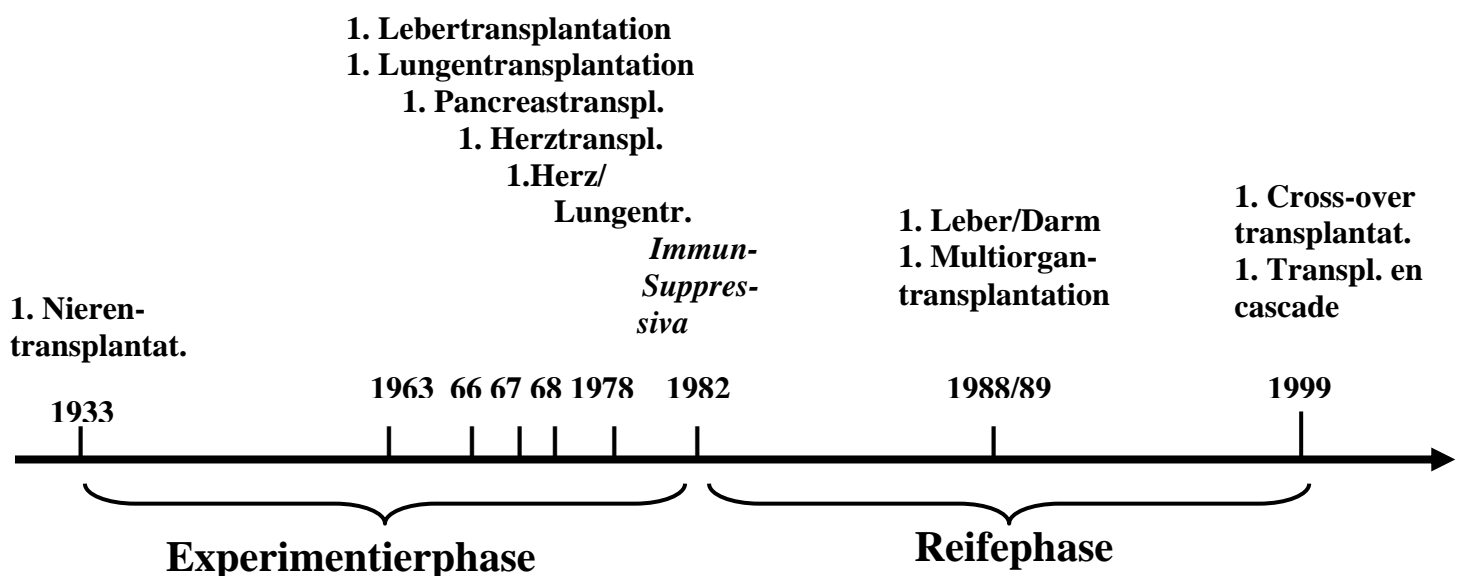
Warum also – so ist zuerst zu fragen – haben sich individuelle Rechte an den Organen nicht schon von Anfang an in der Transplantationsmedizin durchgesetzt? Dies hat zum einen evolutorische, zum anderen ideologische Gründe. Die letzteren bauen auf den ersteren auf und zementieren diese.

1. Eine Erklärung des Status quo

Die Anfänge der Transplantationsmedizin gehen auf die dreißiger Jahre des letzten Jahrhunderts zurück (Abbildung 1). Erste Anwendungen finden sich in Europa in den sechziger Jahren. Die Transplantationsmedizin hatte damals noch Versuchscharakter. Das Risiko war beträchtlich. Folglich waren nur wenige Patienten bereit, eine Organtransplantation zu wagen. Der private Nutzen einer solchen Operation war für den Empfänger relativ gering im Vergleich zum öffentlichen Nutzen aus dem Erkenntnisgewinn für die Forschung. Dem Patienten ein so implantiertes Organ zu verkaufen, schien daher unbillig. Umgekehrt konnte die Entnahme in den damals noch wenigen Fällen sei es durch Zustimmung (der Angehörigen) oder, weil wissenschaftliche Zwecke im Vordergrund standen, gegebenenfalls durch das Obduktionsrecht ermöglicht werden. Transplantationen wurden bei Gelegenheit, wenn geeignete Spender und Empfänger gerade vorhanden waren, vorgenommen. Angebot und Nachfrage nach Spendeorganen nahmen noch nicht einen voneinander unabhängigen Verlauf. Es ging um ein mehr oder weniger zufälliges Matching zwischen Spendern und Empfängern. Erst Anfang der 70er Jahre begann die Zahl der Transplantationen grössere Ausmaße anzunehmen. Doch auch damals waren Organtransplantationen noch riskant.

⁴ “We start from here, from where we are, and not from some idealized world peopled by beings with a different history and with utopian institutions. Some appreciation of the status quo is essential before discussion can begin about prospects for improvement.” Vorwort zu J. M. Buchanan *The Limits of Liberty* (1975, S. 7)

Abbildung 1: Die Stufen der Transplantationsmedizin 1933-2000



Quelle: Eigene Darstellung

Das änderte sich, als in den achtziger Jahren wirksame Immunsuppressiva wie Cyclosporin aufkamen und das Behandlungsrisiko wesentlich zurückging. Organtransplantationen überschritten damals die Schwelle vom Versuch zur Routine. Nicht mehr der öffentliche, sondern der private Gut-Charakter von Transplantationen stand nunmehr im Vordergrund. Die Nachfrage nahm sprunghaft zu. Sie entkoppelte sich vom stationär bleibenden Angebot an Organen, und es kam zu einem Organmangel, der immer bedenklichere Ausmaße annahm. Allein für Nieren stieg die Warteliste bis zum Jahr 2002 auf 12.653 Patienten im Eurotransplantraum⁵, bzw. 9.623 in Deutschland, vgl. Abbildung 2. 621 Nierenkranke starben im Eurotransplantraum, 418 in Deutschland, weil Spendernieren nicht rechtzeitig zur Verfügung standen. Lange Wartelisten mit vielen Toten gibt es auch bei den anderen Organen. In Deutschland kam im Jahr 2002 für 1.500 Organkranke jede Hilfe zu spät, entweder weil sie auf der Warteliste verstarben und/oder weil sich während des Wartens ihr Gesundheitszustand dermaßen verschlechterte, dass sie bei terminaler Organinsuffizienz von der Warteliste gestrichen worden sind.

Es ist zwar richtig, dass sich der steigende Trend der Warteliste in den vergangenen Jahren etwas abflachte. Doch dies ist im wesentlichen dem Effekt des Steady state zuzuschreiben, wonach die Zahl der Wartenden durch die steigende Zahl der Todesfälle abgebaut wird (vgl. Tabelle 1).

⁵ Österreich, Deutschland, Belgien, Luxemburg, Niederlande, Slowenien.

Abbildung 2: Transplantationen und Warteliste für Nierentransplantationen im Eurotransplantraum 1969-2002: Vom Experimentierstadium zur Routine

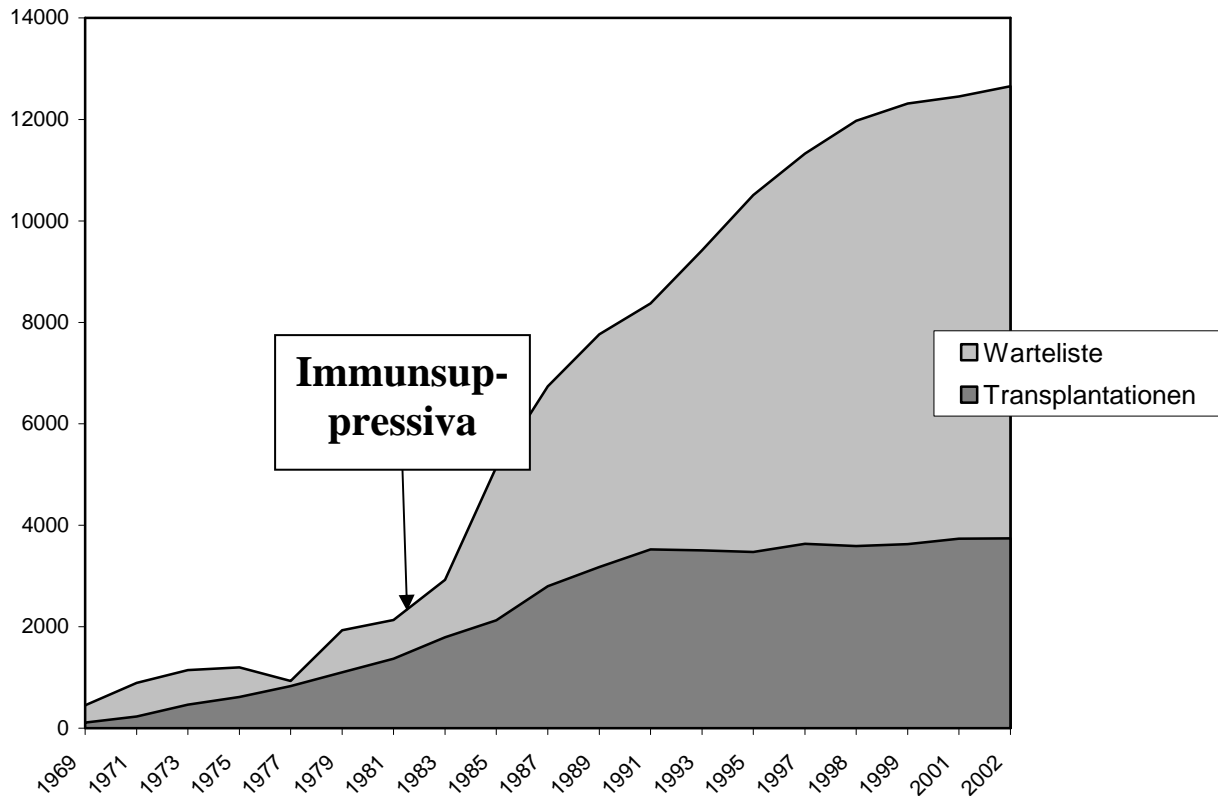


Tabelle 1: Verstorbene infolge von Organmangel

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Verstorbene Nierenkranke im Eurotransplantraum	443	496	522	545	570	548	590	618	595	621
Verstorbene, alle Organe (Deutschland)	705	745	1876	1037	922	873	857	864	881	935
Verstorbene und von der Warteliste Zurückgezogene (Deutschland, alle Organe)	1149	1401	2371	1570	1382	1.401	1.367	1.440	1462	1502

