

Blankart/Kirchner/Thiel

Transplantationsgesetz

**Eine kritische Analyse aus
rechtlicher, ökonomischer und
ethischer Sicht**

**Shaker Verlag
Aachen 2002**

Vorwort

Die vorliegende Studie ist das Ergebnis eines interdisziplinären Projekts zwischen Medizinern, Juristen und Ökonomen von der Universität Basel und der Humboldt-Universität zu Berlin.

Ausgangspunkt bildet folgende einfache Frage: Gegeben der Mangel an Spendeorganen, wäre es da nicht fair und effizient, unter gleich schwer Organkranken die verfügbaren Organe zuerst jenen zukommen zu lassen, die sich als gesunde Menschen zu einer postmortalen Organspende oder zu einer Lebendspende bereit erklärt haben und erst dann die Spendeverweigerer zu bedienen?

Fast alle unserer Gesprächspartner waren der Ansicht, dass dies eine im Grunde vernünftige Regel darstellt. Die vorgeschlagene Reziprozität zwischen Geben und Nehmen von Organen sei nicht nur gerecht, weil es ohne Spenden keine Transplantationen gäbe, sondern auch effizient, weil jeder Mensch durch eine Spendeerklärung Vorsorge treffen und sich so vor dem Risiko, später von einem Organmangel betroffen zu werden, schützen könne. Freiwilligkeit bleibe gewährleistet. Auch unsere Erhebung, die wir unter Studentinnen und Studenten der Universitäten Zürich, Fribourg und Berlin durchführten, bestätigten diese Ergebnisse.

Gegner fanden sich anfänglich unter den Medizinern. Sie befürchteten die Infragestellung ärztlicher Werte. Doch die meisten von ihnen stimmten uns zu, nachdem wir verdeutlicht hatten, dass die Reziprozität zwischen Geben und Nehmen nicht als absolutes, sondern nur als subsidiäres Kriterium bei der Organzuteilung gelten sollte: Wenn zwei Personen die gleiche medizinische Indikation haben, wer sollte dann das Organ eher erhalten: die Spendebereite oder der Spendeverweigerer? Natürlich die Spendebereite, meinten sozusagen alle. Auch bei den Ethikern fanden wir vielfache Zustimmung, wenngleich ihre Fragestellungen sich mit den unseren nicht immer deckten.

Es blieben die Verwaltungsfachleute, insbesondere in der Bundesverwaltung und den Institutionen der Organzuteilung. Einige stimmten uns zu, andere waren zurückhaltend, einige aber hielten die Idee der Reziprozität für völlig abwegig. Sie meinten, Spenden und Empfangen von Organen dürften auf keinen Fall in einen Zusammenhang gebracht werden. Vor allem diese letzteren Vertreter sind von Bedeutung, weil aus ihrer Feder der Entwurf des vorliegenden Transplantationsgesetzes vorwiegend stammt und weil sie damit für das Schicksal tausender von Organkranken Verantwortung tragen.

Von dieser Seite wurden die vielfältigsten Argumente vorgebracht, um unseren Vorschlag der Reziprozität zunichte zu machen: von behaupteter Diskriminierung bis zur Verletzung der Bekenntnisfreiheit.

Wir bemühten uns, jedem einzelnen dieser Argumente auf den Grund zu gehen. Dabei stiessen wir unerwartet auf Bestimmungen des Gesetzesentwurfs, die fundamentalen Rechten der Bundesverfassung widersprechen: dem Recht auf Persönlichkeit, dem Schutz der Gesundheit und dem Prinzip der Nichtdiskriminierung.

Daher suchten wir ein neues, verfassungskonformes Leitbild und fanden dieses im sogenannten „Vorsorgeprinzip“, nach dem die Spendebereitschaft bei der Organvergabe mit-berücksichtigt wird. Wie auch immer das Parlament sich dazu stellen mag, eine verantwortungsbewusste, an der Bundesverfassung orientierte Nachbesserung des Gesetzesentwurfs scheint uns unumgänglich.

Die Autoren

Berlin und Basel im Juli 2002

Transplantationsgesetz Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht

VON
Charles B. Blankart^{*}, Christian Kirchner^{**}
Humboldt-Universität zu Berlin
und
Gilbert Thiel^{***}
Universität Basel

Zusammenfassung: Einfache Wahrheiten in sechs Punkten
Résumé: Simples vérités en six points

I.	Polizeigesetz oder Koordinationsgesetz?	S. 7
II.	Was will das Trennprinzip, was will das Vorsorgeprinzip?	S. 13
III.	Trennprinzip und Vorsorgeprinzip im Lichte der Kernkriterien der Bundesverfassung	S. 17
IV.	Weitere Gründe für das Vorsorgeprinzip	S. 34
V.	Einwände gegen das Vorsorgeprinzip	S. 40
VI.	Ethische Argumente für das Vorsorgeprinzip und gegen das Trennprinzip	S. 53
VII.	Vorsorge- oder Trennprinzip, Ergebnisse einer Umfrage	S. 56
VIII.	Das wichtigste in Kürze - für eilige Leserinnen und Leser	S. 58

^{*} Charles B. Blankart promovierte 1969 an der Universität Basel, habilitierte 1976 an der Universität Konstanz und lehrte dann als Professor für Wirtschaftswissenschaften an verschiedenen deutschen Universitäten, seit 1992 an der Humboldt-Universität zu Berlin. Korrespondenzadresse: blankart@wiwi.hu-berlin.de.

^{**} Christian Kirchner hat an den Universitäten Tübingen, Frankfurt am Main, Harvard und Massachusetts Institute of Technology Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaft und Japanologie studiert, wurde 1974 zum Dr. iur., 1977 zum Dr. rer. pol. promoviert, 1982 habilitiert, war dann Professor an der Universität Hannover und lehrt seit 1993 an der Humboldt-Universität zu Berlin.

^{***} Gilbert Thiel promovierte an der Zürcher Medizinischen Fakultät, arbeitete später an der Harvard Medical School in Boston und wurde 1969 als Professor Medizinischer Leiter der neu gegründeten Abteilung für Organtransplantation an der Basler Medizinischen Universitätsklinik. Er ist derzeit emeritierter Ordinarius für Nephrologie und Transplantationsmedizin an der Universität Basel.

Zwei vorläufige Fassungen dieser Analyse wurden mehreren Fachleuten zur Stellungnahme zugesandt. Die Autoren danken allen kritischen Leserinnen und Lesern für Vorschläge, Einwände und Ergänzungen. Sie haben durch ihre konstruktiven Beiträge wesentlich zur Verbesserung der vorangegangenen und dieser Fassung beigetragen. Dank gebührt Prof. Dr. Friedrich Breyer, Prof. Dr. Hartmut Kliemt, Prof. Dr. Peter Zweifel und Dr. Hans-Ulrich Pestalozzi für Bestärkung wie Kritik. Die Verantwortung verbleibt indessen ausschliesslich bei den Autoren.

Transplantationsgesetz: Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht

von Charles B. Blankart, Christian Kirchner und Gilbert Thiel

Zusammenfassung: Einfache Wahrheiten in sechs Punkten

1. Die Lage in der Organtransplantation ist dramatisch. Über tausend Kranke warten in der Schweiz oft über Jahre auf ein Transplantationsorgan. Viele von ihnen sterben, weil ein Organ für sie nicht rechtzeitig verfügbar ist.

2. Einen Beitrag zur Entschärfung der Lage leistet das **Vorsorgeprinzip**.

3. Wer als gesunder Mensch erklärt, seine/ihre Organe nach dem Tod zu spenden, kann mit einer früheren Zuteilung im Krankheitsfall rechnen. Dadurch steigt seine/ihre Spendebereitschaft. Der Organmangel wird vermindert.

4. Der Bundesrat will das **Vorsorgeprinzip** verbieten und stattdessen das **Trennprinzip** durchsetzen. Danach darf die Spendebereitschaft bei der Organzuteilung nicht berücksichtigt werden. Konsequenz: Die Motivation zur Organspende bleibt gering. Der Organmangel wird sich weiter verschärfen.

5. Die Haltung des Bundesrates ist nicht nur unverständlich; sie ist **verfassungswidrig**. Denn:

- Verletzt wird das **Persönlichkeitsrecht** eines Menschen, die Modalitäten seiner/ihrer Spende nach dem Tod festzulegen und damit das Schicksal seiner/ihrer Organe nach dem Tod zu bestimmen. Faktisch bleibt nur die Alternative, an den Staat zu spenden oder nicht zu spenden (Art. 10 Abs. 2, Art. 119a Abs. 1 BV).
- Menschen, die zur Vorsorge spenden möchten, werden von der Spende ausgeschlossen. Dies geht zu Lasten derer, die infolge von Organmangel leiden und sterben. Der Verfassungsauftrag, **die Gesundheit zu schützen**, wird verletzt (Art. 119a Abs. 1 BV).
- Bei der Organzuteilung werden **die Spendebereiten gegenüber den Spendeverweigerern diskriminiert**. Dies widerspricht dem Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 BV).

Der vorgelegte Entwurf ist mit der Bundesverfassung in Übereinstimmung zu bringen.

6. **Minimalforderung**: „Bei der Zuteilung der Organe ist die Spendebereitschaft mit-zu-berücksichtigen“ (Art. 17 Abs. 1).

Loi sur la transplantation

Analyse critique du point de vue juridique, économique et éthique

par Charles B. Blankart,^{*} Christian Kirchner^{**} et Gilbert Thiel^{***}

Résumé : Simples vérités en six points

1. Tout le monde sait : Sans dons d'organes, pas de transplantations.
2. *Le principe de prévoyance* tient compte de ce fait. Celui qui déclare être donneur d'organes après sa mort, obtient une préférence en cas de besoin d'un organe en cas de vie. Le nombre d'organes disponibles augmentera. Les priorités médicales restent réservées.
3. Dans son projet de Loi, le Conseil fédéral méconnaît le lien entre don et obtention d'un organe. Il opte pour *le principe de séparation*, selon lequel l'attribution d'un organe est indépendante du fait que le patient ait ou n'ait pas été prêt auparavant à se constituer comme donneur en cas de décès. La Loi sera ainsi cause d'un manque énorme d'organes et par conséquent de la souffrance et de la mort de centaines de patients.
4. La raison est évidente : Sous le principe de séparation, l'individu n'a pas d'incitation à la prévoyance, car sa déclaration d'être donneur ne sert que la collectivité, mais pas sa personne. L'incitation faisant défaut, il y aura toujours un manque d'organes, donc une augmentation des décès.
5. Le principe de séparation est contreproductif. De plus, ***il contredit la Constitution, à savoir la liberté de décision personnelle, la protection de la santé et l'interdiction de la discrimination.***

^{*} Prof. Charles B. Blankart, Dr. ès sciences économiques de l'Université de Bâle en 1969, agrégé à l'Université de Constance, fut professeur dans plusieurs universités en Allemagne. Depuis 1992 il est professeur et directeur de l'Institut de Finances Publiques, Compétition et Institutions à l'Université Humboldt à Berlin, adresse: blankart@wiwi.hu-berlin.de.

^{**} Prof. Christian Kirchner a fait ses études de droit, d'économie et de japonologie aux Universités de Tubingue, de Francfort-sur-le-Mein, Harvard et au Massachusetts Institute of Technology. Il a acquis en 1974 son doctorat en droit, en 1977 son doctorat ès sciences économiques et a été agrégé en 1982. Ensuite il a été professeur à l'Université de Hanovre et enseigne depuis 1993 à l'Université Humboldt à Berlin.

^{***} Prof. Gilbert Thiel, Dr. en médecine de l'Université de Zurich, a travaillé à la Harvard Medical School à Boston et en 1969 il est devenu le responsable médical de la Division pour la Transplantation d'Organes à la Clinique Médicale Universitaire de Bâle. Il est Professeur Ordinaire de Néphrologie et de Médecine de la Transplantation à l'Université de Bâle et actuellement retraité.

6. La solution minimale serait une ajoute à l'art. 17 du projet de Loi : « Lors de l'attribution d'organes, la constitution préalable du patient comme donneur est prise en considération ».

« *Toute personne a ainsi le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort.* »
Bundesgericht (123 I 112) 1997

I. **Polizeigesetz oder Koordinationsgesetz?**

Organtransplantationen gehören zu den bedeutendsten Behandlungsmethoden, die die Medizin in den vergangenen Jahrzehnten hervorgebracht hat. Leiden organkranker Menschen konnten erfolgreich behandelt werden. Tausende von Menschenleben wurden durch Organtransplantationen gerettet.¹ Zweck eines Transplantationsgesetzes sollte es daher sein, einen Ordnungsrahmen zu schaffen, in dem sich diese Behandlungsart zum Nutzen aller entfalten kann, um im Rahmen des Rechtsstaates dem individuellen Wunsch nach Gesundheit und Menschenwürde zu dienen.

Diese Eckpunkte könnten den Zweckartikel eines Transplantationsgesetzes bilden. Doch der Bundesrat will es anders. In seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz vom 12. September 2001² sieht er den Zweck eines Transplantationsgesetzes in erster Linie darin, Missbrauch zu verhindern, nicht aber einen zu Rahmen schaffen, in dem sich Spender und Empfänger von Organen freiwillig zusammenfinden, um die Transplantationsmedizin fruchtbar zu nutzen. Der Zweckartikel des vorliegenden Gesetzesentwurfs ist auf Prävention und nicht auf Koordination ausgerichtet:

Art. 1 „Dieses Gesetz soll bei der Anwendung der Transplantationsmedizin beim Menschen den missbräuchlichen Umgang mit Organen, Geweben oder Zellen verhindern und die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit schützen.“

Die Notwendigkeit solcher Schutzbestimmungen sei nicht in Frage gestellt. Doch der Zweckartikel erweckt den Eindruck, es herrsche in der Schweiz ein verbreiteter Missbrauch. Ein *Polizeigesetz* sei erforderlich, um ihn zu beseitigen. Der Nutzen der Transplantationsmedizin, der auf dem Geben und Empfangen von Organen beruht, bleibt demgegenüber unerwähnt. Er wird als selbstverständlich angenommen. Doch gerade dies ist nicht der Fall.

¹ Vgl. hierzu Chenux (2000).

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Bern, 12. September 2001.

Unsere Untersuchungen haben gezeigt, dass viele Menschen grundsätzlich bereit wären, nach dem Tod ihre Organe zu spenden.³ Dennoch herrscht seit langem ein gravierender, Jahr für Jahr wachsender Organmangel. Hunderte von Menschen leiden über Jahre an Organschwäche oder Organausfall. Ihr Lebensraum ist eng begrenzt. Ihnen kann nicht geholfen werden, weil zu wenig Spendeorgane verfügbar sind. Viele von ihnen, offiziell etwa dreissig bis fünfzig Personen (inoffiziell wesentlich mehr), sterben jährlich auf der Schweizer Warteliste.⁴ Diese Tragik braucht nicht als Naturereignis hingenommen zu werden. Denn wenn die Spendebereitschaft grundsätzlich vorhanden ist, so liegt offenbar ein *Koordinationsproblem* vor. Spendewillige und Organbedürftige finden nicht zueinander. Hier hätte der Gesetzgeber einsetzen sollen. Nicht ein *Polizeigesetz* ist gefragt – hier haben Bund und Kantone das Wesentliche schon getan⁵ - sondern ein *Koordinationsgesetz*, das das freiwillige Zusammenwirken von Spendern und Empfängern erleichtert und damit einen Beitrag zur Überwindung der Tragik schafft.

Ebensowenig sind zentralstaatliche Anweisungen oder gar ein Zwang zur Organspende erwünscht. Es geht auch nicht um die staatliche „Förderung der Verfügbarkeit von Organen“, wie sie im Vorentwurf zum Gesetz einmal vorgesehen war, im Gesetzesentwurf aber zu recht gestrichen worden ist. Denn „Es soll nicht Sache des Staates sein, für Organspenden zu werben...“⁶ Es geht lediglich darum, die Koordination zwischen Organbedürftigen und Spendewilligen auf freiwilliger Basis zu erleichtern oder wenigstens zu erlauben. Die hierfür wünschbare Entscheidungsfreiheit will das Departement des Innern nicht gewähren. Es behauptet, „neutral“ zu sein,⁷ macht sich aber zur Partei, weil es freiwillige Koordination ausschliesst, anstatt sie zuzulassen bzw. zu vermitteln.

Bundesrat und Departement des Innern gehen von der unbegründeten Meinung aus, der Organmangel sei ein unabänderliches, durch den medizinischen Fortschritt gegebenes Faktum,⁸ und der Staat habe die Aufgabe, das Verfügbare möglichst gerecht zu verteilen.

³ Näheres dazu unten in Teil VII.

⁴ Swisstransplant nennt 50 bzw. 32 Verstorbene auf der Warteliste für 2000 bzw. 2001. Zählt man die zurückgezogenen Anträge noch dazu, so gelangt man auf 82 bzw. 89 Verstorbene in 2000 bzw. 2001.

⁵ Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantationen vom 22. März 1996, SR 818.111, sowie Verordnung über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten (Blutkontrollverordnung) vom 26. Juni 1996, SR 818.111.3. Der Bundesbeschluss ist freilich bis Ende 2005 befristet. Seine Bestimmungen sollen bis dann in das Transplantationsgesetz eingehen. Er könnte aber auch verlängert werden.

⁶ Botschaft, S. 133.

⁷ Ebendort.

⁸ Vgl. Botschaft, z.B. S. 35. In der Fachliteratur wird schon seit vielen Jahren darauf hingewiesen, dass Organknappheit *endogen* zu bestimmen ist, d.h. dass sie von den Möglichkeiten der Interaktion zwischen Spendewilligen und Organbedürftigen abhängt, vgl. Kliemt (1993), Breyer, Kliemt (1995), Kollhossler (1996),

Dies ist aber eine zu enge Sicht. Der Mangel hängt vielmehr mit davon ab, wie viel Rechte den Individuen an ihren Organen belassen werden. Je weniger Rechte sie haben, desto geringer ist (unter sonst gleichen Bedingungen) ihre Spendebereitschaft und desto grösser der Mangel.

Ohne diesen grundlegenden Zusammenhang zwischen Rechten und Spenden zu beachten, legen das Departement des Innern und der Bundesrat ein Gesetz vor, in dem die Kompetenzen des Bundes gestärkt und die verfassungsmässigen Rechte der Bürgerinnen und Bürger geschwächt werden. Dadurch wird mit einer seit über hundert Jahren praktizierten Persönlichkeitsrechtstradition der Bundesverfassung gebrochen und eine langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichtes übergangen. Wir werden in unserer Analyse darlegen und ausführlich begründen, warum der Ansatz des Bundesrates in wichtigen Punkten mit der Bundesverfassung nicht vereinbar ist.

Ein Transplantationsgesetz sollte im weiteren nur diejenigen Bereiche regeln, über die einigermaßen verlässliche Erkenntnisse bestehen. Bei manchen Fragen der Transplantationsmedizin ist dies nicht der Fall. So wurde zu recht die Frage der optimalen Grösse von Transplantationszentren und damit des gesamtschweizerisch wünschbaren Zentralisierungsgrades der Transplantationsmedizin zurückgestellt. Die Abwägung zwischen Grössenvorteilen, Vielfalt und Qualität von Transplantationszentren hat, wie der Bundesrat schreibt, zu keinen eindeutigen Ergebnissen geführt, so dass noch keine Regelung vorgeschlagen wurde.⁹ Diese Entscheidung ist auch deswegen gerechtfertigt, weil sich in einem durch Innovationen geprägten Sektor ein Betriebsoptimum gar nicht ausrechnen lässt. Das zu Optimierende ist definitionsgemäss unbekannt.

Zurückhaltung ist auch bei schwierigen institutionellen Fragen angebracht. So ist beispielsweise zur Beurteilung der Frage der *Zustimmungs-* oder

Gubernatis (1997), Gubernatis, Kliemt (1999, 2000a), Thiel (1996) u.a.m. Die Autoren des vorliegenden Beitrags haben im Vernehmlassungsverfahren zum Transplantationsgesetz, in der Fachliteratur und in der Presse auf den Zusammenhang zwischen Spenden und Empfangen aufmerksam gemacht, in: Blankart, Kamecke, Kirchner u.a. (2000a, 2000b), Blankart (2000a, 2000b), Blankart, Thiel (2001) u.a.O. Andere Autoren gehen demgegenüber von einer absoluten Knappheit der Spendeorgane aus, übersehen aber, dass es diese nicht gibt, weil stets ein Arrangement ausgedacht werden kann, durch das eine bisher nicht spendewillige Person dazu bewogen werden kann, sich freiwillig zu einer Spende (nach dem Tod) bereitzuerklären. Daher geht es nicht an, eine absolute Knappheit einfach zu unterstellen und diese zum Ausgangspunkt der Analyse zu machen, wie z.B. bei Schott (2001, S. 46). Vielmehr ist zu untersuchen, wie Menschen auf Knappheit reagieren, wie sie sich arrangieren. Andernfalls werden die Ergebnisse per Annahme vorweggenommen. Der Erkenntniswert bleibt gering.

