

Trennprinzip oder Vorsorgeprinzip? Das geplante Transplantationsgesetz im Lichte der Kernkriterien der Bundesverfassung

*Critère de la séparation ou critère de la prévoyance ?
Le projet de loi sur la transplantation face aux
principes fondamentaux de la Constitution Fédérale*

*Separation Principle or Provision Principle
in Organ Transplantation?
Constitutional Limits to a Federal Transplantations Act*

von
Charles B. Blankart
Humboldt-Universität zu Berlin

**Rechtliche und ethische Probleme der Organallokation
Nationales Forschungsprogramm Implantate,
Transplantate
NFP 46**

**Tagung: Organallokation. Medizin – Ethik – Recht
vom 7.-9. November 2002 an der Universität Lausanne**

Trennprinzip oder Vorsorgeprinzip? Das geplante Transplantationsgesetz im Lichte der Kernkriterien der Bundesverfassung

von
Charles B. Blankart
Humboldt-Universität zu Berlin^{*}

I. Das Drama des Organmangels

Die schweizerische Organtransplantation zeichnet sich durch Mangel aus. Seit Jahren zeigen die Statistiken von Swisstransplant ungefähr die gleiche Problemlage. Sie lässt sich in vier Sätzen zusammenfassen und anhand der folgenden Graphik illustrieren:

1. Die Zahl der Kranken, die auf ein Organ warten, nimmt von Jahr zu Jahr zu.
2. Im Laufe eines Jahres erhalten nur etwa 40 Prozent der Patientinnen und Patienten, die sich auf der Warteliste befinden, eine Transplantation. Den Behandelten folgen ständig neue Kranke nach.
3. Für etwa acht Prozent der Wartenden kommt Hilfe zu spät. Sie versterben auf der Warteliste, weil zu wenig Organe vorhanden sind. Dies sind derzeit in der Schweiz etwa 80 bis 90 Patientinnen und Patienten pro Jahr.¹

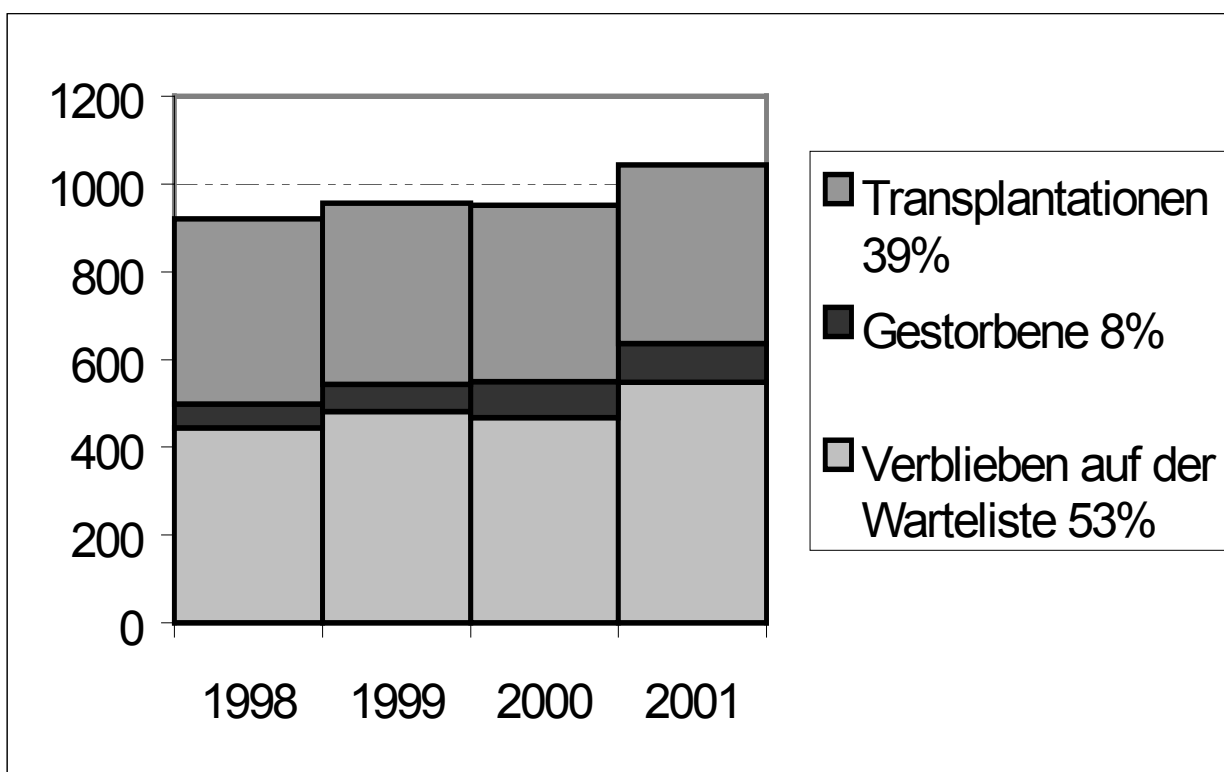
^{*} Der vorliegende Aufsatz baut auf der Studie *Blankart, Ch., Kirchner, Chr., Thiel, G.: „Transplantationsgesetz. Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht“, Aachen (Shaker Verlag) 2002* auf. Nicht alle Argumente konnten in diesem Aufsatz in der notwendigen Ausführlichkeit dargestellt werden. Die Leserinnen und Leser seien auf die genannte Schrift verwiesen. Sie bilden integralen Bestandteil unserer Argumentation. Dort findet sich auch ein ausführliches Literaturverzeichnis. Der Autor freut sich über Kommentare, Fragen und Kritik: charles@blankart.net. Er dankt allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung, „Rechtliche und ethische Probleme der Organallokation“, insbesondere aber seinen Kollegen Christian Kirchner und Gilbert Thiel, für wertvolle Diskussionsbeiträge. Einige wichtige Punkte der Diskussion an der Tagung sind in Abschnitt IV aufgenommen worden.