Quelle: Eigene Zusammenstellung nach Daten von Eurotransplant

Die Mangellage hätte wohl behoben werden können, wenn den Spendern und Empfängern von Anfang an die Interaktion erleichtert worden wäre. Bei der Lebendspende ist dies relativ einfach. Ein Organ erhält nur, wer einen Spender beibringt. Dabei muss das Matching Problem in der Regel vom Nachfrager gelöst werden.⁶ Doch diese rein bilaterale Interaktion reicht bei postmortalen Spenden nicht aus. Die Organbedürftigen hätten sich – möglicherweise über Vermittler – mit den potentiellen Spendern, in aller Regel aber mit deren Angehörigen in Verbindung setzen müssen. Den Angehörigen aber die benötigten Organe einfach abzukaufen, hätte Willensäußerungen generieren können, die mit dem Willen des Verstorbenen hätten in Widerspruch stehen können. Geld hätte die Anreize der Angehörigen verzerrt. Anders gesagt: Nur wo Geld ausgeklammert wird, kann (als notwendige Bedingung) davon ausgegangen werden, dass die Angehörigen einen Anreiz haben, sich ganz in die Entscheidungssituation des Verstorbenen zu versetzen und eine seinen Präferenzen entsprechende Entscheidung zu fällen. Nur dann entfällt ihr Anreiz, die Organe um des Geldes willen auch herzugeben, wenn der Verstorbene dies abgelehnt hätte.⁷ Doch auch solche extra-monetäre Willensäußerungen sind, wie in Unterabschnitt VII B noch zu zeigen sein wird, alles andere als verlässlich. Es fehlt bislang an einer Institution, durch die die Spender *selbst* im Hinblick auf ihre postmortale Spende mit den Empfängern in Beziehung treten könnten.

Daher hat sich bislang an der einmal entstandenen Mangelsituation nichts geändert. Es wurde ein neues, stufenweises Rationierungsverfahren eingeführt, ein *Triage*, dem sich die Organkranken nunmehr unterwerfen müssen. Für die Kranken wird zunächst entschieden, ob sie zu einer Ersatztherapie wie der Dialyse zugelassen werden. Sodann erfolgt die Entscheidung über eine Aufnahme in die Warteliste. Schließlich wird bei Eurotransplant nach dem sogenannten Matching zwischen Spender- und Empfängerorgan gesucht und je nachdem ein Spendeorgan zugeteilt oder nicht. Jene die durchs Sieb fallen, müssen in der Regel vorzeitig sterben, die Auserwählten können Heilung erwarten.

2. Die dogmatische Verhärtung des Status quo

Als nächstes galt es, dieses Rationierungsverfahren vor der Öffentlichkeit zu rechtfertigen. Es musste dargelegt werden, dass der Organmangel mit seinen Härten, Leiden und Tod in der Natur der Sache liegt und daher zu erdulden ist. Als Hilfsmittel diente die analytische Trennung zwischen Spende und Empfang von Organen, d.h. das schon erwähnte Trennprinzip. Damit konnte das Schlaglicht ganz auf die Verteilung einer gegebenen Zahl an Organen an die Empfänger gerichtet werden. Zwei Forschungsrichtungen seien erwähnt.

Jo Elster (1995) und Volker H. Schmidt (1996) zeigen in verschiedenen Fallstudien, dass Triage typisch ist, wo immer Mangelsituationen vorliegen (Hochschulstudienplätze, Personalabbau, Zuteilung von Sozialwohnungen, Altenheimplätze, Recht auf Einwanderung). Die Betroffenen müssen mit dem Gegebenen irgendwie zurecht kommen. Es müssen

⁶ Eine Ausnahme bilden die in Deutschland derzeit verbotenen Überkreuz-Lebendspenden, bei denen das Matching vom Krankenhaus organisiert wird.

⁷ Wenn aus dem genannten Grund Preise wegfallen, dann vermindert sich der Anreiz des den Sterbenden behandelnden Personals, eine Transplantation tatsächlich vorzunehmen. Ich werde unten in Abschnitt III.2 und III.4 und auch in der Fußnote 30 noch einmal auf diese Frage zurückkommen.

diejenigen herausgefiltert werden, die die knappen Güter erhalten sollen. Dabei ist nicht ganz klar, wer sich jeweils durchsetzt und welchen normativen Eigenschaften das Ergebnis des Triage genügt. Daher räumen die Autoren ein, dass eine umfassende Gerechtigkeit, wie sie beispielsweise durch die zentralstaatlichen Steuer- und Transfersysteme angestrebt wird, durch Triage nicht erreicht wird. Allerdings glauben sie, dem Ergebnis doch das Attribut der Gerechtigkeit, genauer der „lokalen Gerechtigkeit“ zuordnen zu können. Lokal bedeutet, dass die Regeln sachlich, zeitlich und sozial begrenzt Anwendung finden.⁸ Sachlich sind nicht alle Menschen betroffen, wenn es z.B. um die Zuteilung knapper Sozialwohnungen geht. Zeitlich bedeutet, dass Menschen nicht in allen Lebensabschnitten mit der Knappheit konfrontiert sind; z.B. werden nur junge Leute für den Militärdienst gezogen, bzw. von diesem befreit. Sozial kann bedeuten, dass von Katastrophenfällen oft nur ganz bestimmte Schichten betroffen sind und daher für die Verteilung knapper Hilfsgüter in Frage kommen. Im Laufe der Zeit können sich die Regeln der lokalen Gerechtigkeit verfestigen. Sie haben im Falle der Organtransplantation ganz wesentlich das Transplantationsgesetz von 1997 geprägt.

Anders als im pragmatischen Ansatz von Elster und Schmidt sollen im Bioethik Projekt der Deutschen Forschungsgemeinschaft direkt „Kriterien einer gerechten Organverteilung“ ermittelt werden. Im Rahmen dieses Projekts untersuchen Thomas Gutmann und Bijan Fateh-Moghadam (2003, S. 71-103) sowie Thomas Gutmann (2004) die Frage der gerechten Organverteilung aus rechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht. Nach Meinung der Autoren dürften bei der Verteilung der Organe nicht Nutzenerwägungen (etwa die Lebenserwartung des Empfängers) zählen, sondern es müsse in erster Linie die Bedürftigkeit der Patienten als Kriterium der Zuteilung von Spendeorganen herangezogen werden. Denn nach dem Prinzip der *Lebenswertindifferenz* komme allen geeigneten Patienten der gleiche Anspruch auf die zur Verfügung stehenden Spendeorgane zu:

„Als Allokationskriterium verfassungsrechtlich geboten ist vor allem die individuelle *Bedürftigkeit* der Wartelistenpatienten. Diese muss zunächst als zeitliche (Hoch-) Dringlichkeit im Hinblick auf die Nähe unmittelbarer Lebensgefahr bei ausbleibendem Organersatz verstanden werden. Aus dem Prinzip des Vorrangs des je aktuell bedürftigsten bzw. gefährdetsten Patienten folgt, dass von Verfassungs wegen die Zahl der geretteten individuellen Leben und nicht die Zahl der Lebensjahre von Menschen das primär zu optimierende Gut darstellt.“ (Gutmann 2005, S. 220)

Wie Elster und Schmidt gehen auch Gutmann und Fateh-Moghadam vom *Paradigma* einer fest vorgegebenen Zahl von an zur Verfügung stehenden Organen aus.⁹ Doch dies wird nicht begründet. Es fehlt eine Theorie des Spenderverhaltens. Daher können Autoren nicht ausschließen, dass die Zahl der zur Verfügung stehenden Organe endogen ist. Wenn beispielsweise das Spenderverhalten bei der Vergabe der Organe berücksichtigt wird, so kann die Zahl der zu verteilenden Organe davon beeinflusst werden. Dies hat insbesondere bei Gutmann und Fateh-Moghadam tiefgreifende Konsequenzen. Organe ausschließlich nach der Bedürftigkeit der im Zitat erwähnten Wartelistenpatienten zu verteilen (mit oder ohne Einschluss der Frage, ob deren relativer Nutzen aus dem Organ bei der Vergabe berücksichtigt werden soll oder nicht – das sei dahingestellt) kann dann inferior sein im Vergleich zu einer Verteilung, die die Spendebereitschaft als Kriterium mitberücksichtigt und die damit mehr von dem primären Gut der Lebenschancen („Zahl der geretteten individuellen Leben“ s.o.) zu gewähren vermag. Die Bedürftigkeit wird relativ zur Zahl der Lebenschancen,

⁸ Schmidt und Hartmann (1997, S. 11).

⁹ So beginnt Schmidt seinen Aufsatz zu: Some Equity-Efficiency Trade-Offs in the Provision of Scarce Goods: The Case of Lifesaving Medical Resources mit den Worten: „Institutions from all across society are – regularly or occasionally – faced with the choice of how to distribute a given number of material or immaterial, positive or negative goods at their disposal.“ (Schmidt, 1994, S. 44). Entsprechend spricht Gutmann vom „Organpool“, der offenbar fest vorgegeben ist (Gutmann 2003, S. 72).

und es bedarf einer Abwägung.¹⁰ Damit ist auch das dem deutschen Transplantationsgesetz zugrunde liegende *Trennprinzip*, nach dem bei der Verteilung der Organe allein die sogenannten „medizinischen Kriterien“ nicht aber die Spendebereitschaft zählen dürfen, in seiner Wertung schwerlich haltbar. Die Zahl der Lebenschancen zu erhöhen, ist Ziel und Zweck der ganzen Transplantationsmedizin. Ohne den Bezug zu den Lebenschancen hätte sie keinen Sinn. Eine Theorie der Gerechtigkeit der Organtransplantation, die das Ziel der Lebenschancen außer Acht lässt, hängt m.E. in der Luft. Würde das von den Autoren vorgeschlagene Verteilungsverfahren im Extremfall dazu führen, dass die Zahl der Spendeorgane auf null zurückgeht (was nicht behauptet wird, aber auch nicht ausgeschlossen werden darf), so gäbe es nichts mehr zu verteilen. Gegenüber denen, die auf Lebenschancen verzichten müssen, wäre das Verfahren alles andere als gerecht.

Zusammenfassend kann der heutige Organmangel als ein Zustand charakterisiert werden, der sich evolutorisch ergeben hat und in der Folge rechtsdogmatisch gerechtfertigt und verhärtet worden ist. Es war zu zeigen, dass die den Status quo rechtfertigenden Thesen und das daraus folgende Trennprinzip so nicht haltbar sind. Damit ist der Weg geebnet, um von einem *neuen Paradigma* auszugehen: Die Zahl der Spenden ist von der Verteilung der Organe nicht unabhängig. Dieses Paradigma führt zum Vorsorgeprinzip, das im Folgenden näher zu analysieren ist.