⁹ Botschaft, S. 117 - 124.

Widerspruchslösung ein Mehrheitsentscheid auf Bundesebene wenig hilfreich. Aus der Mehrheit der Stimmen lässt sich nicht erkennen, was die richtige Lösung ist. Im vorliegenden Fall hat sich der schweizerische Föderalismus als sinnvolles Verfahren erwiesen. Die kantonale Autonomie hat zu verschiedenartigen Lösungen geführt, deren Vor- und Nachteile durch Versuch und Irrtum getestet wurden und die im Laufe der Jahre zu einer Konvergenz zur Zustimmungslösung führten. Die Zukunft mag noch weitere Regelungen bringen, die sich aber nur testen lassen, wenn kantonale Autonomie bestehen bleibt. Die Vorsicht gebietet daher, abzuwägen zwischen dezentraler Konvergenz und zentralstaatlich beschlossener Einheitslösung.¹⁰

Aus diesen Gründen geht die folgende Untersuchung davon aus, dass der Bund in dem von der Verfassung vorgesehenen Gesetz erst einmal die *einfacheren Fragen* regeln sollte, bevor komplexe Probleme, deren Konsequenzen schwer durchschaubar sind, angegangen werden. Regelungsbedürftig ist in erster Linie die Beziehung zwischen Spenden und Empfangen von Organen. Denn darauf beruht die ganze Transplantationsmedizin.

Das Departement des Innern verfolgte von Anfang an die Ansicht, dass ausschliesslich das sogenannte „*Trennprinzip*“ zulässig sein soll. Spenden und Empfangen unterliegen separaten Regelungen. Wer sich zur postmortalen Spende bereit erklärt hat, erhält keinerlei Anrecht auf eine prioritäre Organzuteilung im Krankheitsfall. Erklärte Spender und Spendeverweigerer werden gleich behandelt.

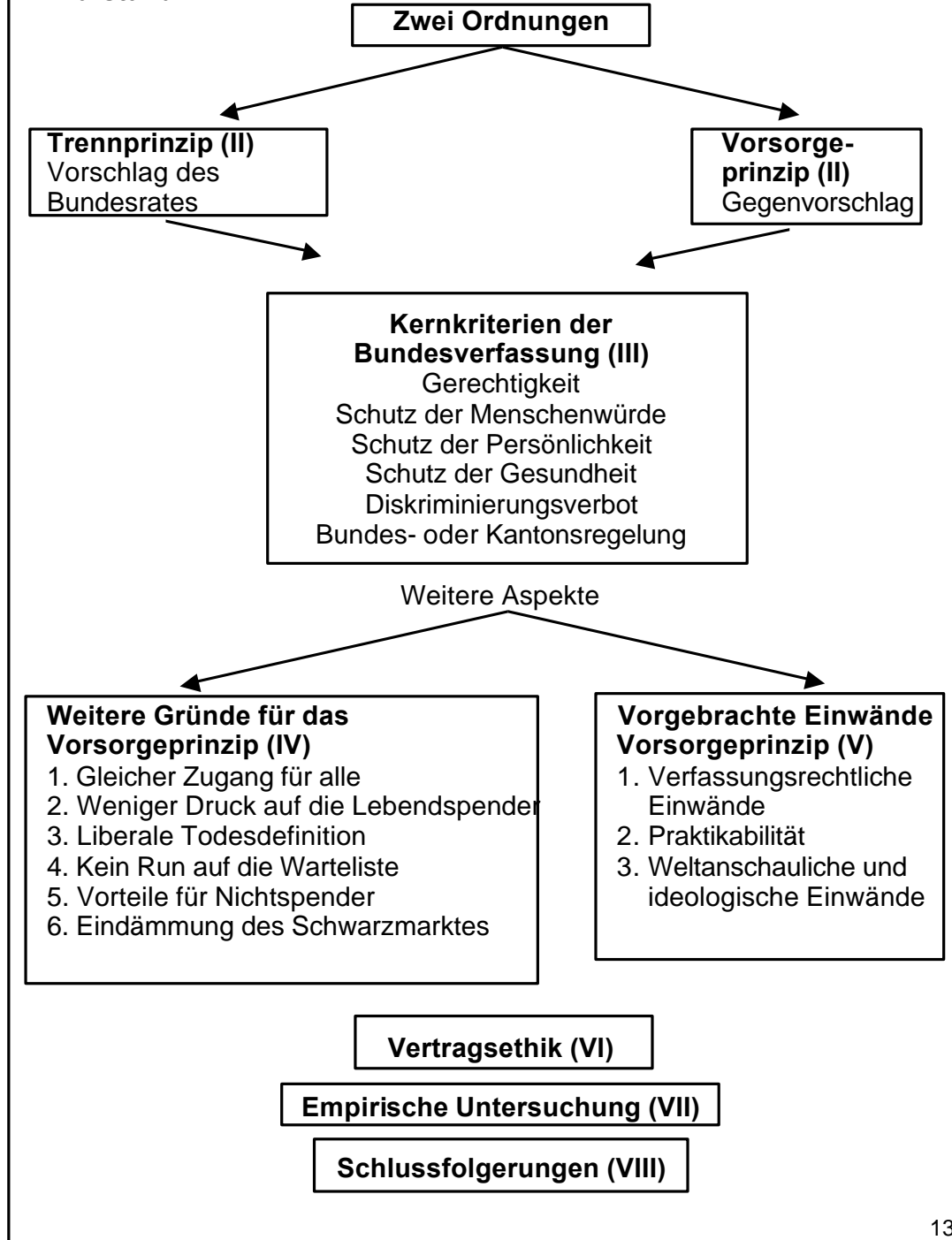
Alternativ verlangt das „*Vorsorgeprinzip*“: Wer eine Erklärung zur Spende nach dem Tod unterzeichnet hat, darf im Krankheitsfall damit rechnen, ein Organ mit höherer Priorität zu erhalten, als wer die postmortale Spende verweigert hat, soweit dem keine medizinischen Dringlichkeiten entgegen stehen. Ein Mensch kann also durch seine/ihre Erklärung vorsorgen und sich vor den Beschwerlichkeiten langer Wartezeiten schützen. Umgekehrt steigt durch den Anreiz, postmortal zu spenden, das Organangebot, und das Problem des Organmangels entschärft sich.

¹⁰Für den Bundesrat scheint die heutige „Rechtszersplitterung“ (Botschaft, S. 31) ein besonderes Ärgernis darzustellen. Diese Überlegung greift zu kurz. Denn Einheitslösungen bringen dort keinen Fortschritt, wo die Materie umstritten ist. Sie beenden lediglich den Suchprozess und verhindern damit, dass durch „Versuch und Irrtum“ bessere Lösungen aufgedeckt werden. Einheitslösungen sind daher gerade in der Transplantationsmedizin gar nicht unbedingt erstrebenswert. Folgerichtig schreibt Art. 119a BV nicht zwingend eine Einheitslösung vor. Denkbar ist auch ein Rahmen kantonal zulässiger Lösungen hinsichtlich der Frage der Organentnahme und Organzuteilung.

Das Vorsorgeprinzip rechtfertigt sich nicht nur aus seinen Vorteilen. Es widerspiegelt vielmehr ein fundamentales Persönlichkeitsrecht, über das Schicksal seines toten Körpers bestimmen zu dürfen. In dem vom Bundesrat vertretenen Trennprinzip wird dieses Recht verweigert. Die Spendeorgane werden faktisch zu Staatseigentum, und dies ist von der Bundesverfassung nicht vorgesehen.

Unsere Thesen sollen im folgenden ausführlich dargelegt und begründet werden. Zunächst werden in Teil II das Trenn- und das Vorsorgeprinzip näher erläutert. Im zentralen Teil III wird der Gesetzesentwurf an den Kernkriterien der Bundesverfassung gemessen. Daraus wird erkenntlich, dass nicht das bundesrätliche Trennprinzip, sondern das von uns vorgeschlagene Vorsorgeprinzip der Bundesverfassung genügt. Weitere Gründe für das Vorsorgeprinzip werden in Teil IV aufgezeigt. Kritikpunkte am Vorsorgeprinzip werden in Teil V behandelt. Eine Evaluation von Trenn- und Vorsorgeprinzip aus der Sicht der Ethik erfolgt in Teil VI. Teil VII bringt eine Einschätzung der beiden Prinzipien vor dem Hintergrund einer von uns durchgeführten Erhebung. Teil VIII zieht die Schlussfolgerungen.

Abbildung 1: Ordnungen der Transplantationsmedizin auf dem Prüfstand



II. Was will das Trennprinzip, was will das Vorsorgeprinzip?

Jedermann weiss: Ohne Organspenden gibt es keine Transplantationen. Die Möglichkeit, ganze Organe durch Klonen, In-vitro-Züchtung von Stammzellen oder tissue engineering herzustellen, liegt in weiter Ferne und wird teilweise auch aus ethischen Gründen abgelehnt.¹¹ Somit bleibt es dabei: Spenden und Empfangen hängen in der Transplantationsmedizin zwingend zusammen. Kein Gesetzgeber kommt an einer Regelung dieses Zusammenhangs vorbei. Er kann ihn entweder leugnen und damit die Transplantationsmedizin behindern, oder er kann ihn im Interesse der Menschen regeln, die Koordination unter ihnen erleichtern und damit zum Nutzen aller beitragen. Im Vordergrund der Diskussion stehen die beiden Regelungsformen des Trenn- und des Vorsorgeprinzips.

1. Das Trennprinzip: Danach darf bei der Zuteilung eines Organs an eine kranke Person nicht berücksichtigt werden, ob diese sich in gesundem Zustand zur Organspende nach dem Tod bereit erklärt hat oder nicht. In Art. 17 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs werden die ausschliesslich zulässigen Zuteilungskriterien abschliessend aufgezählt. Es sind die Dringlichkeit, der Nutzen und die Wartezeit.¹² Die Berücksichtigung der Spendebereitschaft ist strikt *verboten*.

Eine Person hat nur die Wahl zu spenden oder zu verweigern. Entscheidet sie sich zum Spenden, so gehen sämtliche Rechte an ihren Organen wie erwähnt an den Staat.¹³ Dies läuft auf eine faktische Enteignung der Spendebereiten hinaus. Nicht sie, sondern der Staat entscheidet, wem die gespendeten Organe in erster Linie zukommen. Es versteht sich, dass die Spendebereitschaft unter einem solchen Regime gering ist. Im Ergebnis führt dies zu Organmangel und – was ethisch zu denken gibt – zum Leiden und Sterben vieler Patientinnen und Patienten.

Unter den heutigen kantonalen Gesetzen wird ausschliesslich das Trennprinzip praktiziert. Dies erklärt sich aus den Anfängen der Transplantationsmedizin, als diese mehr Versuchs- als Anwendungs-

¹¹ Zur Analyse der gesellschaftlichen Risiken der Xenotransplantation, vgl. Gubernatis, Kliemt (2000b).

¹² Bei Patientinnen und Patienten mit seltenem Matching von Bedarf und Spendeorgan soll nach Art. 17 Abs. 2 auch die Chancengleichheit zählen.

¹³ Möglich sind als Ausnahmefall Totenspenden an designierte Kranke (z.B. ein sterbender Vater dediziert ein eigenes Organ an seinen organkranken Sohn) nach Art. 15 des Gesetzesentwurfs sowie Botschaft, S. 148. Die Voraussetzungen dieser designierten Totenspende sind so eng, dass sie schwerlich grössere quantitative Bedeutung erhalten dürften.

charakter hatte. Damals war das Risiko von Organtransplantationen gross und die Nachfrage nach Transplantationsorganen entsprechend gering. Daher wurden Transplantationen „nach Anfall“ an Organen vorgenommen. Organmangel stellte nicht das dominante Problem dar. Heute jedoch ist das Risiko von Organtransplantationen vergleichsweise gering geworden. Immunsuppressiva wie Cyclosporin, die seit Anfang der achtziger Jahre verfügbar sind, verminderten die Gefahr der Abstossung. Auch die Behandlungskosten fallen heute für Organtransplantationen im Vergleich zu Alternativtherapien wie Dialyse günstiger aus als noch vor zwanzig Jahren. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Nachfrage nach Organtransplantationen sprunghaft angestiegen ist und nach wie vor weiter wächst. Gleichzeitig stagnieren die Organspenden, weil unter dem Trennprinzip nur eine sehr geringe persönliche Spendemotivation besteht. Entsprechend steigt der Organmangel rapide an. In den vergangenen zwei Jahrzehnten hat sich die Versorgungslage von einer Malaise zu einem ernststen Drama entwickelt. Wir werden darauf zurückkommen. *Jedenfalls lässt sich schon jetzt erkennen, dass das Trennprinzip nicht mehr zeitgemäss ist und daher nicht in das neue Bundesgesetz übernommen werden sollte.*

2. *Das Vorsorgeprinzip.*¹⁴ Realistischer ist es zu fragen, wie Menschen für den Fall eines möglichen Organbedarfs Vorsorge treffen können. Unter dem Trennprinzip haben sie hierzu keine Möglichkeit. Sie können zwar eine Spendeerklärung abgeben. Damit treffen sie Vorsorge für die Allgemeinheit, aber nicht für sich selbst. Daher ist ihre Spendemotivation gering. Es lohnt sich, Trittbrettfahrer zu sein. Denn Spendewillige wie Spendeverweigerer haben den gleichen Anspruch auf ein Organ, wenn sie krank werden. Dass es so zu Organmangel kommt, ist nicht erstaunlich (vgl. oben).

Wirksame Vorsorge ist jedoch möglich, wenn die Spendeleistung der Spendeperson zugerechnet werden kann, genauer: wenn sich Nutzen und Kosten „*internalisieren*“ lassen. Wir betrachten zwei Formen der Internalisierung: Internalisierung durch Vertrag und Internalisierung durch Vermittlung des Staates.

a. Internalisierung durch Vertrag: In diesem Fall erklären die Spendebereiten, ihre Totenspende in erster Linie an ebenfalls Spendebereite zu leisten. Nach

¹⁴ Die Idee des Vorsorgeprinzips geht zurück auf den amerikanischen Mikrobiologen und Genforscher Joshua Lederberg (Nobel Preis 1958). Er vertrat im Jahr 1967 unmittelbar nach der ersten Herztransplantation durch Prof. Barnard in Kapstadt in der Washington Post die Ansicht, Organtransplantationen müssten auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruhen. Prioritären Anspruch auf ein Transplantat könne nur stellen, wer auch bereit sei, (postmortal) eine solche Leistung zu erbringen (Lederberg 1967).

einer Aufbauphase entsteht unter den Spendebereiten eine Kette von Leistungen und Gegenleistungen. Eine formale Spendervereinigung - oft „Club“ genannt - gewährleistet die Durchsetzung der Spende- und Empfangszusagen. Ansprüche entstehen also nicht von selbst, sondern aufgrund reziproker Zusagen: Jedes Clubmitglied nimmt das ihm von der Bundesverfassung gewährleistete und vom Bundesgericht bestätigte Persönlichkeitsrecht wahr, über seinen toten Körper zu verfügen (vgl. ausführlich unten in III.4). Dies kommt den anderen Spendern und ihm selbst zugute. Aussenseiter werden zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber doch nur in zweiter Linie, d.h. bei Verfügbarkeit von Spendeorganen, versorgt.

Im vorliegenden „Clubmodell“ wird das Internalisierungsproblem durch Selbstorganisation gelöst. Der Staat gewährleistet nur das Persönlichkeitsrecht und das Vertragsrecht. Trotz dieser Vorzüge werden wir das Clubmodell im weiteren nicht näher verfolgen. Es wird vielfach als exklusiv betrachtet und daher abgelehnt. Beispielsweise mögen medizinische Prioritäten hinter Spenderprioritäten zurückbleiben, was den Wertungen vieler Menschen widerspricht. Auch für Ärzte wäre eine solche Regel problematisch. Andere meinen, das Clubmodell stelle einen Fremdkörper im staatlich dominierten schweizerischen Gesundheitssystem dar.¹⁵ Auch gegenüber der Stabilität von Clubs werden gelegentlich Vorbehalte vorgebracht. Wiewohl diese Fragen durch staatliche Regulierung der Clubs grundsätzlich überwindbar wären, glauben wir, dass der politische Widerstand zu gross wäre.

b. Internalisierung durch Vermittlung des Staates: Soll ein Spenderclub auf Gegenseitigkeit aus den genannten Gründen nicht zugelassen werden, so muss der Staat das Grundrecht jedes Menschen, über seinen eigenen Körper nach dem Tod zu verfügen und daraus Rechte zu gewähren und Rechte zu erwerben, auf andere Weise gewährleisten. Er vermittelt denen, die sich zur postmortalen Spende bereit erklären, eine *Zuteilungsoption*, d.h. einen bedingten Anspruch auf ein Organ, wie er ihnen auch aus dem Club-Modell erwüchse.

¹⁵ Einige wenden ein, das Prinzip der Spende an Spender(innen) stelle eine Diskriminierung der Nichtspender dar. Dies ist unrichtig; denn die Spende stellt eine zwingende Voraussetzung für den Empfang dar. Ohne Spenden gibt es keine Transplantationen, Reziprozität ist eine Möglichkeit, die Brücke zwischen Spendebereiten und Spendebedürftigen zu schlagen und die Transplantationsmedizin zu ermöglichen. „Spende an Spender(innen)“ ist daher nicht gleich zu setzen wie „Spende nur an Weisse“ oder „nur an Bekenner der X-Religion“ Letztere Formen der Spende werden nach allgemeiner Rechtsauffassung als diskriminierend abgelehnt. Näheres vgl. unten III.6.

Den Spendebereiten entstehen also nicht direkte Ansprüche an den Staat; denn dieser kann keine Organe verteilen, weil er sie gar nicht besitzt. Der Staat gewährleistet nur die Kette von Leistung und Gegenleistung unter Spendewilligen. Er vermittelt. Im folgenden werden wir von einer „Zuteilungs“- oder „Empfangsoption“ oder einer „prioritären Zuteilung“ sprechen, um zu verdeutlichen, dass dahinter die durch den Staat gewährleistete Reziprozität aus dem Grundrecht auf Persönlichkeit steht.

In dieser Variante b steht das Vorsorgeprinzip der ganzen Bevölkerung offen. Jedermann kann teilnehmen, niemand wird ausgeschlossen. Es gibt keine Zweiklassenmedizin. Der Staat kann vor allem auch medizinische Prioritäten vor den Spendeprioritäten zulassen, wo dies einem allgemeinen Konsens entspricht. Die ärztliche Entscheidungsfreiheit bleibt damit gewahrt. Kein Schwerkranker muss sterben, nur weil sein Bedarf hinter den eines weniger kritisch Kranken mit Spendeerklärung gestellt wird. Bei *gleicher* Indikation von zwei Patienten, soll aber *zusätzlich* das Kriterium der Spendebereitschaft zählen. Die nicht spendebereite Person muss mit einer etwas längeren Wartezeit rechnen. Im Gesetzesentwurf ist Art. 17 Abs. 1 entsprechend zu ergänzen.

III. Trennprinzip und Vorsorgeprinzip im Lichte der Kernkriterien der Bundesverfassung

1. Kriterien

Die Bundesverfassung regelt die Transplantationsmedizin in Art. 119a. Dieser Artikel verpflichtet den Bund zum Erlass von Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen. Der Bund erhält den Auftrag, Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen festzulegen. Oberste Maxime ist dabei das Gebot der "gerechten Zuteilung"¹⁶. Bei der Wahrnehmung dieses Gesetzgebungsauftrags muss der Bund für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit sorgen.¹⁷ Die "Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen" müssen dem Nichtdiskriminierungsgebot des Art. 8 Abs. 2 BV genügen. Zu regeln ist zudem, ob die Zuteilung von Organen zu Transplantationszwecken auf Bundes- oder Kantonsebene erfolgt (vgl. Art. 18 des Gesetzesentwurfs).

2. Gerechtigkeit

Obwohl, wie im Vorabschnitt erwähnt, das öfteren auf das Kriterium Gerechtigkeit als höchste Maxime bei der Zuteilung von Organen Bezug genommen wird, lässt sich dieses Kriterium nicht direkt auf die Bundesverfassung zurückführen. Die in Art. 119a BV genannten Kernkriterien – nämlich Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit – haben deshalb die Funktion, im einzelnen festzulegen, was eine "gerechte Zuteilung" von Organen ist.

3. Schutz der Menschenwürde

In Art. 119a BV wird der "Schutz der Menschenwürde" direkt angesprochen, ohne dass dies dann aber im Gesetzesentwurf für ein Transplantationsgesetz näher ausgeführt würde. Die Bundesverfassung regelt den Schutz der Menschenwürde in Art. 7 BV. Im Kontext mit der Organspende und der Zuteilung von Organen hat der Schutz der Menschenwürde insofern eine zentrale Bedeutung, als der Mensch nicht zum Objekt gemacht werden darf. Der Kern der Menschenwürde ist das Recht auf Selbstbestimmung. Das gilt

¹⁶ Botschaft zum Transplantationsgesetz in der "Übersicht" auf S. 32; auch ebendort Abschnitt 1.1.55. auf S. 67 f. und Abschnitt 1.2.2. auf S. 69 f.

¹⁷ Vgl. auch Botschaft, Abschnitt 1.1.5.5, S. 67 f.

insbesondere in Bezug auf die Verfügung über die Organe nach dem Tode. Jede Organentnahme ohne Einwilligung zu Lebzeiten stellt sich deshalb als Verletzung der Menschenwürde dar. Zu fragen wäre dann, ob die Einschränkung, die mit dem Trennprinzip einhergeht, dass eine Organspende nur dergestalt möglich ist, dass der Spender daran gehindert ist, die Modalitäten der Organspende zu bestimmen, mit der Menschenwürde vereinbar ist. Dies berührt neben der Menschenwürde das Persönlichkeitsrecht. Da diese Problematik herkömmlicherweise im Kontext des Schutzes der Persönlichkeit erörtert wird, soll dies auch hier geschehen.

4. Schutz der Persönlichkeit

Der Bundesrat betont die Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes.¹⁸ Dieser kommt in der Bundesverfassung gleich zweimal vor, nämlich im Transplantationsartikel in 119a Abs. 1 und bei den Grundrechten Art. 10 BV. Doch der Bundesrat gibt dem Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes nur sehr selektiv statt. Einerseits darf jeder Mensch völlig frei entscheiden, ob sie oder er eine Totenspende abgeben will oder nicht. Niemand muss eine Spende leisten, selbst wenn ein anderer Mensch deswegen kein Organ erhält und stirbt. Andererseits gibt er keinerlei Entscheidungsfreiheit für jemanden, der spendet. Er postuliert den Grundsatz der bedingungslosen Spende. Der persönliche Entscheidungsspielraum bei der Leistungsverweigerung ist also viel grösser als bei der Leistungserbringung.¹⁹

An dieser Asymmetrie krankt der Gesetzesentwurf. Alle Menschen werden in das Trennprinzip gedrängt. Der Staat verbietet ihnen, durch eine Spendeerklärung Eigenvorsorge zu leisten, obwohl es für ein solches Verbot keinen sachlichen Grund gibt: Wer nach dem Vorsorgeprinzip für sich selbst sorgt, fällt der Allgemeinheit nicht zur Last. Dies darf im Rechtsstaat nicht verboten werden. Umgekehrt läuft das im Trennprinzip enthaltene Verbot der Eigenvorsorge auf eine selektive Zulassung als Spender und damit auf eine Ausgrenzung Andersdenkender hinaus: Zur Spende zugelassen wird nur, wer die richtige Gesinnung hat - eine rechtsstaatlich bedenkliche Eigenschaft des Gesetzesentwurfs!

Fazit: Mit dem Persönlichkeitsschutz der Bundesverfassung ist der Gesetzesentwurf nicht zu vereinbaren.

¹⁸ Botschaft, S. 76 - 78.

¹⁹ Vgl. Kliemt (1998), S. 198.

Was sich aus der Bundesverfassung ergibt, findet sich auch in ständiger Rechtsprechung in den **Entscheidungen des Bundesgerichtes**. Dieses kommt in fünf Urteilen – das erste geht ins Jahr 1919 zurück - zum Schluss, dass die verfassungsrechtliche Garantie der Persönlichkeit das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper auch über seinen Tod hinaus schützt.²⁰ In der letzten dieser Entscheidungen, jener von 1997, nimmt das Gericht auch zur Organtransplantation Stellung. Es bestätigt das Recht eines Menschen zu spenden oder nicht zu spenden und steckt damit als generelles Prinzip die beiden Grenzfälle ab, innerhalb derer verschiedene Spezialfälle, u.a. der bedingten Spende nach dem Vorsorgeprinzip, liegen.

Diese letzte Entscheidung sei im Hinblick auf das Vorsorgeprinzip etwas näher betrachtet. Unter dem Titel « Liberté personnelle; généralités » hält das Bundesgericht folgende Grundsätze fest :

[E]lle [la liberté personnelle] recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine (ATF 122 I 360 consid. 5a). Elle se conçoit, dès lors, comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières (ATF 114 la 350 consid. 5, 101 la 346 consid. 7a et les arrêts cités). La liberté personnelle oblige le détenteur de la puissance publique à un comportement envers le citoyen qui soit compatible avec le respect de sa personnalité. Elle protège intégralement la dignité de l'homme et sa valeur propre (ATF 111 la 231 consid. 3 et les références citées).

b) La garantie constitutionnelle de la liberté personnelle ne se limite pas à la durée de la vie des individus. Elle prolonge ses effets, dans une certaine mesure, au-delà du décès. Du point de vue constitutionnel, le défunt doit être considéré comme le titulaire prioritaire des droits protégeant sa dépouille contre des atteintes contraires aux mœurs et aux usages (ATF 111 la 231 consid. 3b).

Der Staat muss also die Persönlichkeit des Menschen über seinen Tod hinaus achten. Der Mensch, und nicht der Staat, verfügt über den prioritären Rechtstitel, über seine sterblichen Überreste zu verfügen. Daraus folgt der Grundsatz:

« Toute personne a ainsi le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort. »²¹

Aus diesem allgemeinen Grundsatz lassen sich verschiedene Spezialfälle ableiten. Das Gericht nennt das Recht auf freie Wahl der Bestattungsart, die insbesondere nach Art. 53 Absatz 2 der Bundesverfassung von 1874 (Recht auf schickliche Beerdigung) gesichert ist, und wendet sich dann der

²⁰ Vgl. Müller (1999), S. 57 sowie BGE 45 I 119, 97 I 221, 98 la 508, 111 IA 231, 123 I 112.

²¹ Vgl. auch BGE 45 I 132 f. sowie 98 la 507, insbes 521 ff.

postmortalen Organspende zu, nach der das gleiche Verfügungsrecht in Übereinstimmung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem UNO-Pakt II gelte.

Zum allgemeinen zurückkehrend hält das Gericht fest, dass Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte nur unter restriktiven Bedingungen zulässig seien:

„A l'instar des autres droits individuels, la liberté personnelle peut être limitée par une mesure étatique pour autant que celle-ci repose sur une base légale, répond à un intérêt public prépondérant et est conforme au principe de la proportionnalité (ATF 120 Ia 147 consid. 2b p. 150). »²²

Auch das Vorsorgeprinzip stellt einen speziellen Fall in diesem allgemein geschützten Bereich dar. Es geht um die nähere Festlegung der Modalitäten der Organspende, also um die Art „le sort de sa dépouille“ zu bestimmen.²³ Wenn der Bundesrat dieses Recht einschränken, im Konkreten nur die Alternative, an den Staat zu spenden oder nicht zu spenden, zulassen (und damit eine ganze Kategorie von Spendern ausschliessen), das Vorsorgeprinzip also verbieten will, so hat er zu begründen, warum dies erforderlich ist, insbesondere warum sein Verbot dem „intérêt public prépondérant“ und dem „principe de la proportionnalité“ entspricht. Davon ist aber in der Botschaft des Bundesrates nichts zu lesen.

Es ist auch schwer zu ersehen, wie der Bundesrat diesen Nachweis erbringen könnte. Denn die Verweigerung des Rechts, über die Modalitäten der Totenspende zu bestimmen, ist kaum dazu geeignet, eine im öffentlichen Interesse liegende Erhöhung der Zahl der verfügbaren Organe zu erzielen. Eher eine Abnahme der Spendebereitschaft ist zu erwarten. Wenn aber der Eingriff in die persönlichen Rechte nicht dazu geeignet ist, dem öffentlichen Interesse zu dienen (sondern eher das Gegenteil bewirkt) so kann der Eingriff auch nicht verhältnismässig sein.^{24, 25, 26}

²² Diese Voraussetzungen zur Einschränkung der Grundrechte sind in Art. 36 der Bundesverfassung von 1998 eingegangen.

²³ „le sort“ ist ein allgemeiner Begriff. Er umfasst eine grundsätzlich offene Zahl von Alternativen zwischen Spenden, Wie-Spenden und Nicht-Spenden.

²⁴ Auch der Bundesrat erwähnt zwar das Verfügungsrecht des Menschen über seinen bzw. ihren Körper nach dem Tod: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts steht die Verfügungsmacht der lebenden Personen über das Schicksal ihres Leibes nach dem Tod unter dem Schutz des Grundrechts der persönlichen Freiheit. Im Gesetz ist daher eine Lösung vorzusehen, die dieses Grundrecht möglichst wenig einschränkt, es aber gleichzeitig erlaubt, den Bedürfnissen der auf eine Transplantation angewiesenen Personen Rechnung zu tragen.“ (Botschaft, S. 80). *Der Bundesrat verkennet aber völlig die Bedeutung von Rechten*, wenn er im zweiten Satz die Ansicht vertritt, dieses Recht mit Rücksicht auf die Organbedürftigen („möglichst wenig“) einschränken zu müssen. Richtigerweise wäre das Recht zu verwirklichen und nicht einzuschränken, damit die Menschen Vorsorge treffen können und daher möglichst viel Organe zur Verfügung stehen, um „den Bedürfnissen der auf eine Transplantation angewiesenen Personen Rechnung

Fazit: Der Gesetzesentwurf verweigert dem Individuum das Recht, im Rahmen des Vorsorgeprinzips über die Modalitäten seiner Spende zu entscheiden. Dies widerspricht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Persönlichkeitsrecht der Bundesverfassung.

Trotz dieser klaren Rechtslage, die unter dem Aspekt des Schutzes der Persönlichkeit für das Vorsorgeprinzip und gegen das Trennprinzip spricht, werden in der Literatur *zusätzliche Argumente* gegen das Vorsorgeprinzip vorgebracht, die es im einzelnen zu entkräften gilt.

Das Argument, es verstosse gegen die persönliche Freiheit, wenn im Zweifel das Organ einer spendebereiten Person zugeteilt würde,²⁷ verkennt die Verknüpfung der Entscheidungssituationen ex ante und ex post. Die Entscheidungsfreiheit als solche ist nur dann vollumfänglich gewährleistet, wenn auch die Entscheidungsfreiheit ex ante gewährleistet ist. Dies setzt voraus, dass sich jemand entscheiden können muss, dass er durch seine Spendebereitschaft den Mangel an Organen zu lindern bereit ist, um dafür im Gegenzug im eigenen Notfall gegenüber dem nicht Spendebereiten eine bevorzugte Behandlung zu geniessen. Ebenso kann der nicht Spendebereite sich für die Verweigerung der Spende entscheiden, wenn er bereit ist, im Fall der eigenen Notlage gegenüber den Spendebereiten zurückzutreten. Ausgeschlossen wird hingegen die Entscheidung, dass jemand sowohl zu einer eigenen Organspende nicht bereit ist, aber dennoch verlangt, mit Spendebereiten bei der Organzuteilung gleichgestellt zu werden. Dies ist der Fall des Trittbrettfahrens. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Schutz des Trittbrettfahrens, auch nicht unter der Etikette des Schutzes der persönlichen Freiheit.

Für die These, das Vorsorgeprinzip verstosse gegen den Schutz der persönlichen Freiheit, wird weiter ins Feld geführt, dass die Freiheit, seine Organe nach dem Tod zur Transplantation freizugeben oder nicht, vollumfänglich erhalten bleiben müsse.²⁸ Es ist zutreffend, dass ein Selbstbestimmungsrecht des Lebenden hinsichtlich einer postmortalen

zu tragen.“ Jedenfalls lässt sich schwer verstehen, wie die Spendebereitschaft durch eine Einschränkung der Rechte angeregt werden soll.

²⁵ Genau genommen gibt es im Gesetzesentwurf eine Ausnahme vom Verbot, seine Spenderrechte wahrzunehmen. Ein Mensch darf seine Lebend- oder Totenspende an eine bestimmte Person designieren (Art. 15 Abs. 1 sowie Botschaft, S. 148 f.). Doch dies vereinfacht das Problem nicht. Im Gegenteil: Der Bundesrat hätte zu erklären, weshalb er das Persönlichkeitsrecht achtet, wenn ein Mensch seine Lebend- oder Totenspende einer bestimmten Person designieren will, warum er dieses Recht aber verwehrt, wenn dieser Mensch im Rahmen des Vorsorgeprinzips eine Totenspende solidarisch mit jenen leistet, die auch vorsorgen möchten. Im ersteren Fall akzeptiert er einen „geschlossenen Club“ von Spender und Empfänger (wo er doch die Clublösung eigentlich verwirft [Botschaft, S. 79 f.]), im letzteren Fall lehnt er eine offene Solidargemeinschaft, die der ganzen Wohnbevölkerung der Schweiz offensteht, ab.

²⁶ Die Freiheit, über seinen eigenen toten Körper zu verfügen, findet dort eine Grenze, wo die Verwendung gegen die guten Sitten verstossen würde. Dazu gehört auch die Spende an Angehörige bestimmter Rassen und Religionen. Doch gegenseitige Hilfe nach dem Vorsorgeprinzip kann schwerlich gegen die guten Sitten verstossen.

²⁷ Vgl. Schott (2001), S. 353.

²⁸ Vgl. Schott (2001), S. 353, der konstatiert: "Der Entscheid, seine Organe nach dem Tod zur Transplantation freizugeben oder nicht, steht unter dem Schutz der Persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)."

Organentnahme verfassungsrechtlich gewährleistet ist.²⁹ Doch daraus lässt sich kein Einwand gegen das Vorsorgeprinzip konstruieren. Dieses stellt jedermann frei, seine Organe zur Transplantation freizugeben oder nicht; es verhindert aber, dass derjenige, der seine Organe nicht freigibt, bei Organzuteilungsentscheidungen den Organspendebereiten gleichgestellt wird. Nun könnte eingewandt werden, dass die Organspendebereitschaft ja für den Organspender eine gewisse Bindung entwickelt, so dass er letztendlich in seiner Freiheit, sie postmortal für Transplantationszwecke zur Verfügung zu stellen oder nicht, doch beeinträchtigt sei. Diesem Einwand begegnen wir, indem wir jedem Spendebereiten ein Kündigungsrecht einräumen. Dies umfasst auch die ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Wird dieser Lösung nun entgegengehalten, dass damit das Vorsorgeprinzip wertlos würde, weil jedermann wieder aussteigen kann, so geht diese Argumentation aus folgendem Grunde fehl: Für die Zeitspanne, in der jemand seine Spendebereitschaft bekundet hat, steht er potentiell für postmortale Organspenden zur Verfügung, ebenso wie er in diesem Zeitraum präferentielle Behandlung gegenüber Nichtspendebereiten genießt. Das Gleichgewicht zwischen Geben und Nehmen ist gewährleistet; zugleich ist die vollumfängliche Freiheit in Bezug auf Organspenden gewährleistet. Im weiteren ist auch das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich einer postmortalen Organentnahme vollumfänglich gewährleistet; nicht geschützt wird lediglich ein Recht zum Trittbrettfahren.

Es bleibt dabei: Das Trennprinzip ist mit dem Schutz der persönlichen Freiheit nicht vereinbar, das Vorsorgeprinzip aber sehr wohl.

5. Schutz der Gesundheit

Art. 119a Abs. 1 der Bundesverfassung fordert für die Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation den „Schutz der Gesundheit“. Der Artikel ist allgemein gehalten. Er verlangt nicht nur den sorgfältigen Umgang mit Organen u.ä. (Art. 4 des Gesetzesentwurfs). Vielmehr sind die Vorschriften so zu gestalten, dass das Potential der Transplantationsmedizin im Rahmen des freiheitlichen Rechtsstaates soweit wie möglich ausgeschöpft werden kann. Dies setzt voraus, dass grundsätzlich alle Menschen, die freiwillig bereit sind, ihre Organe (nach dem Tod) zu spenden auch zur Spende zugelassen werden. Nur so lässt sich die Gesundheit schützen, d.h. die Zahl der an Organinsuffizienz Leidenden und Sterbenden zurückdrängen. Dem genügt der Gesetzesentwurf nicht. Denn nach Art. 17 werden alle Menschen, die nach dem Vorsorgeprinzip spenden wollen, von der Spende ausgeschlossen. Dies widerspricht dem von der Verfassung geforderten „Schutz der Gesundheit“.

²⁹ Vgl. die beiden grundlegenden Urteile des Bundesgerichts: Müller (1982), S. 57 f.; ders. (1999), S. 57 mit den Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 80.

In diesem Zusammenhang wird eingewendet, das Vorsorgeprinzip bringe gar nicht so viele zusätzliche Spender; es sei daher nicht den Aufwand wert. Diesen Einwand halten wir aus zwei Gründen für ungerechtfertigt:

- Einmal ist es aus ethischer Sicht fragwürdig zu argumentieren, die Freiheit, am Vorsorgeprinzip teilzunehmen, dürfe nicht gewährt werden, weil durch sie „nicht hinreichend viele“ Menschenleben gerettet werden könnten.
- Zum anderen ist die Ablehnung des Vorsorgeprinzips vor der katastrophalen Bilanz des vom Bundesrat vertretenen Trennprinzips völlig unhaltbar. Hierzu einige Daten (vgl. Abbildung 2):

Die Zahl der postmortalen Spender ist rückläufig. Sie fiel von 101 (1999) auf 95 (2001). Rückläufig ist auch die Zahl der Transplantationen: 413 (1999), 406 (2001). Demgegenüber steigt die Zahl der Organkranken, die bei schlechter Gesundheit auf der Warteliste stehen und dort leiden, massiv an: von 956 (1999) auf 1043 (2001). Die Zahl derer, die infolge des Mangels an Spendeorganen auf der Warteliste sterben, schwankt zwischen 30 und 50 pro Jahr, wahrscheinlich aber sogar zwischen 82 und 89 pro Jahr (jeweils 2000 und 2001).³⁰ Weiter zurückliegende Daten bestätigen die hier aufgezeigten Trends. Nur die Nierentransplantationen aus Lebendspenden nehmen zu. Auch dies ist mit ein Reflex des akuten Organmangels bei Totenspenden.³¹ Zwischen Angebot und Nachfrage nach Organen klafft also eine riesige, stets sich weiter öffnende Lücke. Diesem bedenklichen Zustand steht der Bundesrat ratlos gegenüber, obwohl er nach Art. 119a Abs. 1 BV den Auftrag hat, die Gesundheit zu schützen.

Es ist nicht weiter erstaunlich, dass der grosse Mangel an Spendeorganen den Menschen Anreize gibt, „auf anderen Wegen“ zu den gewünschten Organen zu gelangen.³² Doch statt durch Zulassung des Vorsorgeprinzips den Dampf von diesem Kessel zu nehmen, legt der Bundesrat ein Polizeigesetz vor, das dem Bund die Macht gibt, die Dichtungen des Kessels zu verstärken, damit der Dampf nicht entweichen kann, statt für den Schutz der Gesundheit zu sorgen.

Verlangt werden nicht politischer Aktivismus, nicht Propagandaaktionen, durch die die Zahl der Spender erhöht werden soll. Es geht nur darum, den Bürgerinnen und Bürgern ihre verfassungsmässigen Rechte über ihre Organe zu gewähren, damit sie selbst vorsorgen können. Den mündigen Bürgerinnen

³⁰ Vgl. oben I.

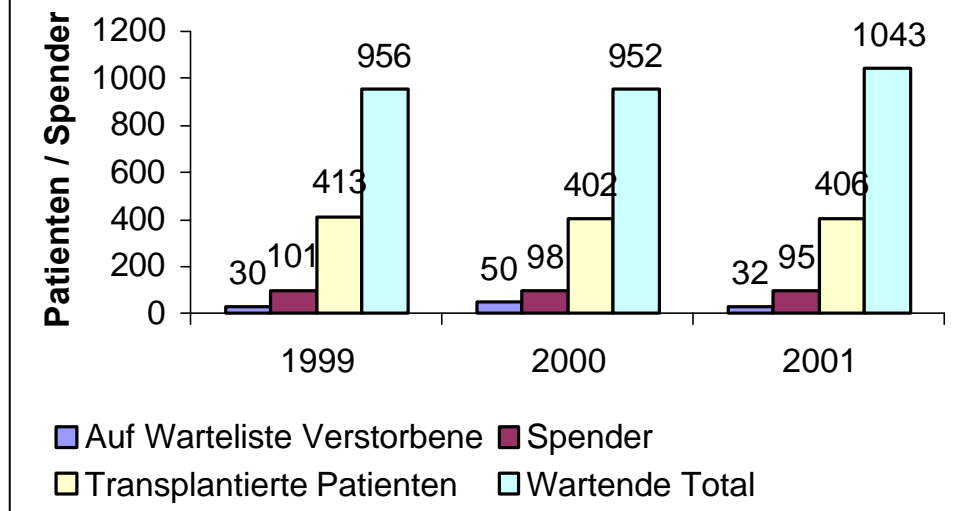
³¹ Vgl. hierzu unten IV.2 und dort Abbildung 3.