III. Alternative Verfahren der Organallokation

Alternativ zum Trennprinzip werden eine Reihe anderer Verfahren diskutiert, nach denen die Organtransplantation organisiert werden kann: der Markt, die Widerspruchslösung, verschiedene Fairnesslösungen und das hier vertretene Vorsorgeprinzip. Sie sind im Sinne eines vergleichenden Institutionenansatzes einander gegenüber zu stellen.

1. Der Markt für Organe

Organe sind private Güter.¹¹ Ihre Allokation lässt sich grundsätzlich am besten über den Markt organisieren. Jeder Mensch kann über seine Organe verfügen, und es bildet sich ein markträumender Preis, der den Organmangel beseitigt. Kritik wird gegenüber der Auswahl der Marktteilnehmer geäußert. Auf dem Markt – so wird befürchtet – werden die Armen Organe spenden, weil sie des Geldes bedürfen, und die Wohlhabenden Organe erhalten, weil sie es sich leisten können. Lebenschancen nach dem wirtschaftlichen Wohlstand zu verteilen, wird aber als ethisch unhaltbar betrachtet, selbst wenn ohne den Markt die Zahl der Todesfälle deutlich höher liegt und Lebenschancen preisgegeben werden.¹²

¹⁰ Um es noch einmal zu sagen: Es geht nicht um den Nutzen aus den Lebenschancen, also um Utilitarismus, sondern um die Lebenschancen selbst.

¹¹ In der Literatur wird immer wieder die Meinung vertreten, Organe seien öffentliche Güter (woraus dann rasch der Schluss gezogen wird, sie müssten über ein Staatsmonopol bereitgestellt werden). Dies ist jedoch falsch. Die Standardkriterien der Rivalität und der Ausschließbarkeit kennzeichnen Organe als private Güter. Nur die Vermittlungsorganisation hat teilweise Eigenschaften eines öffentlichen Gutes. Sie ist am besten als ein „Clubgut“, dessen Bereitstellungskosten zunächst ab- und dann zunehmen zu betrachten. Mehrere Clubs können daher miteinander im Wettbewerb stehen.

¹² Die Diskussion der ethischen Rechtfertigung dieser Frage ist damit freilich noch keineswegs abgeschlossen. Im Gegenteil, Christian Aumann und Wulf Gaertner (2004 a,b) betonen mit Verweis auf die Literatur und die

Dies ändert aber nichts an der faktischen Existenz eines Schwarzmarktes. Oft wird vergessen, dass es zur Diskriminierung zwischen Reich und Arm gerade deshalb kommt, weil der Tausch in die Illegalität abgedrängt wird, wo die Vermittler wegen des Risikos hohe Prämien für den Zwischenhandel nehmen, die sich wiederum zuungunsten der Armen auswirken.

Ein Markt ohne die Asymmetrie zwischen Arm und Reich ist denkbar, wenn der Staat über sein Krankenversicherungssystem alle gespendeten Organe aufkauft und sie den Organbedürftigen zur Verfügung stellt. In diese Richtung argumentieren u.a. die britischen Philosophen John Harris und Charles Erin (2002).¹³ Doch bei näherer Betrachtung entpuppt sich ihr Vorschlag als Scheinlösung. Im Grunde gilt hier analog die gleiche Kritik, die schon vor vielen Jahren James M. Buchanan am britischen National Health Service geäußert hat (Buchanan 1965). Beim Aufkauf aller Organe durch den Staat oder die staatlichen Versicherungen wäre der Stückpreis für die einzelnen Versicherten gleich null. Die Kosten der Organe werden auf die Versichertengemeinschaft abgewälzt. Der Einzelne würde daher Organe nachfragen, bis sein Grenznutzen bei null läge. Für die Versichertengemeinschaft würde die Rechnung jedoch in die Höhe schnellen, weil viele Organe nachgefragt werden und weil mit steigender Menge der Angebotspreis steigt. In der kollektiven Entscheidung im Staat und seinen Versicherungen werden aber rational handelnde Versicherte oder ihre Vertreter eine solche Vollversorgung ablehnen, weil sie zu teuer ist. Die aggregierten marginalen Zahlungsbereitschaften liegen unter den aggregierten Grenzkosten. Daher sind auf individueller Ebene doch wieder korrigierende Mengenbeschränkungen erforderlich. Das Problem des Organmangels lässt sich so nicht überwinden.¹⁴

Man mag die Marktlösung ablehnen oder nicht (ich teile manche Vorbehalte), doch vor dem Hintergrund des immer weiter um sich greifenden Schwarzmarktes wird sich eine Lösung mit Marktelementen gar nicht vermeiden lassen. Denn effizienter (und ich glaube auch ethisch akzeptabler) als der Schwarzmarkt ist der durch einklagbare Verträge gesicherte offizielle Markt allemal. Hierzu ist es zunächst einmal wichtig, das den Mangel erzeugende Trennprinzip abzuschaffen und dieses durch ein stärker auf Interaktion zwischen Spendern und Empfängern beruhendes System wie z.B. das Vorsorgeprinzip zu ersetzen.

2. Die Widerspruchslösung

Gänzlich ohne Markt scheint die Widerspruchslösung auszukommen. Nach dieser Auffassung endet die Persönlichkeit eines Menschen grundsätzlich mit dem Tod. Sein Körper wird „herrenlos“ und fällt an den Staat, der die Organe entnehmen darf, es sei denn der Betreffende habe vor seinem Tod Widerspruch eingelegt. Diese Radikallösung wird in Österreich praktiziert.^{15 16}

praktische Erfahrung in Entwicklungsländern, wie ethisch fragwürdig das Verbot des Handels mit Organen ist. Wenn ein Vater seiner Tochter seine Niere spendet, so wird dies als altruistisch und richtig angesehen. Wenn er jedoch seine Niere verkauft, um dadurch die Kosten einer medizinischen Therapie für seine Tochter zu bezahlen, so wird dies als fragwürdig betrachtet usw.

¹³ In die Richtung einer Aufkaufslösung zielt auch Christoph Erich Broelsch, der Steuerboni, Versicherungsleichterungen u.a.m. vorschlägt. http://www.bioskop-forum.de/themen/transplantation/kongress/christoph_broelsch.html

¹⁴ Ein praktisches Anschauungsbeispiel sind die Rationierungsmaßnahmen im britischen National Health Service.

¹⁵ § 62a Abs. 1 des Krankenanstaltengesetzes aus dem Jahr 1982 lautet: „Es ist zulässig, Verstorbenen einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten eine Erklärung

Die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, soll vor einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts schützen. Doch bei näherer Betrachtung wird dieses Recht nur teilweise geschützt. Denn der Widerspruch erlaubt es dem Spender nicht, postmortal über seine Organe zu verfügen. Er darf seine Organe weder verkaufen noch einer (karitativen) Vermittlungsorganisation übertragen. Der Staat beansprucht das Annahme- und Vermittlungsmonopol für sich. Anders gesagt: Der Einzelne hat nur die Wahl, sich still zu verhalten und damit seine Organe postmortal dem Staat zu spenden oder Widerspruch einzulegen und dann den Körper mit den Organen bestatten zu lassen. Wenn er sich nicht explizit gegen eine Spende entscheidet, erhält der Staat den Zugriff. Insofern liegt die Widerspruchslösung nahe bei einer zwangsweisen Verstaatlichung der Organe.¹⁷

Selbst wenn die Bewertung dieser Art von Verstaatlichung einmal ausgeklammert wird, bleibt noch die Frage, was mit den Organen geschieht. Hierfür ist zwischen Nachfrage und Angebot an Organen zu unterscheiden. Die *Nachfrage* nach Organen wird bei angenommenem praktisch unbegrenztem Angebot zum Preis von null rasch zunehmen. Im Vergleich zum Ausland ergibt sich ein Preisgefälle, das die Exportnachfrage sowie den „Transplantationstourismus“ begünstigt. Für Ausländer wird es zunehmend attraktiv, eine Transplantation im Inland vornehmen lassen. Um zu verhindern, dass die ausländischen die inländischen Patienten verdrängen, muss an der Staatsgrenze rationiert werden. Diejenigen, die durchkommen und im Inland transplantiert werden, gelangen in den Genuss einer Knappheitsrente, die sich Krankenhaus und Ärzte bei freier Preisbildung (was häufig der Fall ist) teilweise oder ganz aneignen können. Auf diese Weise kommt der verpönte Markt doch wieder zum Durchbruch. Nur der Spender bzw. seine Erben gehen leer aus.

Doch das ist nur die halbe Wahrheit. Denn es ist zusätzlich das *Angebot* zu berücksichtigen. Aus der sozialistischen Planwirtschaft ist bekannt, dass Staatseigentum nicht Überfluss, sondern Mangel erzeugt. Es fehlt am Anreiz zu produzieren. Das gilt auch im vorliegenden Fall. Solange sich der Wert der Rechte an den entnommenen Organen nicht internalisieren lässt, bestehen geringe Anreize, sie zu entnehmen. Dieser Wert manifestiert sich erst bei der Implantation. Dort kann ein hoher Preis verlangt werden. Auf der Vorstufe der Explantation sind die Rechte an den Organen aber noch weitgehend sozialisiert. Ein peripheres Krankenhaus, das selbst nicht transplantiert, hat es schwer, den Wert entnommener Organe zu internalisieren, solange der Staat (im besten Fall) Kostenpreise vergütet. Entnahme bedeutet für die damit betrauten Ärzte und Krankenschwestern mehr Arbeit durch rechtzeitige Hirntodfeststellung, Prüfung des Fehlens eines Widerspruchs, Formalitäten und gegebenenfalls noch durch eine Auseinandersetzung mit den Angehörigen, und über dem Ganzen schwebt die Gefahr eines Gerichtsverfahrens. Da scheint es doch besser, den Patienten in Frieden sterben zu lassen.

vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Die Entnahme darf nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen.“

¹⁶ Die Widerspruchslösung wird außer in Österreich praktiziert in: Belgien, Italien, Luxemburg, Polen, Portugal, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien. Eine zusätzliche Einspruchsmöglichkeit der Angehörigen erlauben: Finnland, Russland, Griechenland, Frankreich, Lettland, Liechtenstein, Norwegen, Schweden und Zypern, vgl. http://www.bioskop-forum.de/themen/transplantation/gesetzliche_regelungen_zur_organtransplantation.htm#erwwi

¹⁷ Im Jahr 2003 ließen sich in Österreich 1.497 Personen in das Widerspruchregister eintragen. Der Gesamtstand nach neunjährigem Bestehen des Registers betrug am 31. Dezember 2003 insgesamt 9.025 Eintragungen.

Es ist auch nicht klar, ob sich ein Knappheitspreis für entnommene Organe überhaupt politisch durchsetzen ließe. Der Preis könnte so hoch liegen, dass den entnehmenden Krankenhäusern ungerechtfertigte Bereicherung vorgeworfen wird. In diesem Fall würden auch umgehend die Angehörigen vorstellig und ihren „gerechten Anteil“ an dem Verkauf verlangen. Dann bräche aber sofort die Diskussion um das Verbot des Handels mit Organen auf. Der Circulus vitiosus schließt sich. Das alles sind zwar zugegebenermaßen nur Vermutungen ohne nähere Daten. Aber sie können doch helfen zu verstehen, warum es in Österreich trotz der Widerspruchslösung noch Organmangel gibt.

3. Fairnesslösungen

Wer sollte aus Fairnessgründen Organe erhalten? Natürlich die Organkranken, wird gesagt, und zwar nach Dringlichkeit und Nutzen, angenommen diese Begriffe lassen sich sinnvoll definieren. So steht es auch in den meisten Transplantationsgesetzen (§ 12 Abs. 3 des deutschen TPG und Art. 17 Abs. 1 des schweizerischen TPG). Es zählen also die Empfängerrechte. Doch warum sollen nur sie gelten? Die Transplantationsmedizin hängt ausschließlich von der Bereitschaft der Spender ab. Ohne Spender gibt es keine Empfänger. Folglich wäre es unfair, ja sogar diskriminierend, Organe ohne Rücksicht darauf, ob ein Patient Lebendspender ist bzw. einer postmortalen Spende zugestimmt hat oder nicht, zu verteilen. Ungleiche gleich zu behandeln, scheint ebenso falsch wie Gleiche ungleich einzustufen.

Fairnesslösungen verlangen daher, dass der Staat ehemaligen Lebendspendern und auch erklärten postmortalen Spendern im Krankheitsfall bei der Verteilung der Organe eine Priorität einräumt. Beispielsweise scheint es extrem unfair, dass dem vielzitierten Johannes Ideus aus Wangerooge eine Spenderniere vorenthalten wurde und er daher sterben musste, obwohl er einige Jahre zuvor durch seine Nierenspende das Leben seiner Schwester gerettet hat.¹⁸ Oder ein anders Beispiel: Wenn von zwei Patientinnen die eine eine Spendeerklärung abgegeben hat und die andere nicht, dann soll, wenn nur ein Organ vergeben werden kann, die Spendebereite dieses erhalten und nicht diejenige, die die Spende verweigert hat. Der Grundsatz, Leistung und Leistungserklärung mit Gegenleistung zu belohnen, scheint auf weitgehenden ethischen Konsens zu beruhen. Auch unsere Umfrage aus dem Jahr 2000 hat eine Zustimmung von 134:0:79 für dieses Kriterium erbracht (Blankart, Kirchner, Thiel, 2002).¹⁹

Hinter der Fairnesslösung steht in der Regel die Annahme, dass der Staat festlegt, wer prioritär ein Organ erhalten soll. Dies aber setzt voraus, dass die gespendeten Organe dem Staat gehören, die Spender also nur an den Staat spenden dürfen. Hierfür fehlt dem Staat die Legitimität. Mehr noch: wenn ausschließlich der Staat Organe entgegennehmen und „fair“ verteilen darf, so besteht die Gefahr, dass sich Menschen durch alle möglichen „guten Taten“ bei den maßgebenden Entscheidungsträgern beliebt zu machen suchen, um sich solche Prioritätsrechte zu verdienen. Im Gegenzug werden stimmensuchende Politiker den Organpool nutzen, um neue Kategorien „verdienter Bürgerinnen und Bürger“ zu schaffen, denen Organe prioritär zugeteilt werden. Je größer die Zahl solcher Sonderkategorien, desto geringer ist der Anreiz für den Normalbürger durch eine Spende einen Eigenbeitrag zu leisten.²⁰

¹⁸ Quellen: Nordwest Zeitung Oldenburg, 15.5., 17.5., 18.5., 21.5.1996, 26.3., 29.3., 14.10.1997.

¹⁹ An einer am 1.3. 2004 von der Enquête-Kommission ‚Ethik und Recht‘ der modernen Medizin durchgeführten Anhörung wurde auch die Frage gestellt, ob Lebendspender bei einer späteren Organvorgabe prioritär bedient werden sollten. Der große Teil der Befragten stimmte dem zu.

²⁰ Während meiner Untersuchungen bin ich auch auf Menschen gestoßen, die sinngemäß wie folgt urteilten: „Ich finde, dass ich während meines Lebens schon so viel für die Allgemeinheit getan habe, dass mir im

4. Vorsorgeprinzip

Fairnesslösungen beruhen auf „Belohnung“. Wer spendet, soll erhalten. Die „terms of trade“ werden jedoch ausschließlich durch den Staat festgelegt. Besser wäre es, den Individuen die Rechte über ihre Organe zu belassen und sie durch Interaktion selbst das Gleichgewicht zwischen ihrer marginalen Wertschätzung für Ersatzorgane und ihrer marginalen Spendebereitschaft finden zu lassen. In diese Richtung zielt das Vorsorgeprinzip. Es besticht durch seine Einfachheit: Den Spendewilligen wird das Recht eingeräumt, bei einem Treuhänder folgende Erklärung abzugeben:

„Ich verfüge, dass meine Organe nach meinem Tod insbesondere an ebenfalls spendebereite Kranke gehen sollen.“

- Die Erklärung wirkt als Signal an Gleichgesinnte, ebenfalls eine solche Erklärung abzugeben. Dadurch gelangen sie in ein reziprokes Verhältnis.
- Durch Reziprozität entsteht Solidarität. Spendebereite helfen einander.
- Für jeden Erklärer steigt die Wahrscheinlichkeit, im Krankheitsfall ein Organ zu erhalten. Das Vorsorgeprinzip wirkt als Versicherung.
- Ein Haupteinwand gegen die Marktlösung, nämlich dass Lebenschancen nach dem wirtschaftlichen Wohlstand vergeben werden, entfällt. Jeder Mensch hat gleich viele Organe und kann daher gleich viel Spendebereitschaft in die Waagschale werfen. Menschen werden ex ante gleich behandelt.²¹
- Bei ex-ante-Gleichbehandlung wird die daraus folgende ex-post-Ungleichbehandlung zumutbar. Denn jeder kann sich einrichten.
- Die konkrete Zuteilung der Organe erfolgt durch Vermittlung des Staates oder durch eine oder mehrere von ihm beauftragte Vermittlungsinstitutionen. Anders als beim Trennprinzip und bei Fairnesslösungen verteilt der Staat nicht die Organe, die er sich durch Spenden angeeignet hat, sondern er verteilt die Organe der Spender in deren Auftrag. Der Dedikation, die Organe insbesondere Spendern zugute kommen zu lassen, kommt er nach, indem er Spendebereite prioritär bedient.²²
- Anders gesagt: Spendebereitschaft wird bei der Organverteilung mitberücksichtigt. Gleichzeitig wird durch das Wort „insbesondere“ in der Spendeerklärung sicher gestellt, dass die sogenannten hochdringlichen Patienten (super urgent patients) auch dann versorgt werden, wenn sie das Spendebereitschaftskriterium nicht erfüllen. Da

Krankheitsfall ein Organ zusteht, ohne dass von mir abverlangt werden kann, nach meinem Tod meine Organe zu spenden.“ -- Ergänzend sei angemerkt: Je weiter ein solches Belohnungssystem ausufert und auch nicht spendebezogene gute Taten belohnt werden, desto eher werden sich schließlich auch die verbleibenden nicht-privilegierten Patienten wehren und wegen Diskriminierung klagen.

²¹ Es zählt die Spendebereitschaftserklärung, nicht die Spende, vgl. unten Fußnote 31.

²² Für die Verteilung der Organe verlangt das Transplantationsgesetz (TPG) in § 12 „eine geeignete Einrichtung“, de facto Eurotransplant, dem ein Monopol für die Vermittlung von Spenden gewährt wird. Das Monopol wird in der Regel mit zunehmenden Skalenerträgen gerechtfertigt. Das Matching von Spendeorganen und Empfängereigenschaften sei qualitativ umso besser, je größer der Organpool ist. Dieses Argument hat heutzutage infolge der Erhältlichkeit wirksamer Immunsuppressiva an Relevanz eingebüßt. Um dem Vorsorgeprinzip Rechnung zu tragen, müsste Eurotransplant verpflichtet werden, bei der Zuteilung an die Organkranken neben den bisherigen Kriterien auch die individuelle Spendebereitschaft zu berücksichtigen, oder es müsste das Monopol von Eurotransplant aufgebrochen werden, so dass sich die Spendewilligen die Vermittlungsorganisation selbst aussuchen könnten.

sich aber die meisten Patienten einer Ersatztherapie unterziehen und dann als Wartende in ähnlichem Zustand befindlich angesehen werden können, lässt sich in der Regel das Spendebereitschaftskriterium anwenden.

- Dadurch dass der Staat nicht seine Organe, sondern die Organe der Spender nach deren Willen verteilt, kann ihm auch keine Diskriminierung vorgeworfen werden.
- Diskriminierung kann auch seitens der Organbedürftigen nicht vorgebracht werden. Nichtspender müssen zwar etwas länger warten als erklärte Spender (wenn sie nicht als „super urgent“ eingestuft sind). Doch diskriminiert werden sie dadurch nicht; der Kerngehalt ihres Grundrechts, auf eine Spende zu verzichten, bleibt unangetastet.
- Weil schließlich durch das Vorsorgeprinzip Eigentumsrechte und daraus Ansprüche geschaffen werden, können die Kranken, bzw. deren Spenderorganisationen auf die Krankenhäuser einwirken, die Entnahmen tatsächlich vorzunehmen. Insofern wird der oben in III.2 bei der Widerspruchslösung festgestellten und generell beim Trennprinzip vorhandenen Tendenz zur Nichtentnahme der Organe entgegengewirkt.