³² Zum Schwarzhandel vgl. unten IV.6.

und Bürgern muss erlaubt werden, ihre Selbstverantwortung wahrzunehmen, am Vorsorgeprinzip teilzunehmen und damit über das Angebot an Organen selbst mitzubestimmen. Umgekehrt verhindert das Verbot des Vorsorgeprinzips diese Eigenvorsorge.

Fazit: Der Verfassungsauftrag zum Schutz der Gesundheit erfordert, dass alle Spendewilligen zur Organspende nach dem Tod zugelassen werden. Dem steht das im Gesetzesentwurf verankerte Trennprinzip entgegen. Daher ist es verfassungswidrig.

Abbildung 2: Versorgungslage in der Transplantationsmedizin



Quelle: Swisstransplant.

Legende zu Abbildung 2: Seit der Anwendung von Cyclosporin als Immunsuppressivum ca. im Jahr 1982 hat die Nachfrage nach Spendeorganen bei konstanter bis rückläufiger Zahl von Totenspenden massiv zugenommen. Die obige Graphik zeigt, dass sich die Lage auch in den vergangenen drei Jahren nicht beruhigt hat. Im Gegenteil, die Zahl der auf ein Organ Wartenden hat weiter zugenommen. Viele Menschen sterben, weil ein Organ nicht rechtzeitig verfügbar ist. Der Gesetzesentwurf trägt dieser Verschlechterung der Lage in keiner Weise Rechnung. Departement und Bundesrat schaffen sogar künstliche Restriktionen wie das Verbot des Vorsorgeprinzips. Die Erfüllung des Verfassungsgebotes „des Schutzes der Gesundheit“ wird offenbar nicht ernst genommen.

6. Diskriminierungsverbot

a. Das Diskriminierungsverbot in der Verfassung

Art. 119a Abs. 2 BV fordert „Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen“. Diese müssen insbesondere dem Nichtdiskriminierungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV genügen. In voller Übereinstimmung mit der Verfassung schreibt daher der Bundesrat in Art. 16 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs: „Bei der Zuteilung eines Organs darf niemand diskriminiert werden.“ Nichtdiskriminierung schliesst indessen nicht aus, ja fordert sogar, dass bei Organmangel differenziert wird, d.h. dass Gleiche gleich und Ungleiche ungleich behandelt werden. Der Bundesrat differenziert nach Nutzen und Gerechtigkeit:

„Jede Regelung der Organallokation muss sowohl Nutzen- als auch Gerechtigkeitsgesichtspunkte angemessen berücksichtigen.“ (S. 114)

Nach entsprechender Gewichtung gelangt der Bundesrat zu den drei in Art. 17 niedergelegten Kriterien von Dringlichkeit, Nutzen, Wartezeit. Nur sie dürfen angewandt werden (vgl. oben. II).

b. Gerechtigkeit *ex post*: ein Weg *in* die Sackgasse

Unsere Kritik richtet sich nicht gegen diese Zuteilungskriterien. Man kann sagen: Dies sind anerkannte Unterscheidungsmerkmale, wenn eine Mangelsituation besteht und als gegeben hingenommen werden muss. Doch eine solche reine *ex-post*-Betrachtung reicht zur Lösung der Frage der gerechten Zuteilung nicht aus. Es ist vielmehr auch zu beachten, weshalb es zur gegebenen Mangelsituation gekommen ist. Dies hängt offenbar mit der geringen Spendebereitschaft zusammen. Folglich ist zu untersuchen, wie die Spendebereitschaft in die Kriterien der gerechten Organverteilung eingeht.

Der Bundesrat stellt diese Frage nicht. Er sucht verkürzend nach einem Gerechtigkeitskriterium *ex post*: wenn eine Mangelsituation besteht. Da müsse der Staat – so die bundesrätliche Botschaft (S. 80 f.) – die Haltung der Nichtspender ebenso respektieren wie die der Spender. Beide seien gleich zu behandeln; dies folge aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot.

Es wird aber offen gelassen, ob umgekehrt die Zuteilung nach dem Vorsorgeprinzip eine unzulässige rechtliche Ungleichheit darstellen würde. Denn unter dem Vorsorgeprinzip erhält diejenige Person einen rechtlichen

Vorrang, die ihrerseits zur Überwindung der Mangelsituation bei Organen beiträgt. Das Nichtdiskriminierungsgebot fordert, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Dann wäre aber zu fragen, ob denn nicht die Spendebereitschaft einen rechtlich relevanten Unterschied ausmacht, wenn es darum geht, wem im Zweifelsfalle ein Organ zugeteilt wird, wenn bei zwei potentiellen Empfängern die medizinische Indikation identisch ist. Weil der Gesetzesentwurf in Art. 17 als Zuteilungskriterien lediglich die medizinische Indikation (Dringlichkeit und Nutzen) und die Wartezeit (inkl. Ausschluss durch Tod) zulässt, führt dies möglicherweise dazu, dass Ungleiche gleich behandelt werden, dass nämlich die spendebereite Person gleich behandelt wird wie die spendeverweigernde.

Rechtlich ist die faktische Ungleichheit zwischen beiden potentiellen Organempfängern dann zu berücksichtigen, wenn sich der Unterschied als *signifikant für das angesprochene Regelungsproblem* erweist. Die Spendebereitschaft wirkt sich direkt auf die Mangelsituation an Organen aus. Insofern besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Spendebereitschaft und der Stellung des potentiellen Empfängers im Zuteilungsverfahren. Ein solcher sachlicher Zusammenhang kann nur dann ausser acht gelassen werden, wenn man streng trennt zwischen dem Organspenden (als Beitrag zur Überwindung oder Linderung der Mangelsituation) und der Organzuteilung. Diese gedankliche Trennung eines einheitlichen Lebensvorgangs liegt anscheinend dem Denk- und damit dem rechtlichen Modell des Gesetzesentwurfs zugrunde. Es ist aber geboten, beide Stufen – das Organspenden und die Zuteilung von Organen – als Teil eines einheitlichen Prozesses zu sehen. Denn von den Anreizen für das Spenden von Organen hängt die Mangelsituation ab, von der dann die Organzuteilung ausgeht. Das heisst aber, dass unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes die Spendebereitschaft ein rechtlich nicht nur zulässiges, sondern *rechtlich gebotenes Differenzierungskriterium* darstellt. Würden Spendebereite und Spendeverweigerer gleich behandelt, würde dies gegen das Gleichheitsgebot verstossen. Es käme zu einer verfassungswidrigen Diskriminierung der Spendebereiten.

Nach einer anderen Argumentation der Gegner des Vorsorgeprinzips liegt eine (positive) Diskriminierung der Organempfänger vor, wenn in einer solchen Dilemmasituation demjenigen das Organ zugeteilt wird, der bei gleicher medizinischer Indikation sich von den anderen Organnachfragern allein dadurch unterscheidet, dass er sich zur Organspende bereit erklärt hat, wohingegen die anderen dazu nicht bereit sind.³³ Für diese juristische Position wird ins Feld geführt, dass kein zurückliegendes Verhalten als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung bei der Verteilung von wesentlichen

³³ So anscheinend der Bundesrat in der Botschaft (S. 80 f.); vgl. auch Schott (2001), S. 352.

Lebens- und Gesundheitschancen taue.³⁴ Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Im Augenblick der Entscheidung, wem das Organ zugeteilt wird, liegen sachliche Differenzierungskriterien vor; es gibt zwei unterschiedliche Gruppen von Personen, nämlich die Spendebereiten und Spendeverweigerer. Wollte man beide Gruppen gleich behandeln, also etwa im Losverfahren den Organempfänger ermitteln, würden die Spendebereiten, die ihrerseits zur Reduzierung der Organknappheit beitragen, diskriminiert. Das *Rechtsgleichheitsgebot* (auch *Diskriminierungsverbot* genannt) besagt, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Spendebereite Personen und Spendeverweigerer fallen aber nicht in dieselbe Kategorie von Personen. Würde man Spendebereite und Spendeverweigerer gleich behandeln, würde dies eine Diskriminierung bedeuten. Eine solche ist verfassungsrechtlich unzulässig.

Beispiel: Zwei Kranke – ein Spendeorgan

Zwei schwerkranke Patientinnen mit gleicher Indikation benötigen beide ein Organ. Die eine hat früher, als sie noch gesund war, eine Spendeerklärung abgegeben, die andere lehnt dies strikt ab. In Übereinstimmung mit dem Gesetzesentwurf wird das einzige verfügbare Organ der spendeverweigernden Patientin gegeben. Sie überlebt. Die spendebereite Patientin geht leer aus und stirbt nach kurzer Zeit. Ergebnis: Bei der Zuteilung wurde ein sachlich relevanter Unterschied nicht berücksichtigt. Es liegt ein klarer Fall von Diskriminierung vor. Der Gesetzesentwurf lässt dies zu. Doch die Bundesverfassung fordert „Kriterien für eine gerechte Zuteilung“. Daher widerspricht der Gesetzesentwurf der Verfassung.

Ein praktischer Fall: Diskriminierung eines Lebendspenders

Dass es sich hierbei nicht um graue Theorie handelt, zeigt der Fall des Johannes Ideus aus Wangerooge in Deutschland (wo ein vergleichbares Zuteilungsverfahren praktiziert wird). Ideus spendete im Jahr 1981 seiner schwangeren nierenkranken Schwester eine seiner eigenen Nieren. Die Transplantation gelang, die Mutter überlebte, und das Kind wurde gesund geboren. Doch elf Jahre später erkrankte Ideus an Nierentumor. Seine Niere musste entnommen werden, und er wurde dialyseabhängig. Eine Spenderniere wurde für ihn nicht verfügbar gemacht (obwohl eine Transplantation nach einiger Zeit möglich wenngleich schwierig gewesen wäre). Andere Patienten wurden vorgezogen. Ideus wartete vergeblich. Er verstarb 1997 und hinterliess eine traumatisch geprägte Schwester, deren Kind und seine Frau. Der Fall ging damals durch die empörte deutsche Presse, zumal zunächst keine Krankenkasse bereit war, die Dialysenkosten zu übernehmen. Doch darum geht es hier nicht: Diskriminierend ist vielmehr ein Recht, das bei Organmangel den Lebendspender übergeht und damit dessen Tod hinnimmt.³⁵

³⁴ Schott (2001), S. 352.

³⁵ Quellen: Nordwest Zeitung Oldenburg, 15.5., 17.5., 18.5., 21.5.1996, 26.3., 29.3., 14.10.1997.

c. Gerechtigkeit ist *ex ante* zu betrachten

Halten wir noch einmal fest: Departement und Bundesrat betrachten die Situation *nach* Eintritt einer Mangellage myopisch. Aus dieser Sicht plädieren sie für Gleichbehandlung aller Organbedürftigen. Sie klammern die wesentliche Frage aus, *warum* es überhaupt zur Mangellage gekommen ist. Richtigerweise ist gedanklich an den Entscheidungszeitpunkt zurückzukehren und von dort in die Zukunft zu blicken. Denn ein Gesetz ist für die Entscheidungen in die Zukunft und nicht für die Probleme von gestern zu entwerfen.

Ex ante, wenn die Karten des Lebens noch verdeckt sind, aber jeder Mensch die Möglichkeit eines Organausfalls in Rechnung stellen muss, können alle Menschen *gleich* (unabhängig von Rasse, Rang, Vermögen usw.) und in diesem Sinne auch *gerecht* behandelt werden. Jeder Person muss die gleiche Entscheidungsfreiheit zustehen, Eigenvorsorge zu treffen, indem sie eine Spendeerklärung für den Todesfall unter der Bedingung abgibt, um dafür bei Organmangel (bei gleicher medizinischer Indikation) gegenüber nicht Spendebereiten prioritär bedient zu werden, oder dies zu lassen und dafür das höhere Risiko, bei Bedarf warten zu müssen, auf sich zu nehmen. Alle Bürgerinnen und Bürger werden gleich behandelt, niemand wird diskriminiert. Ungleichheit und Diskriminierung entstehen erst, wenn dieses Entscheidungsrecht – wie im Gesetzesentwurf - verwehrt wird.

Regeln sind somit gerecht, wenn sie *ex ante* Entscheidungsfreiheit gewähren und wenn sie gewährleisten, dass die *ex ante* getroffenen Dispositionen *ex post* auch durchgesetzt werden. Ungerecht wäre es beispielweise, wenn von zwei Kranken mit gleicher Indikation – entgegen den Regeln - derjenige vorgezogen würde, der keine Spendeerklärung abgegeben hat. Gerecht ist es aber, wenn ein dringender Fall ohne Spendeerklärung einem weniger dringenden Fall mit Spendeerklärung vorgezogen wird. Denn in den *ex ante* beschlossenen Regeln war abgemacht, dass die medizinische Indikation der Spendeerklärung vorgeht (vgl. oben II).

Gerechtigkeit *ex ante* ist ein allgemein anerkanntes Kriterium in einer offenen Gesellschaft. Beispielsweise wird ein Bildungssystem als gerecht betrachtet, wenn es Chancengleichheit gewährt, d.h. wenn jeder Mensch die gleichen Zugangsmöglichkeiten hat. Ähnliches gilt bei Versicherungsverträgen, zu deren Abschluss sich jedermann frei entschliessen kann (Prinzip der Gleichbehandlung *ex ante*), deren Konsequenzen sie oder er aber im Nachhinein tragen muss. In Wirklichkeit gibt es freilich ein soziales Netz, das die Konsequenzen individueller Fehlentscheidungen abfedert (es wird ein

Auge zgedrückt), diese aber nicht völlig ausgleicht. Ähnlich verhält es sich beim Vorsorgeprinzip: Jedermann muss die Freiheit haben, daran teilzunehmen. Aber er muss im Nachhinein die Konsequenzen tragen, wenn er sich nicht spendebereit erklärt hat und dann krank wird. Er muss dann länger auf ein Organ warten. Diese Konsequenz wird wiederum abgemildert, indem eine längere Wartezeit nur dann zugemutet wird, wenn diese nicht überlebenskritisch ist.³⁶

Ein Beispiel:

Betrachten wir noch einmal den Fall von einem zur Verfügung stehenden Organ und zwei Bewerberinnen mit gleicher medizinischer Indikation und Wartezeit. Früher, als beide noch gesund und die Karten des Lebens verdeckt waren, haben beide gleichberechtigt und frei entschieden. Die eine war risikoscheu und hat daher das Vorsorgeprinzip gewählt, die andere hat das Risiko vorgezogen und auf Vorsorge verzichtet. Folglich musste sie im Krankheitsfall mit einer längeren Wartezeit rechnen. Beide erhalten ex ante die gleiche rechtliche Behandlung. Die Anforderung der Bundesverfassung wird erfüllt. Ungerecht und rechtswidrig wäre es demgegenüber, ex post im Organbedarfsfall die vorher festgelegten Regeln zu verletzen und aus purer Willkür der Nichtspendebereiten das Organ zu geben. Wiederum gilt: Gerechtigkeit misst sich daran, dass die zuvor vereinbarten Regeln eingehalten werden. Härteklauseeln bleiben vorbehalten. Dem genügt das Vorsorgeprinzip.

Im ausschliesslichen Trennprinzip ist den Menschen dagegen die freie Wahl genommen. Die Menschen werden ungleich behandelt, weil die Risikofreudigen sorglos leben dürfen, die Risikoscheuen aber nicht vorsorgen können.

7. Regelung auf Bundes- oder Kantonsebene. Die Auseinandersetzung zwischen Bund und Kantonen

Bisher war es in der Schweiz so geregelt, dass die regionalen Transplantationszentren ihre eigenen Einzugsgebiete von Spendeorganen und Patienten hatten.³⁷ Die Überschaubarkeit der Gebiete und der beteiligten Krankenhäuser generierte eine Art Vertrauen in Geben und Nehmen. Das Prinzip „Regionals first“ schützte die beteiligten Krankenhäuser und ihre

³⁶Richtig bleibt indessen, dass beim Vorsorgeprinzip die Information über Spenden und Empfangen von Organen eine ganz wichtige Staatsaufgabe darstellt. Der Staat muss den Bürgerinnen und Bürgern verdeutlichen, dass ihnen eine Entscheidung obliegt. In der Literatur wird sogar eine Entscheidungspflicht gefordert (Kollhoser, 1996).

³⁷Für die vergleichsweise Situation in Deutschland vgl. Kliemt (1997a).

Patienten ebenso vor dem Transplantationstourismus, wie interregionale Exporte und Importe von Spendeorganen nach einem strikten „Pay-back-System“ abgewickelt wurden. Die Koordination erfolgte durch die Stiftung Swisstransplant. Über diese Praxis ist im Zuge des Vorverfahrens ein Streit zwischen den regionalen Transplantationszentren und dem Departement des Innern entstanden, den dieses vorläufig zu seinen Gunsten entschieden hat. Doch die Argumentation, mit der das Departement bzw. der Bundesrat seine Position in der Botschaft verteidigt, ist widersprüchlich. Sie kann daher schwerlich zum richtigen Schluss führen. Zusammenfassend wird wie folgt argumentiert:

Ausgangspunkt bildet Art. 119a Abs. 2 der Bundesverfassung, wonach der Bund „insbesondere Kriterien für eine gerechte Verteilung der Organe fest[legt].“ „Daraus folgt,“ schreibt der Bundesrat, „dass diese Kriterien in der ganzen Schweiz einheitlich gelten müssen.“³⁸ Er wendet sich damit gegen das bislang von den regionalen Transplantationszentren praktizierte „Regionals-first“-Prinzip im oben dargelegten Sinne. Der Bundesrat erklärt dies wie folgt:

„Es ist deshalb nicht begründbar, den Behandlungsanspruch einer bestimmten Patientin oder eines bestimmten Patienten aufgrund lokaler Prioritäten zu mindern oder zu vergrössern. *Die Gründe, die für solche Prioritäten angeführt werden, namentlich die Belohnung der Spendefreudigkeit einer bestimmten Region bzw. die Motivation der Zentren zur Rekrutierung von Spenderinnen und Spendern, können den Patientinnen und Patienten nicht zugerechnet werden.* Die verfügbaren Organe sind deshalb unter allen im Gebiet der Schweiz in Frage kommenden Empfängerinnen und Empfängern zu verteilen. Aufgrund der verfassungspolitischen Vorgaben ergibt sich deshalb bezüglich des Verfahrens, dass die Zuteilung zentral und patientenspezifisch vorgenommen werden muss.“ (S. 86, Hervorhebung durch die Verfasser)

Man mag diese Kritik des Departements teilen oder nicht.³⁹ Nur sind die Folgerungen, die daraus gezogen werden, nicht schlüssig. Die Verfasser des Gesetzesentwurfs glauben, das Problem der Nichtzurechenbarkeit liesse sich dadurch beheben, dass das Prinzip von „Regionals first“ durch das von „Swiss residents first“ ersetzt wird.⁴⁰ In der Regel sollen in der Schweiz

³⁸ Botschaft, S. 84.

³⁹ Jedenfalls wäre zu prüfen, ob die Motivation der Transplantationszentren und ihrer Mitarbeiter bei dezentraler, transplantationszentrumsspezifischer Zuteilung nicht grösser ist als bei zentralstaatlicher Zuteilung, wie sie im Gesetzesentwurf vorgesehen ist.

⁴⁰ Art. 16 Abs. 2 Satz 2 „Bei Ausländerinnen und Ausländern, die nicht in der Schweiz wohnhaft sind, kann auf eine Zuteilung nur verzichtet werden, wenn eine Transplantation nicht unmittelbar nötig ist, um das Leben zu erhalten.“ Ebenso hält Art. 22 Abs. 1 fest: „Kann in der Schweiz für ein Organ keine Empfängerin oder kein Empfänger gefunden werden, so bietet die Nationale Zuteilungsstelle das Organ einer ausländischen Zuteilungsorganisation an.“ Im Grundsatz sollen Inländer zuerst bedient werden, vgl. auch Botschaft, S. 100 und 155.

verfügbare Organe zuerst an die in der Schweiz Wohnhaften abgegeben werden. An die Stelle der Region tritt das Gebiet der Eidgenossenschaft. Doch damit wird nur der Massstab verändert, das Problem der Zurechnung eines arbiträren Gebiets auf ein Individuum aber nicht behoben. Der zuvor vom Bundesrat hinsichtlich der regionalen Verteilung kritisierte Satz (siehe oben in Kursiv) lässt sich mit verändertem Massstab auf das Gebiet der Schweiz übertragen. Er würde dann lauten:

Die Gründe, die für solche Prioritäten angeführt werden, namentlich die Belohnung der Spendefreudigkeit im Gebiet der Schweiz, können den Patientinnen und Patienten nicht zugerechnet werden.

Nichtzurechenbarkeit gilt für die Schweiz genauso wie für die regionalen Transplantationszentren. Das Gebiet der Schweiz ist ebenso willkürlich wie das einer Region. Die Argumente des Bundesrates sind daher nicht dazu geeignet, die Übertragung der Kompetenzen der regionalen Transplantationszentren auf den Bund zu begründen. Die Argumentation des Bundesrates, das eine Gebiet sei besser als das andere, endet offensichtlich in der Sackgasse.⁴¹

Wo also liegt der Fehler? Nicht das Gebiet ist die relevante Dimension, sondern das *Individuum*. Wir müssen das Problem vom Massstab der Nation bzw. Region auf den Massstab des Individuums herunterbrechen. Spenden werden nicht durch Kollektive wie Regionen oder Staaten erbracht, sondern nur durch Individuen.

Dies heisst nicht, dass eine bundeseinheitliche Regelung überflüssig wäre. Aber diese muss individualistisch und darf nicht kollektivistisch sein. Die Kriterien sollen „in der ganzen Schweiz einheitlich gelten“ (s.o.), aber (in der ganzen Schweiz) auf die Entscheidungsfreiheit der Individuen Rücksicht nehmen. Der Bund muss Wahlmöglichkeiten eröffnen, damit die Individuen das Persönlichkeitsrecht, über ihren toten Körper zu entscheiden, wahrnehmen können. Denn die Spendeorgane gehören, wie auch das Bundesgericht festhält, den Spenderinnen und Spendern und nicht dem Bund (vgl. oben III.4).

Durch das vom Bundesrat vertretene Trennprinzip werden demgegenüber den Bürgerinnen und Bürgern die Rechte an den Organen mit einem Federstrich entzogen. Ihnen wird die Wahlmöglichkeit genommen, ihre Organe einzusetzen, um dafür eine erhöhte Chance auf Zuteilung zu erlangen. Umgekehrt versteht es sich, dass der Bund jede Aufweichung des

⁴¹ Erstaunlich ist nur, dass sich die Kantone mit solchen Argumenten haben überreden lassen.

Trennprinzips ablehnt. Er verlöre damit das unbeschränkte Zugriffsrecht auf die Spendeorgane. Sein Ziel liegt offenbar im unbeschränkten Staatseigentum an den Spendeorganen.

Jedoch: Ein Staatseigentum der Organe ist in der Bundesverfassung nicht vorgesehen. Es heisst in Art 119a Abs. 1: Der Bund „legt ... Kriterien für die gerechte Zuteilung der Organe fest.“ Es lautet nicht: „Er verfügt über die gespendeten Organe.“ Der Gesetzgeber muss sich auch beim Transplantationsgesetz an die Verfassung halten. Es gibt keine Ausnahme Gesetze.

Zusammengefasst: Massgebende Bezugsgrösse für die Verfügung über Organe sind weder Kanton noch Bund, sondern das ist allein das Individuum. Der Bund darf daher nicht (ebenso wenig wie die Kantone) aufgrund des örtlichen Aufkommens über die Organe verfügen. Er kann nur Wahlmöglichkeiten der Organspende und -allokation vorgeben, zwischen denen die Individuen entscheiden können.

IV. Weitere Gründe für das Vorsorgeprinzip

Das Vorsorgeprinzip rechtfertigt sich gegenüber dem Trennprinzip durch Beachtung der Grundrechte wie insbesondere der persönlichen Freiheit, des Schutzes der Gesundheit und der Nichtdiskriminierung (vgl. oben III.1 bis III.7). Darüber hinaus sprechen aber eine Reihe weiterer Gründe für das Vorsorgeprinzip.

1. Gleicher Zugang für alle

Unter den verschiedenen Verfahren der Organzuteilung ist das Vorsorgeprinzip das *am meisten egalitäre*. Jeder Mensch besitzt nur seine Organe, und jeder hat gleich viel davon. Nur sie kann er zur Vorsorge einbringen. Es gilt im übertragenen Sinne „one man one vote“. Dadurch unterscheidet sich das Vorsorgeprinzip nicht nur von Marktlösungen, die unter der Kritik stehen, dass Reiche eine höhere Kaufkraft besitzen als Arme. Auch beim Trennsystem kommt es, wie wir in Teil III.6 gesehen haben zu Ungleichheit, weil Spendebereite gegenüber Nichtspendebereiten diskriminiert werden.

Fazit: Ins Vorsorgeprinzip treten alle Menschen mit gleichen Chancen ein. Niemand wird in der Anfangsausstattung bevorzugt, niemand wird benachteiligt.

2. Weniger Druck zur Lebendspende

Grundpfeiler des geplanten Transplantationsgesetzes ist die Freiwilligkeit der Spende. Diesem Prinzip hat der Bundesrat im Falle der Totenspende durch die Wahl der Zustimmung- gegenüber der Widerspruchslösung besonderen Ausdruck verliehen. Zustimmung kann durch die Spenderin oder den Spender selbst oder durch die nächsten Angehörigen erklärt werden (Art.8).

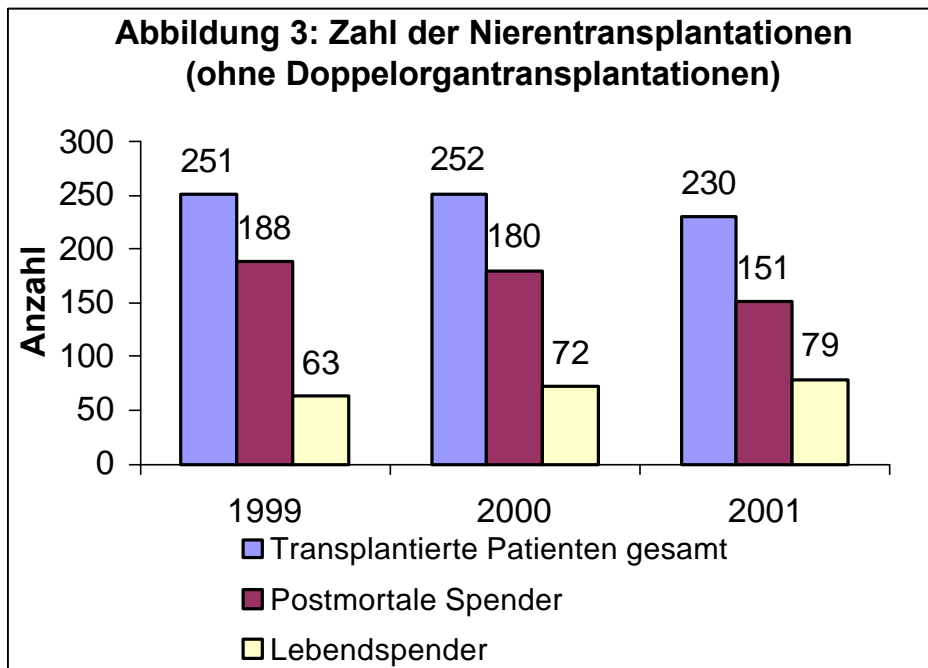
Freiwilligkeit ist auch die Voraussetzung der Lebendspende. Doch sie ist schwieriger zu gewährleisten. Der Spenderin ist die Empfängerin bekannt. Meist handelt es sich um eine nahestehende Person. Spendemotiv ist in der Regel die Zuneigung und die Bereitschaft, für die Nächste Gutes zu tun (zumal Lebendspenden häufig grössere Heilungschancen versprechen als Totenspenden). Doch es ist auch die Motivation der Empfängerin zu betrachten. Manche sind zurückhaltend, andere haben stille Erwartungen und

Hoffnungen, von der potentiellen Spenderin das dringend benötigte Organ zu erhalten. Angesichts der oft aussichtslosen Lage auf der Warteliste mag sich die potentielle Spenderin zu einem Entscheid durchringen, den sie bei entspannter Versorgung mit Totenspenden nicht getroffen hätte. Ist dies noch Freiwilligkeit? Von einer Erwartungshaltung, über moralischen Druck bis hin zu subtilen Elementen der Unfreiwilligkeit herrscht ein fließender Übergang.

Um solche Elemente auszuschliessen, werden in Art. 12 des Gesetzesentwurfs umfassende Information der Spenderin sowie freie und schriftliche Zustimmung verlangt. Doch kann und soll der Gesetzgeber in die Privatsphären der Menschen eindringen? Seine Reichweite ist sicherlich begrenzt. Daher ist es zweifelhaft, ob er durch eine Verordnung viel von den tatsächlichen zwischenmenschlichen Beziehungen aufdecken kann.

Die Fehlkonstruktion liegt nicht darin, dass der Gesetzesentwurf Untaugliches zu regeln versucht, sondern dass er es überhaupt so weit kommen lässt. Lebendspenden sind eben vor allem notwendig, weil Totenspenden nicht ausreichen. Genau dieser Mangelscheinung leistet aber der Gesetzesentwurf Vorschub. Er verbietet die individuelle Vorsorge, vermindert dadurch das Angebot an Totenspenden, drängt die Menschen in die Lebendspende⁴² und setzt sie dadurch unter moralischen Druck. Nicht zufällig ist die Anzahl der Lebendspenden in den vergangenen Jahren so stark angestiegen (vgl. Abbildung 3).

⁴² Zur Entwicklung der Totenspenden vgl. die oben in Teil III.5 dargestellten Daten. Vgl. im übrigen auch den Aufsatz von Kathrin Meier-Rust (2001).



Quelle: Swisstransplant

Legende zu Abbildung 3:

Die Zahl der Nierentransplantationen ist stagnierend bis rückläufig. In den vergangenen drei Jahren fiel sie von 251 auf 230. Sie widerspiegelt damit den Rückgang an Totenspenden von 188 auf 151. Demgegenüber berichtet Swisstransplant, dass die Zahl der Patienten auf der Warteliste im gleichen Zeitraum von 381 auf 411 zugenommen hat. Der Reflex dieser Mangellage findet sich in der Zunahme der Zahl der Lebendspender von 63 auf 79.

Fazit: Die Verfasser des Gesetzesentwurfs wollen das Vorsorgeprinzip verbieten. Reziprozität zwischen Geben und Nehmen halten sie für moralisch unakzeptabel. Sie verschliessen aber offenbar die Augen vor dem Faktum, dass sie dadurch dem Organmangel Vorschub leisten, die Menschen in die Lebendspende treiben und sie damit oft viel grösseren Dilemmata aussetzen als durch die schlichte Erklärung zur Totenspende im Rahmen des Vorsorgeprinzips. Diese Art von Moral halten wir für fragwürdig.

3. Liberalere Todesdefinition

Nach heutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist der „Hirntod“, d.h. der Ausfall des gesamten Gehirns, Kriterium für den Eintritt des Todes und damit für die Zulässigkeit der Organentnahme.⁴³ Es gibt aber auch andere Theorien über den Eintritt des Todes. Manche Vertreter sehen beispielsweise den irreversiblen Herzstillstand als das entscheidende Kriterium an.⁴⁴ Bei Anwendung des Herzstillstandskriteriums erschwert sich indessen die Entnahme lebensfähiger Organe.

In Deutschland hat sich der Bundestag im Grundsatz mehrheitlich für das Hirntodkonzept entschieden. Dies ist durchaus verständlich. Doch das Problem liegt anderswo. Die richtige Definition des Todes lässt sich nicht durch Mehrheitsabstimmung des Parlaments finden. Auch die Mehrheitsmeinung der Wissenschaftler über den Hirntod braucht für die einzelne Person nicht massgebend zu sein. Sie kann anderer Meinung sein und beispielsweise den irreversiblen Herzstillstand für richtig halten. Daher wäre es wünschenswert, diese Frage nicht für alle und für immer einheitlich zu entscheiden, sondern den Spendeberreiten einen Entscheidungsrahmen vorzugeben, der je nach dem technischen Fortschritt fortgeschrieben wird.⁴⁵ Eine ähnliche Wahlfreiheit wird in Japan praktiziert.⁴⁶ Sie könnte auch für die Schweiz als Vorbild herangezogen werden.

Fazit: Die im Rahmen des Vorsorgeprinzips ohnehin gegebene Wahlfreiheit lässt sich auch auf das gewünschte Todeskriterium ausdehnen. Mehrheitsabstimmungen über das richtige Todeskriterium treten dann in den Hintergrund. Bei Wahlfreiheit braucht es auch weniger Gesetze über die Todeskriterien, die den Ansichten grosser Bevölkerungsteile entgegenlaufen und lediglich den Effekt haben, diese von der Organspende abzuhalten. Einmal mehr gilt es festzuhalten: Das Transplantationsgesetz soll ein Gesetz mit den Bürgern und nicht gegen die Bürger sein.

⁴³ Vgl. Guillod, Demoulin (1999).

⁴⁴ Die Frage der Todesdefinition wurde u.a. im Bürgerpanel vom November 2000 kontrovers diskutiert, vgl. Zentrum für Technologiefolgenabschätzung u.a. (2001) sowie die Forderung nach mehr öffentlicher Diskussion bei Arz de Falco (2000). Hier wird stattdessen für mehr Wahlfreiheit plädiert.

⁴⁵ Der Spielraum darf allerdings nicht zu gross sein, weil der „Transplantationswert“ der Organe wie erwähnt von der gewählten Todesdefinition abhängt. (Wir danken Friedrich Breyer für diesen Hinweis.)

⁴⁶ Vgl. Botschaft, S. 91.

4. Kein Run auf die Warteliste

Unter dem für das Gesetz vorgesehenen Trennsystem werden Organe nach dem Kriterium der medizinischen Indikation (Dringlichkeit und Nutzen) und dem Platz auf der Warteliste vergeben (Art. 17 Abs. 1). Diese Kriterien werden voraussichtlich in einem Punktesystem zusammengefasst, in dem die Wartezeit ein Kriterium darstellt. Daher gilt: Je früher eine Patientin oder ein Patient auf die Warteliste kommt, desto grösser sind ceteris paribus die Chancen der Zuteilung eines Organs. Das Verfahren setzt von seiner Grundstruktur her Anreize frei, bei Organinsuffizienz möglichst frühzeitig auf die jeweilige Warteliste zu gelangen. Wer an diesem Wettrennen nicht teilnimmt, läuft Gefahr, von den anderen überholt zu werden und nie ein Organ zu erhalten.

Der Bundesrat hat diese dem Trennsystem innewohnende Gefahr erkannt. Er soll ermächtigt werden, Krankheitszustände näher zu definieren, die zur Aufnahme in die Warteliste berechtigen. Anders gesagt: Durch Verordnung soll er einen Damm errichten, der den fehlgeleiteten Anreizen der Patienten und ihrer Ärzte standhalten soll (Art. 20 Abs. 3).

Fazit: Wiederum wäre es besser, das Gesetz nicht gegen die individuellen Anreize zu konzipieren, sondern die Anreize von Anfang an in eine kooperative Richtung zu lenken. Dies leistet das Vorsorgeprinzip. Danach richtet sich die Wartezeit nach dem persönlichen Alter zum Zeitpunkt der Spendebereitserklärung.⁴⁷ Dieses wiederum geht dann in ein Punktesystem aller Zuteilungsvariablen ein. Somit lässt sich die „Wartepunktezahl“ durch verfrühte Meldung im Krankheitsfall nicht mehr verbessern. Es steigt nur der Anreiz, sich möglichst frühzeitig (ab Volljährigkeit) als Totenspender zu erklären. Gerade das ist aber erwünscht, weil dadurch die Dauer der Spendebereitschaft positiv beeinflusst wird. Der Nutzen aller Beteiligten am Vorsorgeprinzip steigt.

5. Vorteile für Nichtspender

Wie viele Menschen am Vorsorgeprinzip teilnehmen, hängt von deren Risikoscheu ab. Mit wachsender Risikoscheu steigt die Versicherungsbereitschaft und damit die Teilnahmebereitschaft am Vorsorgeprinzip. Pari passu steigt die Zahl der verfügbaren Organe. Der Organmangel wird abgebaut, ja es sind sogar Szenarien denkbar, in denen

⁴⁷ Vgl. die Darstellung unten V.2.b sowie ausführlich in: Blankart, Kamecke, Kirchner (2000a und b).

es zu Überschüssen an Spendeorganen kommt. Allgemein kann davon ausgegangen werden, dass sich die Versorgungslage entspannt, was letztlich auch den Nichtspendern zugute kommt.⁴⁸

Fazit: Durch das Vorsorgeprinzip werden die Nichtspendebereiten nicht nur nicht schlechter, sondern infolge der allgemeinen Entspannung der Versorgungslage u.U. sogar besser gestellt.

6. Eindämmung des Schwarzmarktes mit Organen

Unter dem Druck des dramatischen und weiter anwachsenden Organmangels hat sich in Europa und in manchen Entwicklungsländern ein umfassender Schwarzmarkt für Organe herausgebildet. Verachtlich ist vor allem dessen krimineller Hintergrund: Die oft unfreiwilligen Organspender erhalten für ihre Spende in der Regel einen minimalen (oder gar keinen) Preis, hohe Gewinnspannen gehen an die Schwarzhändler, und die Qualität der Behandlung bleibt ungeprüft, weil diese am Rande oder ausserhalb der Legalität stattfindet und folglich auch nicht eingeklagt werden kann.⁴⁹

Mit Strafen lässt sich dieser Schwarzmarkt offenbar nicht bekämpfen. Besser wäre es, das legale Angebot an Spendeorganen so weit zu erhöhen, dass der Schwarzmarkt austrocknet. Dies dürfte freilich nicht einfach sein. Aber wenn Trennprinzip und Vorsorgeprinzip vor dem Hintergrund dieses Ziels gesehen werden, so schneidet das Vorsorgeprinzip sicherlich besser ab. Denn das Vorsorgeprinzip motiviert zu mehr Spenden, während das Trennprinzip die Spendebereitschaft beschränkt (vgl. oben II).⁵⁰

Fazit: Es ist wirksamer, den Schwarzmarkt auszutrocknen, als ihn zu verbieten. Hierzu eignet sich das Vorsorgeprinzip besser als das Trennprinzip.

⁴⁸ Natürlich wird sich eine Verbesserung der Versorgungslage wieder auf die Spendebereitschaft auswirken. Im weiteren dürfte die Verfügbarkeit an Organen auch einen Einfluss auf die medizinische Nachfrage nach Organen ausüben, weil bzw. wenn die Anwendungsmöglichkeiten steigen. In einem vollständigen Modell wären alle diese Wirkungen mit-zu-erfassen.

⁴⁹ Vgl. Gupta (2002) für eine eindrucksvolle Schilderung der Zustände.

⁵⁰ Angesichts der zu Recht kritisierten Auswüchse des Schwarzmarktes wäre auch die Alternative einer Legalisierung des Organhandels zu prüfen. Wir verweisen auf die Schrift von Isabel Frey (1994), die darlegt, dass ein Markt für Spendeorgane in der Schweiz im Vergleich zu einer ausschliesslich auf Altruismus beruhenden Ordnung der Transplantationsmedizin durchaus nicht schlechter, in mancher Hinsicht sogar besser abschneiden kann.

V. Einwände gegen das Vorsorgeprinzip

Wenn wir dem Gesetzgeber die Einführung des Vorsorgeprinzips empfehlen, so gilt es, die verschiedenen Einwände zu beurteilen und zu entkräften. Dazu gehören:

- Verfassungsrechtliche Einwände (1)
- Einwände gegenüber der Praktikabilität (2)
- Weltanschauliche und ideologische Einwände (3).

1. Das Vorsorgeprinzip verstösse gegen verschiedene verfassungsrechtliche Grundsätze

Die juristische Diskussion um die Verfassungsmässigkeit verschiedener Systeme der Organzuteilung wird seit längerer Zeit geführt, hat sich aber in den letzten Jahren intensiviert.⁵¹ Unsere Ausführungen sollen sich auf die aktuelle Situation in der Schweiz begrenzen.⁵²

Es ist hier (a) auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), (b) Religionsfreiheit (Art. 12 BV), (c) auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, (d) auf mögliche Einwände von Weltgesundheitsorganisation und Europarat sowie (e) auf den Anspruch auf das Vorsorgeprinzip einzugehen. Wir verweisen im übrigen auf Teil III, wo die zentralen Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, des Schutzes der Gesundheit und der Nichtdiskriminierung im Vorsorge- versus Trennprinzip schon ausführlich diskutiert worden sind.

a. Hilfe in Notlagen

Es wird eingewendet, das Vorsorgeprinzip trage dem Gebot der Hilfe in Notlagen nicht Rechnung. Dies ist jedoch falsch. Denn das Vorsorgeprinzip trägt in erster Linie dazu bei, dass solche Notlagen weniger häufig vorkommen als unter dem Trennprinzip. Doch selbst wo unter dem Vorsorgeprinzip der Organmangel nicht völlig vermieden werden kann, stellt es juristisch gesehen keinen Verstoß gegen das Gebot der Hilfe in Notlagen dar, wenn einer Person das Organ zugeteilt wird und andere leer ausgehen.

⁵¹ Vgl. Dumoulin (1998), Gutmann (1997), Heinze (1997), Hinderling (1979/1982), Höfling (1998), Kalchschmidt (1997), Kolhosser (1996), Schöning (1996), Schott (2001).