Im weiteren überwindet das Vorsorgeprinzip eine wichtige Schwäche des Trennprinzips: Es internalisiert die *psychischen Kosten des Organspenders*. Was ist damit gemeint? Die Entscheidung zur postmortalen Organspende erfordert von den Menschen eine ganze Reihe schwieriger persönlicher Erwägungen. So wird gesagt: Sie müssen sich der Endlichkeit des Lebens bewusst werden, ja sich mit dem Tod überhaupt auseinander setzen. Es mag auch die Befürchtung aufkommen, dass sie im Falle einer erfolgten Spendeerklärung nicht bis zum Letzten gepflegt werden, damit ihr Spendegut dem Krankenhaus erhalten bleibt. Sie müssen auch das Kriterium des Hirntodes bedenken und, weil sie in der Regel nicht fachkundig sind, den Wissenschaftlern und Politikern glauben, dass diese, nunmehr beschlossene Todesdefinition für sie die richtige sei. Immer wieder wird gesagt, die Menschen seien mit all diesen Fragen überfordert und wollten daher nicht spenden. Selbst Aufklärungsaktionen und Beteuerungen von Ethikkommissionen laufen vor dieser Schranke ins Leere. Doch sollte man dies bedauern? Wäre es nicht besser, nach den Ursachen dieser angeblichen Überforderung fragen? Sie dürften ganz wesentlich im *Trennprinzip* selbst liegen.

Menschen nehmen in der Regel jede Art von Kosten und damit auch die hier genannten psychischen Kosten auf sich, wenn sie eine hinreichende Gegenleistung erhalten. Erst die Gegenleistung erlaubt es ihnen, Vor- und Nachteile *abzuwägen*. Diese Gegenleistung ist aber beim Trennprinzip gleich null.²³ Daher kann es nicht wundern, dass die genannten psychischen Kosten eine effektive Schranke vor der Organspende darstellen. Der Grund der Spendeabstinenz dürfte also nicht – wie gesagt wird – in der schwierigen Auseinandersetzung mit dem Tod, sondern in der fehlenden Gegenleistung für diese Auseinandersetzung liegen. Beim Vorsorgeprinzip wird demgegenüber eine Gegenleistung geboten: die bedingte Versicherung gegen die Folgen eines Organausfalls. Der Einzelne wird diesen Vorteil den genannten psychischen Kosten gegenüber stellen und sich je nach Einschätzung dazu entscheiden, postmortal zu spenden oder es zu lassen. Wie im folgenden Abschnitt noch zu zeigen ist, gibt es gute Gründe anzunehmen, dass die Spenden unter dem Vorsorgeprinzip steigen werden. Aber das Wesentliche besteht darin, dass das Individuum in Selbstverantwortung positive wie negative Folgen seines Handelns abwägen kann. *Entscheidet sich das Individuum gegen eine postmortale Spende, und es stellt sich heraus, dass es im Krankheitsfall keine Organ erhält, so fällt die missliche Lage auf dieses selbst zurück und nicht auf die Gesellschaft. Von einem oktroyierten „Organmangel“ im bisherigen Sinn kann daher nicht mehr gesprochen werden.*

²³ Nur die persönliche Befriedigung, etwas Gutes getan zu haben, trägt dazu bei, die Spenden nicht auf null zurückgehen zu lassen.

IV. Höhere Spendebereitschaft unter dem Vorsorgeprinzip

Wie hoch aber werden für ein Individuum Kosten und Ertrag einer Reziprozitätserklärung in der Form: „*Ich verfüge, dass meine Organe nach meinem Tod insbesondere an ebenfalls spendebereite Kranke gehen sollen,*“ wohl ausfallen? Zu diesem Zweck sei zunächst angenommen, das Vorsorgeprinzip werde unabhängig von der Vergangenheit „auf der grünen Wiese“ zugelassen.

Dies entspricht etwa der hypothetischen Situation mit der die Probanden unserer Umfrage im Jahr 2000 konfrontiert worden sind. Ohne das Vorsorgeprinzip haben nur 12 Prozent der Befragten durch den Besitz eines Spendeausweises dokumentiert, dass sie zur postmortalen Organspende bereit sind. Weitere 59 Prozent wären zwar grundsätzlich ebenfalls zur Spende bereit. Aber ihre persönlichen Überwindungskosten, dies durch eine Spendeerklärung zu äußern, waren offenbar zu hoch. Die restlichen 29 Prozent waren ablehnend oder unentschieden. Insbesondere bei der zweiten Gruppe zeigt es sich, dass reiner Altruismus offenbar nicht ausreicht, um die psychischen Kosten der postmortalen Spende (und alles was damit zusammenhängt) auszugleichen. Es ist eine zusätzliche Gegenleistung erforderlich. Dieses Mehr, das durch das Vorsorgeprinzip gewährt wird, ist die Versicherung, im Krankheitsfall mit höherer Wahrscheinlichkeit ein Organ zu erhalten, als wenn keine Erklärung abgegeben wird.

Das individuelle Kalkül ist in Abbildung 2 dargestellt. Auf der Abszisse sind die Individuen der Bevölkerung B nach der Höhe ihrer persönlichen marginalen Überwindungskosten $K(B)$ aufgereiht, zuerst die freiwilligen Spender mit (aus ihrer Sicht) vernachlässigbaren Überwindungskosten, dann die mit niedrigen und schließlich die mit hohen persönlichen Überwindungskosten. Den Kosten steht unter dem Vorsorgeprinzip als marginaler Vorteil $V(B)$ die erwähnte Versicherung gegenüber. Er ist für die Individuen unmittelbar rechts vom Punkt A zunächst noch sehr gering, weil die Gruppe der gegenseitigen Spender noch klein ist. Für die dortigen Individuen sind aber auch die marginalen psychischen Kosten der Spende sehr gering, fühlen sich diese doch gerade an der Grenze, altruistisch zu spenden. Daher ist ein Nettogewinn möglich und insofern kann sich auch eine Gruppe bilden, die mit steigender Mitgliederzahl immer attraktiver wird. Jeder Beitretende sendet durch seine Erklärung, grundsätzlich an Gleichgesinnte zu spenden, diesen Gleichgesinnten ein Signal und einen Anreiz aus, ebenfalls beizutreten. Es kommt zu einem kumulativen Prozess. Das Vorsorgeprinzip wächst in zunehmende Skalenerträge hinein. Die Zuversichtlichkeit gründet auch darauf, dass beim Vorsorgeprinzip – anders als bei anderen Netzen – keine Anfangsinvestitionen erforderlich sind, um an der Hilfe auf Gegenseitigkeit teilzunehmen. Das Individuum kann daher risikolos unterzeichnen und abwarten, dass andere unterzeichnen werden. Nur eine vorher festgelegte Kündigungsfrist muss eingehalten werden.²⁴

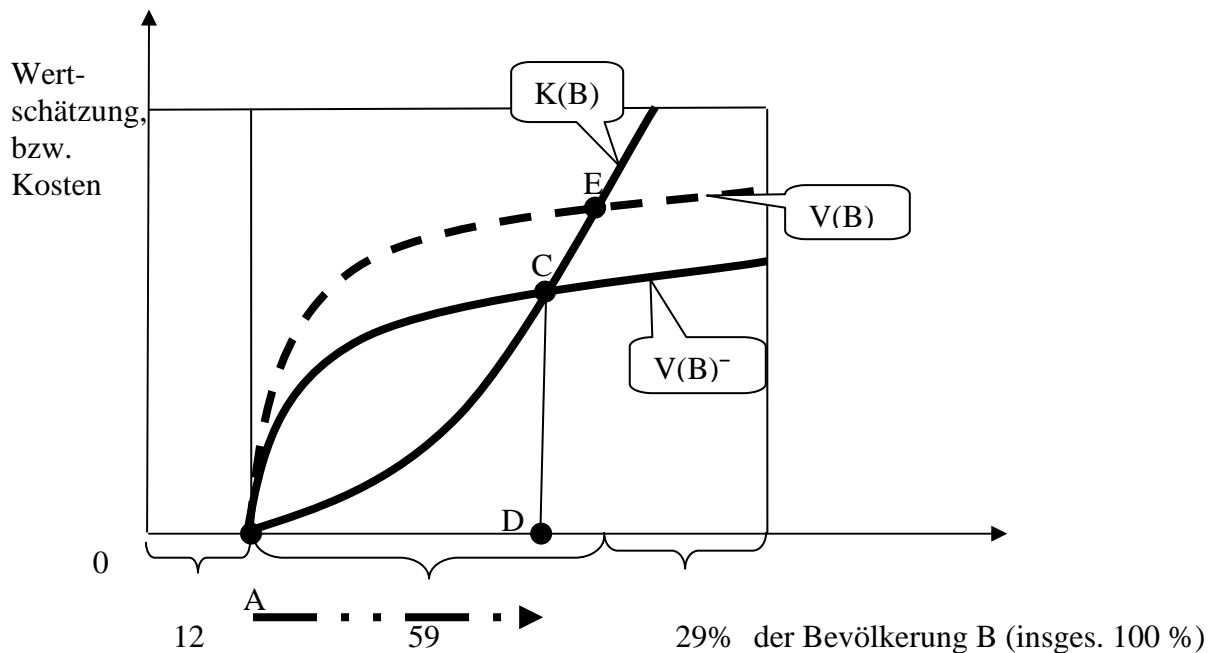
Der marginale Vorteil läuft langsam aus, wenn die Zahl der Spendewilligen sehr groß wird und schließlich die gesamte Bevölkerung umfasst. Gleichzeitig dürften aber die Menschen in Rechnung stellen, dass mit der allgemein verbesserten Organversorgung der Nutzen aus dem

²⁴ Eine Kündigungsfrist ist auch erforderlich, um Missbrauch der Spendeerklärung zu verhindern (Näheres dazu in: Blankart, Kirchner, Thiel, 2002, S. 21f.).

Freifahrertum wieder steigt. Sie spekulieren auf einen möglichen Überschuss an Spendeorganen. Dies senkt die Kurve wieder etwas ab $V(B)^-$.