⁵² Zur aktuellen Diskussion in der Schweiz: Dumoulin (1998), Schöning (1996); direkt zum Vorsorgeprinzip: Schott (2001), S. 352 – 354. – Die obige Diskussion folgt dem Grundrechtskatalog der neuen Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998. Ein guter Überblick zu diesem findet sich in Rhinow (2000).

Dies ist die klassische tragische Dilemmasituation.⁵³ Wo Spendeorgane fehlen, ist keine Hilfe möglich. Im übrigen vermag auch das Trennprinzip in solchen Fällen keine Hilfe anzubieten.

b. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Das Vorsorgeprinzip würde dann verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, wenn es der Glaubens- und Gewissensfreiheit widerspräche.⁵⁴ Einige Religionsgemeinschaften verbieten die Totenspende, erlauben aber den Organempfang. Deren Bekenner könnten dann in Gewissensnot geraten; eine Teilnahme am Vorsorgeprinzip geriete mit ihrem Bekenntnis in Widerspruch. Wollen sie aber die Vorzüge dieses Systems geniessen, müssten sie entgegen ihrem Bekenntnis handeln. Im Ergebnis wäre dann die Bekenntnisfreiheit zwar nicht aufgehoben, so doch aber berührt. Eine solche, extrem weite Interpretation der Bekenntnisfreiheit,⁵⁵ hätte die Konsequenz, dass die Mitglieder einer Religionsgemeinschaft, die eigene Organspenden ablehnen, aber fremde Organspenden willkommen heissen und davon profitieren, gegenüber Nichtmitgliedern positiv diskriminiert würden. Es ist aber fraglich, ob dies durch die verfassungsrechtlich gewährleistete Bekenntnisfreiheit gedeckt ist oder nicht. Frei entscheiden heisst Vor- und Nachteile im Hinblick auf die selbst zu tragenden Konsequenzen abwägen. Im Grenzbereich von religiösem und weltlichem Leben gibt es für die Angehörigen aller Bekenntnisse eine Vielzahl solcher Entscheidungen zu treffen. Der Staat kann nicht einzelne Entscheidungen einzelner Religionsangehörigen herausnehmen und dort punktuell Erleichterung gewähren. Dies liefe auf eine Bevorzugung einzelner Bekenntnisse hinaus. Vielmehr müssen sich die Angehörigen aller Religionen gleichermaßen an die äusseren Umstände anpassen. Es kann nicht im Namen der Bekenntnisfreiheit ein anderes Verfassungsgebot, nämlich das Gleichbehandlungsgebot, eingeschränkt werden.

Allerdings ist zu erwägen, ob in Härtefällen Ausnahmen vorgesehen werden sollten. Die Rechtsordnung kennt solche etwa bei der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen. Kriegsdienstverweigerer aus Gewissensgründen werden von der allgemeinen Wehrpflicht freigestellt. Der Staat kann von religiös motivierten Verweigerern nicht eine aktive

⁵³ Calabresi, Bobbit (1978); vgl. auch Schott (2001), S. 186 f.; Schott (2001, S. 352) lässt die hier vorliegende Dilemmasituation ausser Ansatz.

⁵⁴ Vgl. Schott (2001), S. 353 f.

⁵⁵ Vgl. zu einer weiten Auslegung der Bekenntnisfreiheit: Müller (1982), S. 86; allerdings werden die spezifischen Grenzen der Glaubensbetätigung und der mögliche Vorrang bürgerlicher Pflichten dann zu Recht betont in: Müller (1999), S. 94 - 97.

Kampfhandlung erwarten. Aber er muss nicht fördernd aktiv werden und im Falle des Organbedarfs bestimmten Religionsangehörigen die Bevorzugung gewähren, die er nur jenen zukommen lässt, die aktiv zur Überwindung der Organknappheit beigetragen haben. Gleichbehandlung erfordert vielmehr, dass religiös motivierte Spendeverweigerer in der Warteliste wie die nicht religiös motivierten Nichtspender geführt werden. Andernfalls würden letztere diskriminiert. Aus dem Gesagten folgt, dass das Vorsorgeprinzip mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Bekenntnisfreiheit nicht kollidiert.

c. Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Eine mögliche Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit wird ins Spiel gebracht, indem gefragt wird, ob der Anreiz, den das Vorsorgeprinzip schafft, das mildeste und damit das rechtlich zumutbare Mittel sei, um eine Steigerung des Organaufkommens zu bewirken.⁵⁶ Dahinter steht die – nicht ausgesprochene – These, dass es andere Mittel gäbe, die geeigneter seien, die Spendebereitschaft zu erhöhen. Dafür wird aber der Beweis nicht angetreten.⁵⁷ Fehlt es an einem klaren Beweis dafür, dass es (auf der Basis der Freiwilligkeit) andere effektivere Mittel zur Reduzierung der Organknappheit gibt, muss es aber bei der einsichtigen Ausgangsthese bleiben, dass dann, wenn jenseits rein altruistischer Zielsetzungen auch Überlegungen des eigenen Nutzens ins Spiel gebracht werden, davon auszugehen ist, dass sich mehr Personen zur Organspende bereit finden, als dies ohne den neuen Anreizmechanismus der Fall wäre.

d. Weltgesundheitsorganisation und Europarat

Sowohl die Weltgesundheitsorganisation wie der Europarat haben verschiedentlich Resolutionen erlassen mit dem Ziel, den Missbrauch, insbesondere den Handel mit Organen zu unterbinden.⁵⁸ So hält beispielsweise Art. 21 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur Bioethikkonvention des Europarates vom 24. 1. 2002 fest:

⁵⁶ Vgl. Schott (2001), S. 354.

⁵⁷ Die bei Schott (2001), S. 354, zu findenden Hinweise auf Aufrufe, Informationskampagnen etc. bleiben bei ihm ohne jeden Nachweis auf Wirksamkeit.

⁵⁸ Weltgesundheitsorganisation: Principes des directeurs sur la transplantation d'organes humaines de l'Organisation Mondiale de la Santé (1991, 44.25), Europarat: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997 (Bioethikkonvention), Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, 24. 1. 2002.

“The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain or a comparable advantage.”⁵⁹

Kritiker könnten daraus schliessen, mit dem Verbot des „comparable advantage“ sei auch das Vorsorgeprinzip verboten, weil bei ihm die Spendeerklärung mit einer Zuteilungsoption verbunden werde und damit ein solcher vergleichbarer Vorteil gewährt werde. Dies ist jedoch falsch. Denn „comparable advantage“ ist im Zusammenhang mit „financial gain“ zu sehen. Damit hat aber das Vorsorgeprinzip nichts zu tun.

Der Bundesrat hat (wohl in Anlehnung an eine Resolution der Weltgesundheitsorganisation aus dem Jahr 1991⁶⁰) für Art. 6 des Gesetzesentwurfs eine schärfere Formulierung gewählt:

„Es ist verboten, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen.“

Dieses engere Verbot der Weltgesundheitsorganisation ist aus dem Faktum zu verstehen, dass die meisten Staaten ein striktes persönliches Eigentum an den gespendeten Organen, wie es in der schweizerischen Bundesverfassung verankert ist, nicht kennen (vgl. insbes. Art. 53 Abs. 2 der Bundesverfassung von 1874 sowie die ausführliche, darauf aufbauende Rechtsprechung zur Organspende des Bundesgerichtes, vgl. oben Abschnitt III.4). Implizit geht die Weltgesundheitsorganisation davon aus, dass die gespendeten Organe dem Staat gehören und daher (zu recht) weder zum Objekt von Gewinn noch von anderen Vorteilen werden dürfen. Doch ein solches Staatseigentum der Spendeorgane gibt es in der Schweiz nicht. Der Staat kann daher die Organe gar nicht verkaufen und so aus ihnen Gewinn ziehen. Die Organe bleiben über den Tod hinaus im Vermächtnis der oder des Verstorbenen, die sie z.B. im Rahmen der Regeln des Vorsorgeprinzips dedizieren dürfen.

Die Verfasser des Gesetzesentwurfs haben den Passus „*oder einen anderen Vorteil*“ offenbar aus der Resolution der Weltgesundheitsorganisation in Art. 6 des Gesetzesentwurfs eingefügt, ohne zu bedenken, dass dieser dazu geeignet ist, das Persönlichkeitsrecht der Bundesverfassung auszuhebeln. Ohne den (gedachten) Zusatz „comparable“ oder „vergleichbar“ ist er

⁵⁹ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, 24. 1. 2002.

⁶⁰ Principes des directeurs sur la transplantation d'organes humaines de l'Organisation Mondiale de la Santé (1991, 44.25) abgedruckt in: Chenux (2000, S. 181 f.). Art. 5 lautet: « Le corps humain et les parties de corps humain ne peuvent faire l'objet de transaction commerciales. En conséquence, il est interdit de donner ou de recevoir une contrepartie pécuniaire (ou toute autre compensation ou récompense) pour des organes. »

offensichtlich verfassungswidrig. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist eine solche Ergänzung dringend gefordert.⁶¹

Fazit: Die schweizerische Rechtsordnung kennt kein Staatseigentum an Spendeorganen. Dieser Umstand ist im Falle einer Ratifizierung des Zusatzprotokolls des Europarates zu berücksichtigen.

Schlussfolgerungen aus V.1: Damit erweisen sich die juristischen Einwände, die gegen das Vorsorgeprinzip ins Feld geführt werden, als nicht stichhaltig. Es bleibt bei den Ergebnissen des zentralen Kapitels III über die „Kernkriterien der Bundesverfassung“, wonach das Trennprinzip gegen das Persönlichkeitsrecht, das Diskriminierungsverbot und den Schutz der Gesundheit verstösst und aus diesem Grunde verfassungsrechtlich nicht zulässig ist.

Dass verfassungsrechtliche Einwände gegen das Vorsorgeprinzip auf tönernen Füßen stehen, wird anscheinend auch von denen gesehen, die diese vorbringen, wenn juristischen Regelungen nur eine „sehr begrenzte Steuerungskraft“ eingeräumt wird.⁶² Hier wird dann ein sogenannter „gerechtigkeitstheoretischer Rahmen“ ins Spiel gebracht.⁶³ Nur im Rückgriff auf Prinzipien und Normen der angewandten Ethik liessen sich weitergehend Gerechtigkeitspräferenzen finden und begründen.⁶⁴ Ein solcher Versuch einer metajuristischen Argumentation ist auf der einen Seite geeignet, die gegen das Vorsorgeprinzip vorgebrachten rechtlichen Einwände, die auf die gegebene Verfassung abstellen, zu entwerten und zu relativieren. Auf der anderen Seite wäre dann zu verlangen, dass eine solche ethische Diskussion überzeugend geführt wird.

Fazit: Wir haben juristisch dargelegt, dass das Vorsorgeprinzip mit der Verfassung in Übereinstimmung steht, dass auf der anderen Seite gegen das Trennprinzip schwere verfassungsrechtliche Bedenken existieren. Auf die Vorzugswürdigkeit des Vorsorgeprinzips auch aus ethischer Sicht werden wir in Teil VI eingehen.

⁶¹ Die ausgefallene Formulierung von Art. 6 wirft unmittelbar die Frage auf, ob sie mit dem Ziel gewählt worden ist, das persönliche Eigentum an den Spendeorganen aufzuheben und stattdessen das Staatseigentum zu etablieren. Dies widerspräche der Bundesverfassung.

⁶² So Schott (2001), S. 295.

⁶³ Schott (2001), S. 294.

⁶⁴ Schott (2001), S. 295.

2. Das Vorsorgeprinzip sei unpraktikabel

a. Aktive Spendeförderung statt Vorsorgeprinzip

Pragmatiker meinen, es bedürfe des Vorsorgeprinzips nicht, wenn die Bereitschaft zur postmortalen Spende in der Bevölkerung durch aktive Spendeförderung erhöht werden könne. Dies scheint auch die Vision des Bundesrates zu sein. Jedenfalls hat er in der Botschaft einen Betrag von 3 Mio. Fr für „Informationskampagnen“ vorgesehen.⁶⁵ Das Argument hört sich vernünftig an. Aber es wirft Probleme auf:

Erstens ist zu beachten, an wen sich solche Aufrufe richten sollen. Werden junge gesunde Menschen angesprochen, so ist gegen solche Informationskampagnen nichts einzuwenden. Nur ist ihre Wirkung ohne Unterstützung durch das Vorsorgeprinzip aller Erfahrung nach gering. Denn unter den heutigen Bedingungen beinhaltet die Spendeerklärung keinerlei Verpflichtungen. Sie bringt den Unterzeichnern auch nichts und hat daher in den Augen vieler Menschen gar keinen Sinn. Folglich dürften Spendeaufrufe vor allem dann wirksam sein, wenn sie mit dem Vorsorgeprinzip verknüpft werden. Dann gewährt die Spendeerklärung eine Option auf Organzuteilung im Krankheitsfall. Die Erklärung enthält eine Bindung und wird damit sinnvoll.

Fragwürdig sind jedoch Spendekampagnen in den Krankenhäusern, d.h. bei Sterbenden und ihren Hinterbliebenen, wie sie von mancher Seite gefordert werden.⁶⁶ Bei Menschen, die während ihres ganzen Lebens einer Organspende gleichgültig oder ablehnend gegenübergestanden sind, auf dem Totenbett noch einen Sinneswandel herbeizuführen oder bei deren Angehörigen zu erzeugen, dürfte mit dem Prinzip der Freiwilligkeit der Spende nur am Rande verträglich sein.

Zweitens rechtfertigt sich das Vorsorgeprinzip aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit der Spenderinnen und Spender per se. Erst mittelbar folgen aus der Wahrnehmung dieses Freiheitsrechtes mehr Spendeorgane im Rahmen des Vorsorgeprinzips. Letzteres ist wichtig und sehr erwünscht. Doch das Freiheitsrecht, auf das sich das Vorsorgeprinzip gründet, hat auch als solches Bestand.

⁶⁵ Botschaft, S. 185.

⁶⁶ Vgl. N.N. „Die Organspende – ein Geschenk“ NZZ, internationale Ausgabe, Nr. 150, 2.7.2001, S. 17. In ähnlicher Richtung hat sich die Präsidentin von Swisstransplant, Frau Nationalrätin Trix Heberlein, mit Schreiben vom 7.5.2001 gegenüber einem der Autoren geäußert.

Fazit: Aktive Spendeförderung kann das Vorsorgeprinzip nicht ersetzen.

b. Spendebereitschaftsjahre

Das Vorsorgeprinzip sei unpraktikabel, weil ältere Spendebereite per se mehr Spendebereitschaftsjahre auf sich vereinigen könnten und daher durch ihr Alter im Vorsorgeprinzip bevorzugt würden. Manche befürchten in einigen Modellen auch eine Überalterung der Spendebereiten.⁶⁷ Dies ist für unser Modell unrichtig. Das von uns in der Vernehmlassung⁶⁸ und in der Literatur⁶⁹ dargestellte Verfahren zur Berechnung der Spendebereitschaftsjahre ist vom Alter unabhängig. Wer sich zum frühest möglichen Zeitpunkt, z.B. mit 18 Jahren, 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. Die Gewichtung der relativen Nachrangigkeit ist durch den Bundesrat näher zu bestimmen. Die so bereinigte Rangfolge geht dann in das Gesamtpunktesystem (das auch die medizinischen Kriterien enthält) ein. Das Vorsorgeprinzip begünstigt also nicht die Alten. Vielmehr gibt es Anreize, sich schon in möglichst jungen Jahren zu erklären. Gerade dies ist erwünscht, weil dadurch die Bereitschaftsjahre steigen.⁷⁰

Die Zählung der Spendebereitschaftsjahre ist keineswegs inhuman, wie manchmal gesagt wird. Inhuman ist es vielmehr, das Vorsorgeprinzip zu verbieten und den Menschen damit die Möglichkeit der Vorsorge zu nehmen.

c. Fehlende Eurotransplant-Kompatibilität

Wegen des Vorsorgeprinzips, so wird weiter kritisiert, könne die Schweiz nicht ohne weiteres dem Eurotransplant-Austauschsystem beitreten.

Die in den Niederlanden domizilierte Stiftung Eurotransplant organisiert den Austausch von Spendern nach der bestmöglichen Gewebegruppenübereinstimmung (HLA-Match) mit Korrektur für seltene HLA-Gruppen, nach der Wartezeit, nach der geographischen Nähe zwischen

⁶⁷ Vgl. Schott (2001), S. 247 f.

⁶⁸ Blankart, Kamecke, Kirchner (2000a).

⁶⁹ Blankart, Kamecke, Kirchner (2000b).

⁷⁰ Vgl. oben IV.4.

Spender und Empfänger und nach dem Ausgleich der nationalen Austauschbilanz.⁷¹ Dahinter steht das Ziel, im grösseren Pool von Spendern eine bessere Übereinstimmung der Gewebegruppen der spendenden und der empfangenden Person zu erhalten. Die Schweiz hat verschiedene Bestimmungen zwingenden Rechts, die mit den Regeln von Eurotransplant nicht übereinstimmen und daher einem Beitritt entgegenstehen. Dazu käme als weiteres Hindernis – so wird kritisiert – die Zuteilung der Organe unter Mit-Berücksichtigung der Spendebereitschaft. Ausgehend von diesem Prima-facie-Nachteil des Vorsorgeprinzips sind aber weitere Gesichtspunkte zu betrachten:

Einmal steht dem Vorteil des grösseren Pools der Anreiz zum Trittbrettfahren gegenüber. Jedes Land möchte mehr Organe erhalten und weniger abgeben. Daher wurde - eigentlich nicht sachgerecht - das Kriterium des Ausgleichs der Austauschbilanz in das System des HLA-Match eingeführt.⁷² Somit kann kein Land langfristig mehr Organe importieren, als es exportiert.

Zum anderen funktioniert der Organaustausch nur, wenn sich alle beteiligten Länder auf die gleichen Regeln einigen. Die Schwierigkeiten einer solchen Einigung nehmen mit wachsender Gruppengrösse zu. Bisher konnten sich lediglich sechs Staaten zu einem Beitritt zu Eurotransplant entschliessen, nämlich die Benelux-Staaten, Österreich, Deutschland und Slowenien. Nicht beigetreten sind z.B. Frankreich, Spanien, Italien, Grossbritannien und die Schweiz.

Andere Gründe für Schwerfälligkeit liegen in der Logistik, in der Prüfung vor Ort und in der Trägheit bei der Annahme neuer Regeln im Gefolge des technischen Fortschritts. Neue Regeln lassen sich nur einführen, wenn alle mitmachen. Dies ist oft schwierig zu erreichen.⁷³ Daher neigt ein solcher kooperativer Pool zu Konservatismus.⁷⁴

Aus allen diesen Überlegungen scheint es nicht ohne weiteres klar, dass die Schweiz Eurotransplant beitreten und damit alle Regeln annehmen sollte. Vorsichtiger scheint es, zunächst einmal beim Einzelaustausch von Organen mit Eurotransplant zu verbleiben, die hierbei gewonnene Erfahrungen weiter

⁷¹ Vgl. Botschaft, S. 78 - 80. Kliemt (2001), Das Verfahren von Eurotransplant wurde entwickelt von Wujciak /Opelz (1993a,1993b).

⁷² Vgl. unten VI.3.f.

⁷³ Hinsichtlich des Vorsorgeprinzips legen Gubernatis/Kliemt (1999) indessen dar, wie dieses graduell auch bei Eurotransplant eingeführt werden könnte und welche Vorteile dies brächte.

⁷⁴ Vgl. Blankart/Knieps (1994) erklären diese Probleme im Rahmen einer allgemeinen Theorie der „Standards“.

zu entwickeln und zu vertiefen und dabei die Option offen zu halten, bei technischem Fortschritt autonom zu neuen Standards überzugehen.⁷⁵

3. Weltanschauliche und ideologische Einwände

Nicht selten gehen Einwände am Vorsorgeprinzip vorbei. Andere werden wider besseres Wissen vorgetragen und müssen daher dem Bereich der Ideologie zugeordnet werden.

a. Härtefälle

Immer wieder wird kritisiert, unter dem Vorsorgeprinzip erhielten nicht spendebereite Kranke überhaupt keine Organe, bzw. die Spendebereiten hätten es in der Hand, über Leben und Tod der Kranken zu entscheiden.⁷⁶ Dieser von unseren Gegnern (wiederholt vorgetragene) Vorwurf ist falsch. Es geht um die Frage, wer länger warten muss: die spendebereite Person oder die nicht spendebereite. Das Vorsorgeprinzip sieht es als gerechtfertigt an, die nicht spendebereite Person später zu bedienen. Es soll keine Privilegierung der Trittbrettfahrer geben. Im kritischen Fall jedoch, in dem eine Person (als „super urgent“) dem Tode nahe steht und die andere nicht, da geht die medizinische Indikation der Spendebereitschaft vor. Ärzte müssen also nicht gegen ihre ethischen Prinzipien handeln.⁷⁷

Fazit: Medizinische Kriterien haben Vorrang. Die ärztliche Ethik zu helfen wird durch das Vorsorgeprinzip nicht angetastet.

b. Gesundheitliche Gründe

Ein Chefarzt meinte, durch das Vorsorgeprinzip würden die Kranken benachteiligt, d.h. Menschen, die eine Kontraindikation als Spender haben. Dies ist unrichtig. Wir müssen unterscheiden zwischen der persönlichen Erklärung, postmortal zu spenden, und der postmortalen Spende selbst. Erklären können sich auch Kranke. Ob ihre Organe dann nach dem Tod spendefähig sind, lässt sich zum Zeitpunkt der Erklärung nicht verbindlich beurteilen. Beispielsweise kann ein verstorbener Hepatitiskranker als Spender für einen anderen Hepatitiskranken in Frage kommen. Im weiteren

⁷⁵ Vgl. G. Thiel (1999).

⁷⁶ Argumente dieser Art wurden von Schott (2001), S. 352, sowie den Autoren gegenüber von Frau Nationalrätin Trix Heberlein in einem Schreiben vom 7.5.2001 geäußert.

⁷⁷ Vgl. auch unten VI.

liegen zwischen Erklärung und Tod oft Jahrzehnte. Dazwischen kann sich der Stand der medizinischen Forschung verändert haben, so dass sich neue Möglichkeiten eröffnen. Vor einem vorschnellen Urteil: „Kommt als Spender nicht in Frage“, ist daher Zurückhaltung geboten. Somit bleibt es dabei: Kranke haben jederzeit die Möglichkeit, sich für eine Totenspende zu melden. Das gilt auch für ältere Personen.

Fazit: Keine urteilsfähige Person kann von sich sagen, sie sei spendeunfähig. Insofern wird sie durch das Vorsorgeprinzip auch nicht benachteiligt.

c. Freie Entscheidung und nicht entscheidungsfähige Personen

Grundsatz des Rechtsstaates wie auch des Vorsorgeprinzips ist, dass sich die Menschen frei und ohne äusseren Druck entscheiden können. Darüber hinaus kann und soll der Rechtsstaat nicht gehen. Vor den inneren Befindlichkeiten eines Menschen muss er Halt machen. Er darf nicht nach den Motiven einer persönlichen Entscheidung schnüffeln. Dies würde notwendigerweise zu einem totalitären Staat führen. Daher muss auch beim Vorsorgeprinzip der Grundsatz der freien Entscheidung (ohne Berücksichtigung innerer Befindlichkeiten) gelten. Äusserer Druck darf nicht vorliegen. Wir haben im Zusammenhang mit der Lebendspende auf dieses Problem hingewiesen (vgl. oben IV.2). Umgekehrt kann bei geistig Behinderten und Kindern nicht davon ausgegangen werden, dass sie sich aus freien Stücken für eine postmortale Organspende zur Verfügung stellen. Sie sollen vom Vorsorgeprinzip nicht ausgeschlossen, sondern nach dem Günstigkeitsprinzip so behandelt werden, als hätten sie eine Spendeerklärung abgegeben. Dies haben wir in unserem Algorithmus (s.o. V.2.b) so berücksichtigt.

Fazit: Geistig Behinderte und Kinder werden im Vorsorgeprinzip wie Spender berücksichtigt.

d. Spendergesinnung

Von offizieller Seite wird das Vorsorgeprinzip mit dem Grund abgelehnt, „dass die Spende von Organen in jedem Fall ein Akt des freien Willens sein muss, die ohne Ausübung irgendeiner Art von Zwang und ohne irgendeine

Entschädigung erfolgen muss.⁷⁸ Dieser Vorwurf geht ins Leere, weil es beim Vorsorgeprinzip keinen Zwang gibt. Der freie Wille ist gewährleistet. Es wird auch keinerlei Entschädigung gewährt. Der Staat unterhält kein Belohnungssystem. Spenderinnen und Spender erhalten vom Staat nichts, weder Geld noch andere Vorteile. Sie nehmen lediglich ihr eigenes Recht wahr, mit der Spendeerklärung eine Empfangsoption zu verbinden, d.h. sich in die Kette jener einzuklinken, die eben diese Erklärung abgegeben haben, nämlich über das Schicksal ihres Körpers nach dem Tod zu bestimmen: « le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort. » (BGE 123 I 112).

Eigenvorsorge zu verbieten, würde darauf hinauslaufen, nur die bedingungslosen Spender zuzulassen, weil nur sie die „richtige Gesinnung“ haben. Diese Ansicht wäre besonders bedenklich. Denn im Rechtsstaat gibt es nicht gute und schlechte Spender. Menschen dürfen vom Staat nur nach ihren Taten, nicht nach ihrer Gesinnung behandelt werden.

Fazit: Spendergesinnung darf im Rechtsstaat keine Rolle spielen. Es ist unzulässig, nur Spenderinnen und Spender mit der richtigen Gesinnung zuzulassen.

e. Das Vorsorgeprinzip verankere eine gesetzliche Belohnung für gesellschaftliche Verdienste

Es gehe nicht an, dass durch das Vorsorgeprinzip den Spendebereiten gesetzlich Vorteile für ihr gesellschaftliches Wohlverhalten eingeräumt würden. Dieses Argument ist aus verschiedenen Gründen nicht stichhaltig. Erstens wird den Spendern vom Staat nichts „eingeräumt“. Sie haben sich lediglich entschlossen, ihre Organe im Todesfall zu spenden und sich dadurch in die Reihe der Spendewilligen einzuordnen. Die praktische institutionelle Form bildet das Vorsorgeprinzip (vgl. oben II). Zweitens beruht auch die Institution des Versicherungswesens, insbesondere die Krankenversicherung, auf dem Vorsorgeprinzip. Wer (mehr) Prämien einbezahlt, kann im Krankheitsfall mit einer (höheren) Leistung rechnen. Warum sollte also das Vorsorgeprinzip nicht als Ergänzung der Krankenversicherung betrachtet werden dürfen? Drittens kann jemand, der Vorsorge trifft und damit zur Linderung des Organmangels beiträgt, kaum als ethisch verwerflich angesehen werden, im Vergleich zu demjenigen, der unter dem Trennprinzip von einer Spende absieht, weil er auf die Zuteilung eines Organs als Trittbrettfahrer hofft.

⁷⁸ Schreiben von Frau Bundesrätin Ruth Dreifuss vom 26. Juni 2000 an einen der Verfasser.

Persönliche Vorsorge durch das Vorsorgeprinzip ist nicht fragwürdig, sondern vorteilhaft für alle Beteiligten.

f. Das Vorsorgeprinzip ignoriere, dass es andere gesellschaftliche Leistungen als die der persönlichen Organspende gebe, die eine Organzuteilung rechtfertigten

Die vom Staat vermittelte Zuteilung von Organen würde durch das Vorsorgeprinzip jene Empfänger einseitig begünstigen, die sich selber als spendebereit registrieren liessen. Es gäbe aber andere Möglichkeiten – so wird eingewendet – sich für die Gesellschaft nützlich und verdienstvoll zu machen als durch Organspendebereitschaft. Viele täten im Stillen Grosses für die Gesellschaft, ohne aber einen Spenderausweis ausfüllen zu wollen. Es müsse nicht Gleiches mit Gleichem vergolten werden. Wer sich sein ganzes Leben für die Gesellschaft abgerackert habe, sollte im Bedarfsfall genau so einen Anspruch auf ein Organ (als gesellschaftliche Solidaritätsleistung) haben, wie ein anderer, der vielleicht für die Gesellschaft weniger geleistet, dafür aber seine Organe zur Verfügung gestellt habe.

Hinter dieser Fehlüberlegung steht die Annahme, die Spendeorgane gehörten dem Staat. Dem ist aber nicht so. Im Falle der Verteilung nach dem gesellschaftlichen Verdienst nähme der Staat eine Verteilung zu Lasten Dritter, nämlich der Spender, vor (es sei denn die Organe wären dem Staat von den Spendern explizit dediziert worden). Die Spendewilligen müssen das Recht erhalten, sich nach dem Vorsorgeprinzip zu organisieren und damit ein zusätzliches Kriterium für die Organallokation nach Art. 17 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs geltend zu machen (vgl. IX). Staatliche Vermischungen mit anderen Verdiensten halten vor dem Persönlichkeitsrecht der Bundesverfassung nicht stand, abgesehen davon, dass die Spendemotivation dadurch kollabieren würde. Die Belohnung für gesellschaftliche Verdienste muss auf andere Weise erfolgen.

g. Handelsverbot

Ein weiterer Vorwurf lautet schliesslich, das Vorsorgeprinzip verstosse gegen das Handelsverbot. Dies ist unrichtig; denn das Vorsorgeprinzip impliziert keinen Handel. Die spendebereite Person darf lediglich mit einer früheren

Zuteilung aus dem Bestand der Organe der spendebereiten Verstorbenen rechnen, wenn sie sich selbst zu einer Totenspende bereiterklärt hat.⁷⁹

Wer Organhandel sucht, der findet ihn eher beim Staat. So steht in Art. 22 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs:

„Die Nationale Zuteilungsstelle kann mit ausländischen Zuteilungsorganisationen Vereinbarungen über den gegenseitigen Organaustausch abschliessen.“⁸⁰

Wir halten solchen Organaustausch für grundsätzlich sinnvoll. Doch er sollte auch den Individuen offenstehen. Es geht nicht an, dass der Bund den Zugang zum internationalen Organaustausch für sich monopolisiert und die Bürgerinnen und Bürger etwa im Falle der Suche nach cross-over-Partnern nur auf seine eigenen Dienste festlegt. Eine Kompromisslösung könnte darin liegen, dass auch kantonale Stellen (wie bisher) Organe vermitteln dürfen. So bestünde Wahlfreiheit. Die Spenderinnen und Spender könnten prüfen, bei welcher Organisation ihr Spenderwille und ihre Präferenzen am besten berücksichtigt werden.

Fazit: Der internationale Organaustausch (Art. 22) sollte nicht beim Bund monopolisiert werden. Auch den Kantonen sollte es (wie bisher) erlaubt sein, Spendeorgane zu vermitteln.

⁷⁹ Zur Vermeidung von Missverständnissen sei erwähnt, dass nach dem Gesetzesentwurf sog. cross-over-Spenden nicht als Tauschhandel betrachtet werden. Sie zählen nach Art. 15 des Gesetzesentwurfs zu den Lebendspenden und sind in die diesbezügliche Verordnung des Bundesrates aufzunehmen.

⁸⁰ So beispielsweise mit dem Eurotransplantsystem, vgl. V.2.c. Dort ist der Ausgleich der Austauschbilanz wie erwähnt sogar explizit vorgesehen.

VI. Ethische Argumente für das Vorsorge- und gegen das Trennprinzip

Die Organtransplantation ist Gegenstand einer intensiven ethischen und rechtsethischen Diskussion.⁸¹ Die ethische Dimension des Problems, Regeln für die Zuteilung von (knappen) Organen im Rahmen eines Transplantationsgesetzes zu finden, liegt in der Dilemmasituation, in der zwei oder mehr Patienten nach der medizinischen Indikation ein Organ benötigen, in der aber zu wenig Organe zur Verfügung stehen.⁸² Diese klassische Dilemmaproblematik kann unterschiedlich gelöst werden.

Im sogenannten *utilitaristischen Ansatz* wird untersucht, bei welcher Zuteilung von Organen auf die einzelnen Patientinnen und Patienten die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt maximiert wird. Dieses Ziel ist jedoch, wie der amerikanische Wissenschaftler P.A. Samuelson (1947) formallogisch gezeigt hat, ohne die Annahme kardinaler, interpersonell vergleichbarer Nutzenfunktionen nicht erreichbar, bzw. wie sein Kollege K.E. Arrow (1951) dargelegt hat, nur diktatorisch zu realisieren, solange die Alternativen unbegrenzt und paarweise vergleichbar sein sollen und wenn eindeutige Ergebnisse erwartet werden sollen.⁸³

Gerade am Beispiel der Organzuteilungen lassen sich die Schwierigkeiten aufzeigen, die mit solchen interpersonellen Nutzenvergleichen verbunden sind. Die Verfasser der Botschaft zum Transplantationsgesetz haben dies selbst leidvoll erfahren, als sie die medizinischen und anderen Kriterien zu ermitteln suchten, nach denen Spendeorgane auf die Organbedürftigen aufgeteilt werden sollten. Ihre – sehr sorgfältige - Analyse endet mit dem Eingeständnis, dass es solche objektiven utilitaristischen Kriterien nicht gibt:

⁸¹ Vgl. Blankart, Kamecke, Kirchner (2000b), Breyer, Kliemt (1995), Kersting (1995), Kliemt (1993), Kliemt (1996), Kühn (1991), Lamb (1996), Luf (1997), Muyskens (1992), Nagel (1995), Schöne, Seifert (1992), Wikler (1989).

⁸² Zu diesen tragischen Dilemmasituationen Calabresi, Bobbit (1978) sowie Gäfgen (1998). Zur Ethik der Rationierung liegen eine Reihe neuerer theologischer Arbeiten vor, z.B. von Bondolfi (1992) und Ziegler (2000/2001). Ihr Ausgangspunkt stellt die jeweils vorgefundene Knappheitssituation dar, zu deren Bewältigung entsprechende Kriterien entwickelt werden. Diese Ergebnisse stehen mit den unsrigen, die die zusätzliche Dimension der ex ante Entscheidung einführen, nicht in Konflikt. Die Autoren der vorliegenden Arbeit danken Prof. Dr. Alberto Bondolfi sowie P. Dr. Albert Ziegler für Verständnis und Diskussion.

⁸³ Diese Erkenntnisse der Ökonomik sind im wesentlichen auch in den Nachbarwissenschaften erkannt und akzeptiert worden. Doch es gibt immer noch einige, die glauben, es besser zu wissen, so z.B. Schott (2001). Er kritisiert die Anwendung der Ökonomik auf die Probleme der Organtransplantation mit dem Argument: „Wirtschaftlichkeitserwägungen sind stets *final* auf ein erwünschtes Resultat ausgerichtet. Die Maximierung eines individuellen oder kollektiven Nutzensaldos ist Massstab und Sinn der Ökonomie.“ Wer so prononcierte Statements abgibt, ist gut beraten, die seit fünfzig Jahren bekannte Literatur heranzuziehen.

„Es geht darum, den individuellen Nutzen zu mehren, Schaden zu vermeiden, die Bedürftigen gleich zu behandeln und einer Ungleichheit an Chancen entgegenzuwirken. Es handelt sich immer um reine Wertentscheidungen. Die These, die Entscheidung erfolge nach medizinischen Kriterien, ist insofern falsch: Die Zuteilung geschieht nach ethischen Prinzipien.“ Botschaft, S. 111.

Daraus lässt sich schliessen: Ein utilitaristischer Ansatz kann die Ethik nicht ersetzen. Wir müssen uns daher mit der Ethik selbst befassen.

Freilich müssen ethische Werturteile ebenso wie utilitaristische Werturteile auf individuellen Werten beruhen; andernfalls wären sie wie gezeigt diktatorisch und insofern sicherlich umstritten. Um dieser Schwierigkeit Rechnung zu tragen, stützt sich die moderne Ethik zunehmend auf das Instrumentarium der *Konsensethik*. In ihr wird die Frage gestellt: Auf welche Regeln würden sich die Akteure einigen, wenn sie auf der einen Seite beschränkt rational und eigennutzorientiert handeln, auf der anderen Seite aber nicht wüssten, ob sie die Rolle von Organspendern oder Organempfängern einnehmen würden (Schleier der Unwissenheit).⁸⁴ Es ist dann deutlich zwischen dem Entscheiden innerhalb gegebener Regeln und der Entscheidung über Regeln zu unterscheiden.⁸⁵ Der Gesetzgeber entscheidet über Regelungen. Dabei kann er nur dann zustimmungsfähige Problemlösungen entwickeln, wenn er auch die Anreizwirkungen unterschiedlicher Bündel von Regelungen in Rechnung stellt. Anreize bilden also einen Teil der ethischen Entscheidungsanalyse. Es ist deshalb nicht auf eine *Zeitpunkt Betrachtung* abzustellen, sondern auf eine solche des entscheidungsrelevanten *Zeitraums*. Gelingt es, eine Problemlösung zu entwickeln, die nicht auf die Entscheidungen der Akteure in einer gegebenen Knappheitssituation abstellt, sondern auf den Entscheidungen im entscheidungsrelevanten Zeitraum beruht, so muss die *ex-ante*-Betrachtung ins Spiel gebracht werden. Es ist dann zu fragen, welche Problemlösung geeignet ist, die Akteure zu veranlassen, die Knappheit zu beseitigen oder zu reduzieren. Es ist das *Vorsorgeprinzip* – und eben nicht das *Trennprinzip* – weil nur das *Vorsorgeprinzip* die *ex-ante*-Betrachtung einbezieht. Damit wird grundsätzlich eine Regelung, die Anreize für die Reduzierung von Knappheit durch *ex-ante*-Entscheidungen einbezieht, einer Regelung, die nur Lösungen für eine gegebene Knappheitssituation ins Kalkül nimmt, überlegen sein. Wenn wie im vorliegenden Fall nur die beiden Alternativen des *Trenn-* und des *Vorsorgeprinzips* zur Diskussion stehen, erweist sich das *Vorsorgeprinzip* dann als die ethisch angemessene Lösung, wenn man auf die freie

⁸⁴ Zum hypothetischen Konsens als ethischem Entscheidungskriterium: Homann, Suchanek (2000), S. 191 – 205; Kirchner (1997), S. 23. Eine schöne Darstellung der ökonomischen „trade-offs“ findet sich in Gäfgen (1998).

⁸⁵ Vgl. Homann, Kirchner (1995), S. 199; Homann, Suchanek (2000), S. 40 – 43.

Entscheidung der Bürger abhebt, die solche Regeln wählen, von denen sie erwarten, dass sie ihren Belangen besser zu dienen in der Lage sind. Eine solche ethische Position ist kompatibel mit den Verfassungszielen der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit, wie sie die Bundesverfassung als oberste rechtliche Gebote aufstellt. Unsere bisher vorwiegend juristisch und ökonomisch gestützte Kritik am Entwurf zum Transplantationsgesetz wird also durch die ethische Argumentation vollumfänglich unterstützt.

Auch aus der Sicht der Konsensethik erweist sich das Vorsorgeprinzip und nicht das Trennprinzip als ethisch vorzugswürdig.

VII. Vorsorge- oder Trennprinzip: Ergebnisse einer Umfrage

Im Juni 2000 führten wir an den Universitäten Zürich, Fribourg und Berlin (Humboldt) eine Umfrage unter 213 Studentinnen und Studenten durch, um deren Akzeptanz des Vorsorgeprinzips gegenüber dem Trennprinzip zu erkunden.⁸⁶

Zunächst fragten wir, ob die Studentinnen und Studenten grundsätzlich bereit wären, ihren Körper nach dem Tod für Organspenden zur Verfügung zu stellen.

- Es stimmten zu	152
- es lehnten ab	23
- es waren unentschieden	38.

Von den 152 Zustimmenden besaßen aber nur 26 einen Organspenderausweis.⁸⁷ Aus ökonomischer Sicht ist dies nicht erstaunlich. Unter den derzeitigen Regeln (in der Schweiz wie in Deutschland) fallen die Verfügungsrechte über die gespendeten Organe an den Staat (Ausnahme: Lebendspenden und gerichtete Totenspenden⁸⁸). Folglich werden Menschen nur durch weltanschaulich-altruistische Motive zur Organspende veranlasst, nicht aber beispielsweise durch das Vorsorgemotiv. Es ist anzunehmen, dass der grösste Teil der 126 grundsätzlich Spendebereiten (152-26) bereit wäre, an einem Verfahren wie dem Vorsorgeprinzip teilzunehmen. Organe gegen Geld lehnen jedoch die meisten (wie sich aus der folgenden Frage schliessen lässt) ab.

Teilnahme am Vorsorgeprinzip erhöht die Wahrscheinlichkeit der Zuteilung eines Organs im Bedarfsfall, schliesst aber eine Mangellage nicht gänzlich aus. Daher wurden die Studentinnen und Studenten in der zweiten Frage nach den Zuteilungskriterien gefragt, denen sie Priorität bzw. keine Priorität zumessen. Die Antworten lauteten:

- die medizinische Indikation (Gewebeverträglichkeit)	206
- die Zeit, die ein Patient schon auf ein Organ wartet	198
- eine zuvor für den Todesfall abgegebene Spendeerklärung	165
- die Zahlungsbereitschaft	22.

⁸⁶ Die Autoren danken Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bruno S. Frey und Prof. Dr. Reiner Eichenberger für die Durchführung der Erhebung an den Universitäten Zürich und Fribourg.

⁸⁷ Zu ähnlichen Ergebnissen gelangen Gutzwiller/Schilling (1996).

⁸⁸ Gerichtete Totenspenden nach Art. 15 Abs. 1 sind Spenden, die im Falle des Ablebens des Spenders einer bestimmten Person (nicht aber einer Gruppe) zukommen sollen. Botschaft, S. 148 f.