Dem Vorsorgeprinzip werden Individuen solange beitreten, bis die so definierte marginale Wertschätzung der erhöhten Sicherheit durch das Vorsorgeprinzip beim Punkt C ihren persönlichen marginalen Überwindungskosten entspricht. Dort haben sich D Prozent der Bevölkerung als spendebereit erklärt.²⁵ Dieser Punkt liegt jenseits von Punkt A, der Spendebereitschaft unter dem Trennprinzip (vgl. Pfeil).²⁶

Abbildung 2: Einfluss des Vorsorgeprinzips auf die Spendebereitschaft



Die Betrachtungsweise „auf der grünen Wiese“ abstrahiert von der Vergangenheit. Daher ist es wichtig festzulegen, wie das Vorsorgeprinzip starten soll, wenn das Trennprinzip schon existiert. Zu recht weist Ahlert (2004) darauf hin, dass bei Eröffnung des Vorsorgeprinzips alle Wartlistenpatienten bestrebt sein werden, in das Vorsorgeprinzip aufgenommen zu werden, so dass es ohne weitere Beschränkung zu einer Überfüllung kommt und der bislang separat betrachtete Nutzen aus einem individuellen Beitritt verwischt wird. Hierin besteht eine Gefahr, doch sie beschränkt sich auf einen Übergangszeitraum. Die Wartliste hat eine Überlebensdauer von etwa 4 bis 5 Jahren. Folglich kommt es nur auf diese Kohorte an. Zu verlangen, dass diese Kohorte nicht am Vorsorgeprinzip teilnehmen darf, kann nicht als unfair bezeichnet werden. Auch private Krankenversicherungen schließen vorhandene Risiken aus. Das Vorsorgeprinzip geht insofern sogar über das Versicherungsprinzip hinaus, als Nichtunterzeichner von der Organtransplantation nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Sie

²⁵ Punkt B ist wegen des spekulativen Freifahrertums nicht erreichbar.

²⁶ Es wurde schon die Befürchtung geäußert, dass die 12 Prozent der Befragten, die ohne besondere Anreize spendebereit sind, bei Einführung des Vorsorgeprinzips ihre Spendetätigkeit gänzlich einstellen könnten. Die intrinsische Motivation werde durch die aus der Gegenleistung stammende extrinsische Motivation verdrängt. Das Argument trägt jedoch nicht. Durch Untersuchungen belegt ist nur, dass Geld oder auch staatliche Kontrollen (Regulierungen) die intrinsische Motivation verdrängen (vgl. Frey, 1997). Gerade Geld spielt im vorliegenden Fall aber keine Rolle. Interessanterweise ergibt sich auch aus der Umfrage von Ahlert (2004), dass die intrinsische Motivation durch Reziprozität kaum beeinflusst wird.

müssen nur etwas länger warten. Alternativ lässt sich der Zugang zum Vorsorgeprinzip auch für alle Interessenten von Anfang an öffnen. **Aber die ersten 4 bis 5 Jahre des Systems werden zur Quarantäneperiode erklärt, und Leistungen aus dem Vorsorgeprinzip werden den Teilnehmern erst danach gewährt.** Auch in diesem Fall haben Frühunterzeichner einen Vorteil. Sie stehen weiter oben auf der Liste der qualifizierten Wartezeit, die nachfolgend näher erläutert wird.

V. Das System der qualifizierten Wartezeit

Aus den unter IV. dargelegten Gründen ist unter dem Vorsorgeprinzip eine Zunahme Spendebereitschaft gegenüber dem Status quo zu erwarten. Möglicherweise werden sämtliche Warteschlangen verschwinden. Mit Sicherheit lässt sich dies aber nicht sagen, u.a. weil das Vorsorgeprinzip nicht auf Geld-, sondern auf Realtausch beruht. Sollten die Warteschlangen unter dem Vorsorgeprinzip nicht gänzlich verschwinden, so bedarf es subsidiär einer Zuteilungsordnung. Es ist Sache der Vermittlungsinstitutionen, hier Angebote zu unterbreiten und die Kunden wählen zu lassen. Als Musterlösung möchte ich den von unserer Gruppe Blankart, Kamecke, Kirchner et al. (2000) entwickelten Algorithmus der qualifizierten Wartezeit vorschlagen. Er funktioniert im wesentlichen wie folgt:

Maßgebend für die Zuteilung sind die Netto-Spendebereitschaftsjahre, d.h. die Zeit, während der ein erklärter Spender nach seinem Alter längstens seine Spendebereitschaft darbieten konnte. Diese ergibt sich aus der Differenz zwischen Spendebereitschaftsjahren und Altersjahren. Wer sich zum frühest möglichen Zeitpunkt, z.B. mit 18 Jahren, zur postmortalen Spende bereit erklärt, steht zu jedem Zeitpunkt seines/ihres Lebens mit der Stelle 0 (zurückgelegtes Alter seit 18 minus Spendebereitschaftsjahre) an der höchsten zeitlichen Priorität. Alle anderen, die sich später erklärt haben, erreichen entsprechend der Zahl ihrer Spendebereitschaftsjahre (zu jedem Zeitpunkt ihres Lebens) eine zeitlich weniger prioritäre Stelle, z.B. -1, -2, -3 usw. für Meldungen im Alter von 19, 20, 21 Jahren usw. Das Vorsorgeprinzip begünstigt also nicht die Alten. Vielmehr gibt es Anreize, sich schon in möglichst jungen Jahren zu erklären, so also auch während der Quarantäneperiode, bevor Leistungen aus dem Vorsorgeprinzip abgegeben werden. Gerade dies ist erwünscht, weil dadurch die Bereitschaftsjahre steigen. Ebenso wird die adverse Selektion zurückgedrängt. Menschen, die im Laufe ihres Lebens organkrank werden, werden vom Vorsorgeprinzip nicht ausgeschlossen. **Aber sie kommen auf einen hinteren Platz, wenn sie sich nicht schon mit den genannten 18 Jahren gemeldet haben.** Weil dies antizipiert wird, haben junge Menschen einen Anreiz, sich möglichst frühzeitig zu melden.^{27 28}

Der hier dargelegte Algorithmus gilt für vergleichbare Organranke. Er deckt damit wie erwähnt für die große Mehrzahl der Fälle ab, während hochdringliche Patienten außerhalb der Reihe bedient werden.²⁹

²⁷ Die Grundidee zu diesem Algorithmus verdanke ich meinem Kollegen PD Dr. Pio Baake.

²⁸ Eurotransplant wendet für Nieren den von Thomas Wujciak und Gerhard Opelz (1993 a und b) entwickelten Algorithmus an. Dieser bezieht sich auf eine gegebene Anzahl Organe, trägt also der Idee des Vorsorgeprinzips nicht Rechnung. M.E. könnte der Wujciak-Opelz-Algorithmus durch unseren Algorithmus ergänzt werden, um den Aspekt eines endogenen Organangebots einzufangen. Unsere Umfrage (Blankart, Kirchner, Thiel, 2002) hat nämlich ergeben, dass die meisten Befragten durchaus dafür sind, die Spendebereitschaft bei der Verteilung der Organe mit zu berücksichtigen.

²⁹ In einer umfassenden Analyse müssten freilich noch weitere Aspekte berücksichtigt werden. Zu untersuchen wäre beispielsweise, ob die Menschen, wenn das Vorsorgeprinzip existiert, mit ihren Organen sorgfältiger oder weniger sorgfältig umgehen. Unter dem Vorsorgeprinzip haben erklärte Spender Priorität, was zum moral hazard beiträgt. Demgegenüber haben Nichtspender nunmehr stärkere Anreize, sich sorgfältig zu verhalten.

VI. Vorsorgeprinzip und Trennprinzip im Vergleich

In der folgenden Tabelle 2 werden Trenn- und Vorsorgeprinzip zusammenfassend charakterisiert.

Tabelle 2: Die Bewältigung des Organmangels im Vorsorgeprinzip und im Transplantationsgesetz

	Vorsorgeprinzip	Trennprinzip Transplantationsgesetz
1. Ursache des Organmangels	Koordinationsproblem	?
2. Eigentum der Spendeorgane	privat Abwehrgrundrechte	Staat Anspruchsgrundrechte
3. Verbindung zwischen Spender und Empfänger	ja	nein
4. Allokation der Spendeorgane	Aufgrund von Spendeerklärung (und bevorzugt an „super urgent“ Fälle)	Aufgrund von Warteliste, Dringlichkeit und Nutzen
5. Anlage der Regulierung	langfristig	kurzfristig
6. Langfristige Versorgungslage	Abbau des Organmangels	Verschärfung des Organmangels

Quelle: Eigene Zusammenstellung

Die Spalte zum Vorsorgeprinzip lässt in Tabelle 2 wie folgt interpretieren:

1. In der Transplantationsmedizin gilt es, ein Koordinationsproblem zu lösen. Denn nicht mangelnde Spendebereitschaft ist der Grund des Organmangels – die grundsätzliche Spendebereitschaft ist durchaus vorhanden – sondern das Unvermögen der Spendewilligen, mit den Organbedürftigen in eine intertemporale Beziehung zu treten.

2. Dieses Koordinationsproblem lässt sich bewältigen, wenn den Menschen *Verfügungsrechte* (und damit auch *Abwehrgrundrechte*) über ihre Organe zugestanden werden.
3. Sie können dann erklären: „Ich dediziere meine Organe primär an Spendebereite.“ Ein Treuhänder stellt sicher, dass die Erklärungen bei Spendern und Empfängern eingehalten werden.³⁰
4. Zuteilungskriterium ist die Spendebereitschaft (gegebenenfalls in Netto-Bereitschaftsjahren)³¹ Ausnahmen sind für „super urgent“ Patienten vorgesehen. Auf diese Weise werden neben den *Spenderrechten* auch die *Empfängerrechte* berücksichtigt. Die Entscheidungsfreiheit des Arztes bleibt gewahrt. Der Organmangel geht zurück (vgl. unten 6.).
5. Das Vorsorgeprinzip ist ein Arrangement auf lange Sicht. Denn es setzt bei der Spendebereitschaft der Menschen an. Nur wenn Spender vorhanden sind, gibt es Transplantationen.
6. Weil das Vorsorgeprinzip Spenden und Empfangen miteinander verknüpft, ergibt sich eine Tendenz zum Ausgleich von Angebot und Nachfrage und zur Überwindung des Organmangels. Gänzlich ausschließen lassen sich Mangel- und Überschusssituationen freilich nicht; denn der Preis ist als zentraler Koordinationsmechanismus mit Absicht und in Übereinstimmung mit dem Transplantationsgesetz außer Kraft gesetzt.

Sozusagen spiegelbildlich zum Vorsorgeprinzip steht das dem Transplantationsgesetz (TPG) zugrunde liegende *Trennprinzip*. Seine Grundsätze sind in der rechten Spalte von Tabelle 2 dargestellt.

1. Organmangel besteht. Doch seine Ursachen bleiben im Dunkeln. Aufgabe des Staates ist es, die Symptome des Organmangels zu bewältigen.

³⁰ Der Treuhänder hat einen Anreiz, dafür zu sorgen, dass die Organe bei den verstorbenen Spendern auch tatsächlich entnommen werden. Unter dem Trennsystem fehlt dieser Anreiz. Daher ist ein Teil des Organmangels auf die fehlende Bereitschaft der Krankenhäuser zurückzuführen, Organe zu entnehmen.

³¹ Das Spendebereitschaftskriterium wird gelegentlich kritisiert, weil nicht alle Menschen spendefähige Organe hätten. Diese seien bei der Verteilung benachteiligt. Indessen ist dieser Einwand unrichtig; denn es kommt nicht auf die *Spendefähigkeit*, sondern auf die *Spendebereitschaft* an. Nur sie muss dokumentiert werden. Zwischen Erklärung und Tod liegen oft Jahrzehnte, innerhalb derer sich der medizinische Fortschritt – und damit die Spendefähigkeit – entscheidend geändert haben kann.

Ein weiteres Argument lautet: Menschen, die später zugewandert sind, werden benachteiligt, weil sie weniger Spendebereitschaftsjahre sammeln können. Dies ist richtig. Man könnte dem entgegenwirken, indem alle Zuwanderer so behandelt werden, als stünden sie im Mindesteintrittsalter von z.B. 18 Jahren (vgl. oben V.). Dies wäre aber weder gerecht noch effizient, weil so die Versicherungsgemeinschaft unterwandert werden könnte. Statt des Transplantationstourismus unter dem Trennprinzip käme es zu einem solchen Tourismus zum Vorsorgeprinzip. Dadurch dass jeder Zuwanderer mit seinem aktuellen Alter der Versicherungsgemeinschaft beitreten kann, halten sich Begünstigung und Belastung gerade die Waage.

2. Hierzu eignet sich der Staat zunächst alle verfügbaren Organe an. Dann verteilt er sie aufgrund von Anträgen und Anspruchsgrundrechten auf die Patientinnen und Patienten.
3. Spender haben keinerlei Einfluss auf die Zuteilung. Ihre Spende muss bedingungslos erfolgen. Nur so gelingt es, ein absolutes Staatseigentum zu etablieren. Jede Motivation zur Spende außer Altruismus wird damit unterdrückt.
4. Die Zuteilung erfolgt *ausschließlich* nach der Wartezeit und nach den medizinischen Kriterien von Dringlichkeit und Nutzen einer Transplantation.³²
5. Weil im Transplantationsgesetz das Angebot von Organen nicht hinterfragt, sondern als exogen angenommen wird, kann durch dieses kein nachhaltiger Beitrag zur Verbesserung des Transplantationswesens (gegenüber dem status quo) geleistet werden.
6. *Langfristig* bleibt das Problem des Organmangels bestehen.

VII. Trennprinzip, Gerechtigkeit und Ethik

Mit dem Instrumentarium der Ökonomik lassen sich die heutigen Regelungen zur Organtransplantation im Sinne von Verfassungsmäßigkeit, Fairness und Ethik betrachten.-

A. Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG)

Das Recht auf Leben ist im Grundgesetz an prominenter Stelle in Art. 2 Abs. 2 S. 1 verankert. Mit dem Recht auf Leben verbunden ist das Recht jedes einzelnen, für seine Gesundheit zu sorgen. Der Sozialstaatsartikel Art. 20 Abs. 1 GG soll den Einzelnen zwar in diesem Bestreben unterstützen. Doch diese Hilfe kann nur subsidiär sein. Sie greift erst, wenn er sein Leben nicht mehr zu bewältigen weiß. Eine Möglichkeit, das Grundrecht, sein eigen Leib und Leben zu schützen, in Anspruch zu nehmen, besteht darin, eine Spendeerklärung auf Gegenseitigkeit nach dem Vorsorgeprinzip abzugeben. Dies zu verbieten, würde Art. 2 Abs. 1 GG widersprechen und wäre in diesem Sinne verfassungswidrig. Genau dies wird jedoch in Art. 12 Abs. 2 TPG getan.³³ Der Bürger darf für seine postmortale Spende ausschließlich das Angebot von Eurotransplant in Anspruch nehmen, und dieses lässt eine Spende nach dem Vorsorgeprinzip nicht zu.

³² Weil die Organbedürftigen häufig ähnliche Krankheitsbilder haben, kommt der Wartezeit vielfach die entscheidende Rationierungsfunktion zu.

³³ Gelegentlich wird eingewendet, die Spendebereitschaft als Allokationskriterium heranzuziehen sei deshalb problematisch, weil nicht alle Organbedürftigen gleichermaßen die Möglichkeit gehabt haben könnten, rechtzeitig eine Spendeerklärung abzugeben. Was unter „Möglichkeit“ auch immer verstanden werden mag, vor dem Recht auf Leben muss sie zurücktreten. Das Recht, sein eigen Leib und Leben zu schützen, ist unabhängig davon gültig, ob andere gleichermaßen dazu in der Lage sind. Wenn ein Schiff kentert, dürfen sich alle schwimmend zu retten versuchen, auch wenn einige noch weiter draußen sind und das Ufer mit geringerer Wahrscheinlichkeit erreichen. Eine Gesellschaft, die ihren Bürgerinnen und Bürgern das Recht, ihr eigenes Leben zu schützen, verwehrt, kann m.E. nicht überleben.

Die von Gutmann und Fateh-Moghadam (2003) vorgebrachte These, die vorhandenen „Transplantationskapazitäten“ (Organe) allein nach der Bedürftigkeit zu verteilen, weil alle Menschen das gleiche Recht auf Leben haben, ist ungenügend, weil die Menge der zu verteilenden Organe vom Verteilungsmodus in der Regel nicht unabhängig ist. Folglich ist eine Abwägung zwischen der Menge an Lebenschancen und deren Verteilung zu treffen. Da es aber keinen Maßstab gibt, nach dem ein Außenstehender diese Abwägung vornehmen könnte, ist sie der Autonomie der betroffenen Individuen zu überlassen.

B. Freiwilligkeit der postmortalen Spende (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG)

Spenden sollen freiwillig sein. Dies verlangen Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Ihre Freiwilligkeit können Spendewillige durch eine Spendeerklärung dokumentieren. Die Erklärung ist Voraussetzung für die Entnahme. So will es die im deutschen Transplantationsgesetz verankerte Zustimmungslösung § 3 TPG. In der Praxis stellen aber postmortale Organentnahmen aufgrund von Spendeerklärungen eine Seltenheit dar. Um wenigstens ein Minimum an Spendeorganen zu erzielen, hat der Gesetzgeber Abstriche von der Freiwilligkeit hingenommen. Statt der tatsächlichen Zustimmung verlangt er lediglich die *hypothetische Zustimmung* (§ 4 TPG). Er nennt dies (beschönigend) „erweiterte Zustimmungslösung“. Es ist daher nicht auszuschließen, ja davon auszugehen, dass derzeit eine unbekannte Anzahl von Organen postmortal gegen den Willen der Spender entnommen wird.

Isoliert betrachtet mag die Zulassung der hypothetischen Zustimmung (als ultima ratio) akzeptiert werden. Doch vor dem Vorsorgeprinzip lässt sich diese Einschätzung nicht mehr halten. Auf der einen Seite wird eine Form der tatsächlich freiwilligen Spende im Rahmen des Vorsorgeprinzips, dadurch dass dieses nicht zugelassen wird, verboten. Auf der anderen Seite wird die hypothetisch freiwillige Spende, deren tatsächliche Freiwilligkeit keineswegs nachgewiesen ist, gestattet. Dies widerspricht dem Verfassungsprinzip, wonach Einschränkungen der Grundrechte dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu genügen haben und demnach erst zulässig sind, nachdem die verfassungskonformen Möglichkeiten ausgeschöpft sind.

Eine pragmatische Lösung besteht darin, das Vorsorgeprinzip zuzulassen und mit dem Hineinwachsen in dieses neue System die Regelung der hypothetischen Zustimmung schrittweise abzubauen. So könnte dem Anliegen der Menschenwürde wie den Interessen der Organempfänger Rechnung getragen werden.

C. Freiwilligkeit bei der Lebendspende (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG)

Ein Widerspruch zum Freiwilligkeitsprinzip ergibt sich im weiteren in Bezug auf die Lebendspende. Es ist ein offenes Geheimnis, dass Lebendspenden, insbesondere von Nieren gerade deshalb so stark zugenommen haben, weil Organe von postmortalen Spenden nicht ausreichend zur Verfügung stehen. Zwar sollen Lebendspenden genauso freiwillig sein wie postmortale Spenden. Darüber will der Gesetzgeber wachen. Doch was heißt freiwillig, wenn ein Angehöriger leidet und ein gesunder Mensch wegen des bestehenden Mangels an postmortalen Spenden gar nicht anders kann, als seine Niere seinem Nächsten zu spenden?

Freiwilligkeit und Zwang liegen hier nahe beieinander. Wir gelangen in ein Grenzgebiet, das möglichst zu vermeiden wäre. Doch das Transplantationsgesetz zielt in die entgegen gesetzte Richtung. Durch das in § 12 TPG enthaltene Verbot des Vorsorgeprinzips wirkt es auf eine Verknappung des Angebots an Totenspenden hin und drängt die Menschen in die schwierigen Entscheidungsprobleme der Lebendspende. In der Tat haben die Lebendspenden in den vergangenen Jahren stark zugenommen. Die Unfreiwilligkeit der Spende, die vermieden werden sollte, wird durch das Gesetz gerade gefördert. Damit gerät dieses nicht nur mit der Verfassung in Konflikt; es wird auch ethisch angreifbar. Besser wäre es, das Vorsorgeprinzip zuzulassen und damit Druck von der Lebendspende zu nehmen.

D. Ethische Fragwürdigkeit

An das Transplantationsgesetz werden nicht nur verfassungsmäßige, sondern hohe ethische Anforderungen gestellt. Ist es ethisch akzeptabel? Oder generiert es ethisch verwerfliches Verhalten? Natürlich gibt es hier viele Dimensionen. Ärzte, Gesetzgeber, Krankenhausmanagements etc. sind involviert. Aber eine Dimension ragt heraus; die Beziehung zwischen Spender und Empfänger.

Eine generelle Antwort auf diese Art von Problemen hat vor über zweihundert Jahren der Philosoph Immanuel Kant gegeben.³⁴ *Verhalte Dich so*, schreibt er in seinem Kategorischen Imperativ, *dass Du wollen kannst, dass Deine persönliche Maxime zum allgemeinen Gesetz werde.*³⁵ Im Fall der Organtransplantation verletzt ein Mensch den kategorischen Imperativ, wenn er gespendete Organe in Anspruch nimmt, gleichzeitig aber nicht bereit ist, seine eigenen Organe (postmortal) zu spenden. Sein Verhalten ist im Kantschen Sinne „unmoralisch“, weil es in der Konsequenz als allgemeines Gesetz nicht bestehen kann.