Wie aus der Aufstellung ersichtlich ist, erhielten die medizinische Indikation und die Wartezeit, aber auch die Spendebereitschaft relativ viele Prioritätsstimmen. Die Reihenfolge entspricht im wesentlichen den Erwartungen.

Um hinsichtlich der Spendeerklärung eine schärfere Antwort zu erhalten, fragten wir drittens, wie in folgender Konfliktsituation vorgegangen werden soll: Angenommen, es steht für zwei Kranke mit gleicher medizinischer Indikation und Wartezeit nur ein Organ zur Verfügung: Wer soll es erhalten?

- | | |
|---------------------------------------|-----|
| - die /der erklärte Spender(-in) | 134 |
| - die/ der erklärte Nichtspender(-in) | 0 |
| - das Los entscheidet | 69 |
| - weiss nicht | 10. |

Die überwiegende Mehrzahl hält es für gerecht, im Konfliktfall derjenigen Person das Organ zuerst zukommen zu lassen, die sich, bevor sie organbedürftig wurde, als spendebereit (im Todesfall) erklärt hat. In keinem Fall – das ist wichtig - sollte das Organ derjenigen Person zukommen, die sich der Organspende (im Todesfall) verweigert hat.

Fazit: Die Befragten lehnen die Implikationen des Trennsystems klar ab. Die im Gesetzesentwurf entwickelte Idee von „Gerechtigkeit“ wird von den Befragten nicht geteilt. Die zugrundeliegende Ethik scheint ihnen aus einer menschenfernen Welt zu stammen.

Um die in der ersten Frage aufgeworfene Eigentumsregelung näher zu problematisieren, baten wir die Studentinnen und Studenten schliesslich, zu folgender Frage Stellung zu nehmen:

„Organe sind Privateigentum. Ein Mensch darf über seinen Tod hinaus Verfügungen treffen, ob seine Organe entnommen werden dürfen und welcher Transplantationsorganisation sie gegebenenfalls zukommen sollen (Erbrechtslösung).“

Dieser Aussage stimmten 177 der befragten Personen zu, 17 lehnten sie ab, 16 waren unentschieden.

Das Bedürfnis, über den Tod hinaus über die eigenen Organe zu verfügen, stellt offenbar nicht nur ein vom Bundesgericht bestätigtes Grundrecht, sondern ein tief verwurzeltes menschliches Bedürfnis dar.⁸⁹ Mit Blick auf das Referendum ist die Politik gut beraten, sich über diese Präferenzen der Bürgerinnen und Bürger nicht hinweg zu setzen.

⁸⁹ Der Zusatz „Erbrechtslösung“ stellt eine (noch offene) Verallgemeinerung dar, wie sie schon in Art. 15 (Botschaft, S. 148) mit der gerichteten Totenspende anvisiert ist.

VIII. Das Wichtigste in Kürze - für eilige Leserinnen und Leser

Das vom Bundesrat zur Beratung vorgelegte Transplantationsgesetz ist im Ansatz verfehlt. Seinem Zweckartikel zufolge soll es ein Polizeigesetz sein. Es soll den Missbrauch beim Umgang mit Organen, Geweben und Zellen verhindern (Art. 1), im Grunde also Regeln verfeinern, die im Bundesbeschluss über die Kontrolle von Transplantaten vom 22.3.1996 schon verankert sind und sich in der Schweiz offensichtlich bewährt haben.⁹⁰ Insofern bringt der Gesetzesentwurf wenig Neues. Die polizeilichen Vorschriften werden in das neue Gesetz übernommen.

Was im Gesetzesentwurf jedoch fehlt, ist, wie die Koordination zwischen Spendern und Empfängern erfolgen soll. Spende und Empfang werden im Gesetzesentwurf nach dem sogenannten *Trennprinzip* losgelöst voneinander geregelt. Es wird kein Bezug hergestellt. Spenden darf nur, wer als Altruist die „richtige Gesinnung“ hat (ein gut gemeinter, wenn auch rechtsstaatlich fragwürdiger Gedanke). Beim Empfangen genießt demgegenüber jedermann die gleiche Priorität, auch wenn er nur als Trittbrettfahrer Organe in Anspruch nimmt und nie die Absicht (gehabt) hat, selbst eine Totenspende zu leisten. Der Trittbrettfahrer genießt den Schutz des Staates. Eine solche Regelung unterhöhlt, wie unsere Erhebung unter Studierenden gezeigt hat, das Transplantationswesen. Zwar wäre ein Grossteil der Befragten zu einer Spende nach dem Tod bereit. Doch nur wenige haben dies durch den Erwerb eines Spenderausweises auch vollzogen. In der Realität manifestiert sich dieses Verhalten in einem gewaltigen Organmangel. Über tausend Organkranke stehen in der Schweiz auf der Warteliste. Sie leiden oft jahrelang. Viele von ihnen sterben, weil für sie kein Organ verfügbar ist. Trotz dieser verheerenden Bilanz will der Bundesrat strikt am Trennprinzip festhalten.

Wir schlagen stattdessen das auf Reziprozität beruhende *Vorsorgeprinzip* vor. Es soll die notwendige Brücke zwischen Spenden und Empfangen schlagen. Wer sich als gesunder Mensch zur Totenspende bereit erklärt, soll im Krankheitsfall zeitlich vor den Nichtspendern, mit einem Organ bedient werden, soweit die medizinischen Gegebenheiten dies zulassen. Hinter dem Vorsorgeprinzip stehen nicht Ansprüche der Individuen an den Staat, sondern das Versprechen der Spenderinnen und Spender, sich zu unterstützen. Der Staat vermittelt nur. Er ist nicht Partei.

⁹⁰ SR 818.111.

Durch das Vorsorgeprinzip werden die Leistungen der Spender internalisiert, die Organspende motiviert und das Trittbrettfahren demotiviert. Jeder Mensch wird gleich behandelt: Sie oder er kann sich zur Totenspende erklären oder es lassen. Selbst wenn sich die Mangellage durch das Vorsorgeprinzip nur teilweise beseitigen lässt, werden doch im Ergebnis mehr Kranke geheilt und mehr Todesfälle vermieden als unter dem Trennprinzip. In Wirklichkeit ist allerdings eine wesentliche Zunahme der Spendeaktivität zu erwarten. Doch allein schon ein Teilerfolg erheischt die Zulassung des Vorsorgeprinzips; dies ist ein ethisches Gebot.

Demgegenüber will der Bundesrat ausschliesslich das Trennprinzip für zulässig erklären und das Vorsorgeprinzip unterbinden und als gesetzeswidrig erklären (Art. 17). *Ein solches Verbot des Vorsorgeprinzips ist nicht nur ethisch untragbar, es widerspricht auch drei zentralen Punkten der Bundesverfassung, nämlich:*

- **dem Recht der Selbstbestimmung über den eigenen Körper nach dem Tod.** Ein Mensch hat das Recht, die Modalitäten seiner/ihrer Spende nach dem Tod festzulegen und damit über das Schicksal seines/ihrer Körpers nach dem Tod zu entscheiden. Dieses Recht darf nicht soweit eingeschränkt werden, dass dem Individuum nur noch die Alternativen „Nichtspenden“ oder „an den Staat Spenden“ verbleibt. Der Staat hat keine Kompetenz, sich durch Einengung der Wahlfreiheit die Spendeorgane faktisch anzueignen. (Art. 10 Abs. 2, Art. 119a Abs. 1 BV sowie BGE 123 I 112).
- **dem Diskriminierungsverbot** (Art. 8 Abs. 2 BV). Danach sind bei der Zuteilung der Spendeorgane Gleiche gleich und Ungleiche ungleich zu behandeln. Spendebereite und Spendeverweigerer bilden zwei unterschiedliche Gruppen. Die einen tragen zur Verminderung des Organmangels bei, die anderen nicht. Daher ist es verfassungswidrig, wenn im Gesetz die beiden Gruppen gleich behandelt werden. Niemand muss spenden, aber das Trittbrettfahren steht nicht unter dem Schutz der Bundesverfassung.
- **dem Verfassungsauftrag zum Schutz der Gesundheit** (Art. 119a Abs. 1 BV). Die Bundesverfassung fordert bei der Transplantationsmedizin den Schutz der Gesundheit. Daher ist es unzulässig, das Vorsorgeprinzip im Gesetz zu verbieten und damit eine ganze Kategorie von Spendern auszuschliessen, die das

Organangebot vermehren und dadurch das Leiden und Sterben zahlloser Kranker vermindern würden.

Es mag eingewendet werden, andere Staaten hätten ähnliche Transplantationsgesetze wie das vom Bundesrat vorgeschlagene. So schlecht könne der Entwurf daher nicht sein. Doch dies ist unrichtig. Denn andere Staaten verfügen in der Regel weder über ein so weitgehendes Persönlichkeitsrecht für die Zeit nach dem Tod, noch über Verfassungsvorschriften, die dem Gesetzgeber den Schutz der Gesundheit in der Transplantationsmedizin zur Pflicht machen. Deshalb unterliegt das schweizerische Transplantationsgesetz engeren Verfassungsrestriktionen, als sie im Ausland üblich sind. Der Bundesrat hat – anders als von Seiten der Bundesverwaltung zu vernehmen ist – auch nicht die Entscheidungsfreiheit, zum Vorsorgeprinzip ja oder nein zu sagen; er muss es in staatlicher oder privater Regie akzeptieren,⁹¹ weil es im Persönlichkeitsrecht der Bundesverfassung verankert ist.

Um den Gesetzesentwurf in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu bringen, ist jedenfalls folgende Ergänzung von Art. 17 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs erforderlich:

„Für die Zuteilung [der Spendeorgane] dürfen [nur] die folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

- a. die medizinische Dringlichkeit einer Transplantation; (bisher)
- b. der medizinische Nutzen einer Transplantation; (bisher)
- c. die Wartezeit; (bisher)

d. die Spendebereitschaft.“ (neu)

Das Nähere regelt der Bundesrat (entsprechend Abs. 3).

⁹¹ Vgl. oben II.

Literaturverzeichnis

Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, New York 1951, rev.1963.

Arz de Falco, Andrea, Moralische Pflicht zur Organspende, in: *Neue Zürcher Zeitung*, Internationale Ausgabe, Nr. 299, 22.12.2000, S. 27.

Blankart, Charles, B./ Knieps, Günter, Externalités de réseau, variété et recherche, in: *Technologies de l'information et société*, Vol. 6, No. 2, 1994, S. 111 – 123.

Blankart, Charles B., Mehr Organe bei Besserstellung der Spender: Ungereimtheiten im geplanten Transplantationsgesetz, in: *Neue Zürcher Zeitung*, Internationale Ausgabe, Nr. 110 vom 12. Mai 2000, S. 15 (2000a).

Blankart, Charles B., Transplantations d'organes: priorité aux donateurs ? In: *Le Temps*, no. 791, 18.11.2000, S. 11 (2000b).

Blankart, Charles B./ Kamecke, Ulrich/ Kirchner, Christian, Vernehmlassung zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Stellungnahme vom 21.02.2000 (2000a).

Blankart, Charles B./ Kamecke, Ulrich/ Kirchner, Christian, Organspenden und Solidarität, in: *Schweizerische Monatshefte*, 2000, S. 35 – 40 (2000b).

Blankart, Charles B./ Thiel, Gilbert, Was hat Ökonomik mit Organspenden zu tun? Bemerkungen zum schweizerischen Transplantationsgesetz, in: *Neue Zürcher Zeitung*, Internationale Ausgabe, Nr. 76, 31. 3./1.4.2001, S. 8.

Bondolfi, Alberto, Ethische Probleme der Transplantationsmedizin, in: Alberto Bondolfi/ R. Malacrida/ A. Rohner (Hrsg.), *Ethik und Transplantationsmedizin*, Comano 1992, S. 123 – 134.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Bern, 12. September 2001.

Brennan, Geoffrey/ Buchanan, James M., The Reasons of Rules, Constitutional Political Economy, Cambridge u.a. 1985, deutsch: Die Begründung von Regeln, Konstitutionelle Politische Ökonomie, Tübingen 1993.

Breyer, Friedrich/ Kliemt, Hartmut, Solidargemeinschaft der Organspender: Private oder öffentliche Organisation? In: Peter Oberender (Hrsg.), Transplantationsmedizin: Ökonomische, ethische, rechtliche und medizinische Aspekte, Baden-Baden 1995, S. 135 – 160.

Calabresi, Guido/ Bobbit, Philip, Tragic Choices: The Conflict Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources, New York/London 1978.

Chenaux, Jean-Philippe, Transplantations d'organes: sauver des vies, Lausanne 2000.

Dumoulin, Jean-Francois, Organtransplantation in der Schweiz: das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, Bern 1998.

Fischer-Fröhlich, Carl-Ludwig, Die Situation der Organtransplantation in der Bundesrepublik Deutschland und im europäischen Ausland aus medizinischer Sicht – Eine Bestandesaufnahme, Tübingen o.J. (ca. 1997) <http://www.lpb.bwue.de/publikat/organ4htm>.

Frey, Isabel, Organhandel: Altruismus oder Markt? Eine gesundheitsökonomische Analyse, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Gesundheitspolitik, No. 39, Muri 1994.

Gäfigen, Gérard, Das Dilemma zwischen humanem Anspruch und ökonomischer Knappheit im Gesundheitswesen, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 3, 1998, S. 149 –158.

Gubernatis, Gundolf, 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 1997, S. 15 – 37.

Gubernatis, Gundolf/ Kliemt, Hartmut, Solidarität und Rationierung in der Organtransplantation, in: Transplantationsmedizin, 11. Jg., 1999, S. 4 – 10.

Gubernatis, Gundolf/ Kliemt, Hartmut, A Superior Approach to Organ Allocation and Donation, in: Transplantation Forum, vol. 70, No. 4, 2000, S. 699 – 707 (2000a).

Gubernatis, Gundolf/ Kliemt, Hartmut, Xenotransplantation und gesellschaftliche Risiken, in: Deutsche Medizinische Wochenschrift, Bd. 125, 2000, S. 1017 – 1019 (2000b).

Guillod, Oliver/ Dumoulin, Jean-François, Définition de la mort et prélèvement d'organes – aspects constitutionnels-, Université de Neuchâtel 1999.

Gupta, Ruchira, Handel mit menschlichen Ersatzteilen. Im Schattenbereich zwischen Tatsachen und Gerüchten, in: Neue Zürcher Zeitung, Nr. 51, 2./3. März 2002, S. 93.

Gutmann, Thomas/ Land, Walter, Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: der Stand der Debatte, in: U. Schmidt/ F.W. Albert (Hrsg.), Praxis der Nierentransplantation, Lengerich, Berlin 1997.

Gutzwiller, F./ Schilling M., Einstellung zur Organtransplantation in der Schweiz, in: Schweizerische Ärztezeitung, 76. Jg., 1996, S. 2079.

Heinze, Meinhard, Allokationsprobleme in der Transplantationsmedizin aus zivilrechtlicher Sicht, in: Rolf Lachmann/ Norbert Meuter (Hrsg.), Zur Gerechtigkeit der Organverteilung: Ein Problem der Transplantationsmedizin aus interdisziplinärer Sicht, Stuttgart 1997, S. 83.

Hinderling, Heinz, Die Organtransplantation in der heutigen Sicht der Juristen, in: ders., Ausgewählte Schriften, Zürich 1982, S. 87 – 103 ; SJZ 75 (1979), S. 36 – 43.

Höfling, Wolfgang, Rationierung von Gesundheitsleistungen im grundrechtsgeprägten Sozialstaat: Eine Problemskizze, in: Günter Feuerstein/ Ellen Kuhlmann (Hrsg.), Rationierung im Gesundheitswesen, Wiesbaden 1998, S. 143.

Homann, Karl/ Kirchner, Christian, Ordnungsethik, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 14, Tübingen 1995, S. 199.

Homann, Karl/ Suchanek, Andreas, Ökonomik. Eine Einführung, Tübingen 2000.

Kalchschmid, Gertrud S., Die Organtransplantation. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, Wien 1997.

Kersting, Wolfgang, Gerechtigkeit und Medizin, Köln 1995.

Kirchner, Christian, Ökonomische Theorie des Rechts, Berlin u.a. 1997.

Kliemt, Hartmut, "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. 1993, S. 262.

Kliemt, Hartmut, Rationierung im Gesundheitswesen als rechtsethisches Problem, in: Peter Oberender (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im Gesundheitswesen, Gräfelfing 1996, S. 23.

Kliemt, Hartmut, Wem gehören Organe? In: Johann S. Ach/ Michael Quante (Hrsg.), Hirntod und Organverpflanzung, Stuttgart-Bad Cannstatt 1997, S. 171 – 287(1997a).

Kliemt, Hartmut, Rechtsstaatliche Rationierung, in: Wilhelm Kirch/ Hartmut Kliemt (Hrsg.), Rationierung im Gesundheitswesen, 2. Aufl. Regensburg 1997, S. 20 (1997b).

Kliemt, Hartmut, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin, in: Langenbecks Arch. Chir. Suppl. II (Kongressbericht)1998.

Kliemt, Hartmut, Organtransplantation im Eurotransplantverbund, Analyse & Kritik, Bd. 23, 2001, S. 133 – 155.

Kollhosser, Helmut, Persönlichkeitsrecht und Organtransplantation, in: Hans-Uwe Erichsen/ Helmut Kollhosser/ Jürgen Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, S. 147.

Kühn, Hagen, Rationierung im Gesundheitswesen – Politische Ökonomie einer internationalen Ethikdebatte, in: Rationierung der Medizin, Jahrbuch für kritische Medizin, Bd. 17, Hamburg, Berlin 1991, S. 41.

Kühn, Hermann Christoph, Die Motivationslösung. Neue Wege im Recht der Organtransplantation, Berlin 1998.

Kühn, Hermann Christoph, Das neue deutsche Transplantationsgesetz, in: MedR 1998, S. 455.

Lamb, David, Organ Transplants and Ethics, 2. Aufl., Aldershot u.a. 1996.

Lederberg, Joshua, Heart Transfer Poses Grim Decisions. Moribund Patient's Trust Is at Stake, in: The Washington Post, Sunday, Dec. 10, 1967, Washington, Section B1.

Luf, Gerhard, Verteilungsgerechtigkeit im Bereich der modernen Medizin, rechtsethische Überlegungen, in: Recht der Medizin 1997, S. 99.

Meier-Rust, Kathrin, Spender sind immer die Frauen, in: Die Weltwoche, Nr. 42, 18.10.2001, S. 43 – 45.

Müller, Jörg-Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Berlin 1982.

Müller, Jörg Paul, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl. Bern 1999.

Müller, Jörg Paul, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 103.

Muyskens, James, Should Receiving Depend Upon Willingness to Give? In: Transplantation Proceedings 1992, S. 2181.

Nagel, Eckhard, Möglichkeiten und Grenzen der Organtransplantation, in: Peter Oberender (Hrsg.), Transplantationsmedizin: Ökonomische, ethische, rechtliche und medizinische Aspekte, Baden-Baden 1995, S. 199.

Rhinow, René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel u.a. 2000.

Samuelson Paul A., Foundations of Economic Analysis, Cambridge 1947.

Schöne-Seifert, Bettina, Was sind gerechte Verteilungskriterien? In: Jürgen Mohr/ Christoph Schubert (Hrsg.), Ethik in der Gesundheitsökonomie, Berlin u.a. 1992, S. 35.

- Schöning, Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Zürich 1996.
- Schott, Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss. Univ. Basel, Basel 2001.
- Tietzel, Manfred, Neuere Aspekte der Theorie der Allmende. Eine Fallstudie, Referat an der Jahrestagung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Vereins für Socialpolitik, Potsdam 2000.
- Thiel, Gilbert, Gedanken zu einem zukünftigen Schweizer Transplantationsgesetz, in: Der Basler Arzt, Nr. 43, Dezember 1996, S. 1 – 5.
- Thiel, Gilbert, Beitritt der Schweiz zu Eurotransplant: Die Contraposition, in: Schweizerische Ärztezeitung, Jg. 80, 1999, S. 2450-2460.
- Wikler, Daniel, Equity, Efficacy and the Point System for Transplant Recipient Selection, in: Transplantation Proceedings, 1989, S. 34 - 37.
- Wujciak, Thomas/ Opelz, Gerhard, Computer analysis of cadaver kidney allocation procedures, in: Transplantation, 55, 1993, S. 516 – 521 (1993a).
- Wujciak, Thomas/ Opelz, Gerhard, A Proposal for improved cadaver kidney allocation, in: Transplantation, 56, 1993, S. 1513 – 1517 (1993b).
- Zentrum für Technologiefolgen-Abschätzung, Bundesamt für Gesundheit, Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung wissenschaftlicher Forschung, Transplantationsmedizin, Bericht des Bürgerpanels, Bern, 2001.
- Ziegler, Albert, Gerechte Rationierung im Gesundheitswesen, in: Intercura, Nr.72, Winter 2000/2001, S. 2 – 15.