Wie soll aber vorgegangen werden, wenn realistischerweise davon ausgegangen werden muss, sich viele Menschen eigennützig verhalten und daher bereit sind, Organe zu empfangen, nicht aber zu spenden? Können wir dann wollen, dass diese unmoralische Maxime zur allgemeinen Regel erklärt wird? Die Antwort lautet offensichtlich nein. Denn ein solches Gesetz richtet die Transplantationsmedizin zugrunde. Es entbehrt der moralischen Glaubwürdigkeit.

Genau darauf zielt aber das im Transplantationsgesetz enthaltene Trennprinzip. Spender wie Spendeverweigerer werden im Krankheitsfall strikt mit der gleichen Priorität bedient. Das Gesetz billigt das unmoralische Verhalten der Individuen, Organe zu empfangen, aber nicht zu spenden. Die Konsequenzen zeigen sich schon heute in der geringen und tendenziell abnehmenden Spendebereitschaft: vgl. Abbildung 1.

Umgekehrt ist ein individuelles Verhalten nach dem Vorsorgeprinzip verallgemeinerbar. Die Erklärung: *Ich spende primär an Spendebereite*, kann zur allgemeinen Norm erhoben werden. Jedermann kann sich so an der Transplantationsmedizin beteiligen, sie oder er muss es aber nicht, wenn sie oder er nicht spendebereit sind.

³⁴ Mein Kollege Prof. Dr. Dr. Christian Stadler von der Universität Wien hat mich auf diesen Punkt aufmerksam gemacht.

³⁵ Kant (1788). Es gibt etwa vier bis fünf dieser Formeln. Oben ist die sogenannte Verallgemeinerungsformel wiedergegeben.

VIII. Schlussfolgerungen für die Kooperation von Ökonomen und Juristen

In unserem Plädoyer für das Vorsorgeprinzip,³⁶ das wir während der Beratungen des schweizerischen Transplantationsgesetzes in den Jahren 2000 bis 2004 geführt haben, fanden wir viel Verständnis bei Ärzten, die tagtäglich mit tragischen Entscheidungen der Organallokation konfrontiert sind. Sie sind an Lösungen wie dem Vorsorgeprinzip interessiert, weil dieses dazu beiträgt, das Drama des Organmangels zu lindern und die Notwendigkeit solcher Entscheidungen zu reduzieren. Auch manche Politiker standen unseren Auffassungen aufgeschlossen gegenüber. Doch die meisten scheuten sich, sich für eine Sache einzusetzen, die unmittelbar wenig Wählerstimmen bringt. Erklärte Gegner fanden wir in der Verwaltung des Gesundheitswesens, und es ist auch verständlich weshalb. Im Vorsorgeprinzip wird die Organallokation durch Selbstorganisation angegangen. Die Verwaltung hat nur noch einen verminderten Einfluss darauf, wer was erhält. Sie kann keine Renten mehr verteilen, sondern nur noch die Reziprozität durchsetzen, die die Spendwilligen untereinander vereinbart haben.

Gänzlich gegen das Vorsorgeprinzip und in ihrer Ablehnung wohl politikentscheidend waren zahlreiche Juristen aus dem öffentlichen Recht. In ihrer Ausbildung lernen sie den Staat als ein System von Regeln und höchstrichterlichen Urteilen kennen. Handelnde Menschen, die deren Folgerichtigkeit in Frage stellen und durcheinander bringen könnten, gibt es in ihrem Gedankengebäude kaum. Es fehlen die Individuen, die sich aus ihrer Sicht bestmöglich an die Beschränkungen des Rechts anzupassen versuchen. Individuen treten im wesentlichen als abstrakte Kategorien wie „Grundrechtsträger“, „Anspruchsberechtigte“, „Steuerpflichtige“, „ihrem Gewissen verpflichtete Abgeordnete“, „Schulpflichtige“, „Straftäter“ usw. auf. Was diese Kategorien einander zu sagen haben, wie sie interagieren und den Staat zum Leben erwecken, lässt sich aus dieser juristischen Analyse kaum erkennen. Daher kann es dazu kommen, dass wie im Falle des Transplantationsgesetzes die Interaktion zwischen Individuen einfach geleugnet wird. Die Spendewilligen bilden eine Kategorie und Empfänger eine andere. Jede von ihnen ist separat zu behandeln. Ob die Missachtung der Interaktion zwischen den beiden dazu führt, dass Menschen in großer Zahl sterben müssen, geht in diese abstrakte Welt nicht ein.

An diesem Punkt setzen die Ökonomen ein. Sie liefern allgemeine Theorien menschlicher Verhaltensweisen. Durch ihr Instrumentarium sind sie in der Lage aufzuzeigen, dass das Produkt – beispielsweise die Organtransplantation – erst aus dem Zusammenwirken nutzenmaximierender Individuen entsteht. Indessen können Ökonomen ohne die Kenntnis der Institutionen der Juristen oft wenig Hilfreiches aussagen. Ihre Ansätze laufen Gefahr, in einer hypothetischen Modellwelt stecken zu bleiben und die relevanten Fragestellungen zu vernachlässigen.

Daher liegt es nahe, die beiden Ansätze nach Jahrzehnten des Auseinanderdriftens wieder zusammen zu bringen. Institutionenökonomik und politische Ökonomik (public choice) gehen diesen Weg.

Ich habe versucht aufzuzeigen, was das für die Organtransplantation bedeutet. Spender müssen Rechte erhalten. Auf dieser Basis sollte das Transplantationsgesetz novelliert und einer besseren Zukunft zugeführt werden.

³⁶ Blankart, Kirchner und Thiel (2002).

Literatur

Ahlert M. (2004), Public and Private Choices in Organ Donation, mimeo. Univ. Magdeburg.

Aumann Chr. und Gaertner W. (2004), Die Organknappheit. Ein Plädoyer für eine Marktlösung, Ethik in der Medizin, Springer-Verlag 10.1007/s00481-004-0288-z (2004 a)

Aumann Chr. und Gaertner W. (2004), Das Organdilemma. Ein Plädoyer für eine Marktlösung, in: V. Arnold, Hrsg., Wirtschaftsethische Perspektiven VII, Schriften des Vereins für Socialpolitik N.F. Bd. 228/VII, Berlin (Duncker und Humblot) S. 205-224 (2004 b).

Barnett, A.H., Blair, R.D., und Kaserman, D.L. (1992), Financial incentives for organ donations: compensation versus markets. *Inquiry*, 29:379-381.

Blankart, Ch. B., Kirchner, Chr. und Thiel G. (2002), Transplantationsgesetz. Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht, Aachen (Shaker Verlag).

Blankart, Ch. B. (2004), Trennprinzip oder Vorsorgeprinzip? Das geplante Transplantationsgesetz im Lichte der Kernkriterien der Bundesverfassung, in: **P. Becchi, A. Bondolfi, U. Kostka und K. Seelmann, Hrsg.: Ethik und Recht, Bd. 2, Organallokation. Ethische und rechtliche Fragen, Schweizerischer Nationalfonds, Nationales Forschungsprogramm Implantate, Transplantate NFP 46, Basel (Schwabe) 2004, S. 243-258.**

Ch. B. Blankart, U. Kamecke, Chr. Kirchner u.a. (2000), Vernehmlassung zu einem Entwurf zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Stellungnahme vom 21. 2. 2000.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, Bundesblatt 2001, S. 29- 270.

Buchanan, James M. (1965), The inconsistencies of the national health service. London (Institute of Economic Affairs. Occasional paper 7).

Buchanan, James M. (1975), The Limits of Liberty, The University of Chicago Pr.

Breyer, Fr. Kliemt, H. (1995), Solidargemeinschaft der Organspender: Private oder öffentliche Organisation? In: *P. Oberender* (Hrsg.), Transplantationsmedizin: Ökonomische, ethische, rechtliche und medizinische Aspekte, Baden-Baden (Nomos), S. 135-160.

Elster, J. (1995), Hrsg. Local Justice in America, New York (Russel Sage)

Frey, B. (1997), Markt und Motivation, München (Vahlen).

Gold, St. M., Schulz, K.H. und Koch U. (2001), Ursachen des Organmangels und mögliche Lösungsansätze, Köln (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung).

Gubernatis, G. (1997), Solidarmodell – mehr Gerechtigkeit in der Organverteilung, mehr Wahrhaftigkeit bei der Organspende – ein Weg zu multipler Problemlösung in der Transplantationsmedizin, in: *Rolf Lachmann/Norbert Meuter* (Hrsg.), Zur Gerechtigkeit der

Organverteilung: Ein Problem der Transplantationsmedizin aus interdisziplinärer Sicht, Stuttgart, S. 15-37.

Gutmann Th. (2004), Ergebnisse des Forschungsprojekts „Kriterien einer gerechten Organallokation“, in: P. Becchi, A. Bondolfi U. Kostka und K. Seelmann, Hrsg.: Ethik und Recht, Bd. 2, Organallokation. Ethische und rechtliche Fragen, Schweizerischer Nationalfonds, Nationales Forschungsprogramm Implantate, Transplantate NFP 46, Basel (Schwabe) 2004, S. 213-228.

Gutmann, Th. und Fateh-Moghadam, B. (2003), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin, Heidelberg (Springer).

Harris, J. und Erin, Ch. (2002), An ethically defensible market in organs, A single buyer like the NHS is an answer, British Medical Journal, July 20th, vol. 325, pp. 114-115.

Kant, I. (1788) Kritik der praktischen Vernunft, herausgegeben von J. Kopper, Stuttgart (Reclam) 1998.

Kliemt, H., (1993), “Gerechtigkeitskriterien” in der Transplantationsmedizin – eine ordoliberalen Perspektive, in: *Eckhard Nagel/Christoph Fuchs* (Hrsg.), Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen: Ökonomische, ethische und rechtliche Fragen am Beispiel der Transplantationsmedizin, Berlin et al. S. 262.

Schmidt, V. H. (1994), Some Equity-Efficiency Trade-Offs in the Provision of Scarce Goods: The Case of Lifesaving Medical Resources, Journal of Political Philosophy, Vol. 2, Nr. 1, S. 44-66.

Schmidt, V. H. und Hartmann B.K. (1997), Lokale Gerechtigkeit in Deutschland, Studien zur Verteilung von Bildungs- Arbeits- und Umweltgütern, Opladen (Westdeutscher Verlag).