¹ In der Zahl der Verstorbenen sind auch jene Personen eingeschlossen, die – mit unheilbar kranken Organen - im Laufe der Wartezeit von der Warteliste zurückgezogen worden sind. Die angegebenen Prozentzahlen beziehen sich auf das Jahr 2001.

- Die restlichen etwas mehr als 50 Prozent der Patientinnen und Patienten werden auf das neue Jahr „vorgetragen“. Ihr Schicksal bleibt – oft über Jahre –, in der Schwebe, bis sie entweder ein Organ erhalten oder infolge von Organmangel sterben müssen.

Dies ist in kurzen Worten das Drama der Organkranken. Wer ihre Leiden kennt, ihre stete Anbindung an des Krankenhaus und die persönlichen Entsagungen und Schmerzen wahrgenommen hat, der kann sich schwerlich vorstellen, dass es bei so viel Not niemanden gibt, der hilft, indem er seine eigenen Organe zur Spende nach dem Tod frei gibt, und dadurch den Weg zur Organtransplantation öffnet.

Abbildung 1: Wachstum und Fortwalzung des Organmangels 1998-2001



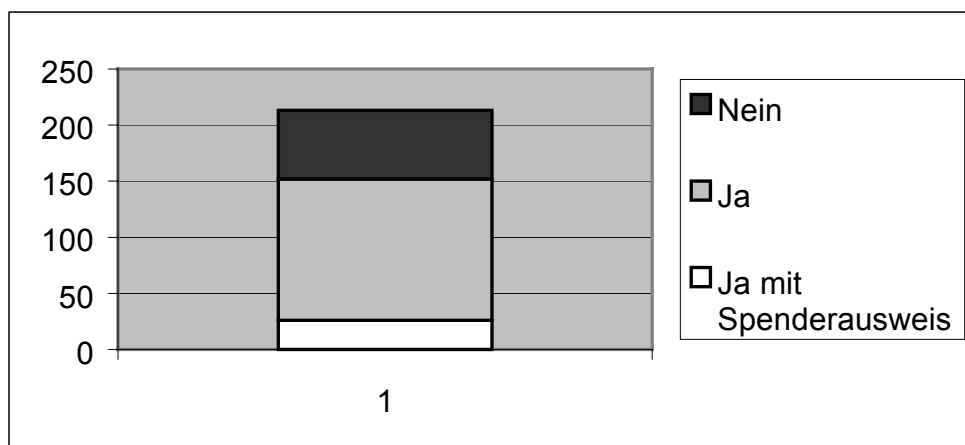
Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung nach Daten von Swisstransplant

Diese Vermutung täuscht nicht. In unserer Untersuchung, *Blankart/Kirchner/Thiel: „Transplantationsgesetz. Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht“²*, finden sich die Ergebnisse einer Umfrage an den Universitäten Zürich, Freiburg und Berlin (Humboldt) vom Sommer 2000, in der wir festgestellt haben, dass von 213 Befragten die überwiegende Mehrheit von 152 Personen bereit wäre, ihre Organe nach dem Tod zu spenden. Verständnis und Leistungsbereitschaft sind also grundsätzlich vorhanden. Doch nur 26 der Befragten dokumentieren dies in einem Spenderausweis.

Was ist daraus zu folgern? Wo es auf der einen Seite Organbedürftige gibt und auf der anderen Seite Spendebereite, diese aber nicht zueinander finden, da fehlt es offenbar nicht am Willen, sondern an der Koordination zwischen den beiden. Die Spender halten sich zurück und die Organbedürftigen gehen leer aus, weil die institutionelle Brücke, die die beiden zueinander bringen könnte, fehlt. Ohne diese Verbindung mangelt es den Spendern an der Motivation, ihren Willen zu vollziehen.

Es ist einer unserer Hauptkritikpunkte, dass das Departement des Innern und der Bundesrat dieses Koordinationsproblem zwischen Spendern und Empfängern als eine Ursache des Dramas des Organmangels nicht erkannt haben und infolgedessen auch nichts wesentliches unternommen haben, um das Los der Kranken zu lindern.

Abbildung 2: Abgelehnte, vorhandene und erklärte Spendebereitschaft (Umfrage 2000)



Quelle: Eigene Erhebung (vgl. Blankart/Kirchner/Thiel 2002)

² a.a.O. FN 1.

Im bundesrätlichen Gesetzesentwurf beschränkt sich die Koordination auf den kleinen Teil der Spendebereiten, die bereit sind, ihre Organe nach dem Tod dem Staat (nach den im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regeln) zur Verfügung zu stellen.³ Koordination jedoch in dem Sinne, dass auch anders motivierte Spendewillige einen Weg zur Spende finden - dies sind, wie Abbildung 2 zeigt, der grösste Teil der Spendewilligen – bleibt in der bundesrätlichen Botschaft völlig unbeachtet, ja solche Spendemotive sollen nach dem Gesetzesentwurf gar nicht in Betracht gezogen werden *dürfen*.⁴ Damit legt der Bundesrat statt eines Koordinationsgesetzes ein „*Verbotsgesetz*“ vor,⁵ das ihn mit der Bundesverfassung in Konflikt bringt, die diesbezüglich ganz andere Werte setzt.

Ich möchte dies an fünf Grundsätzen der Bundesverfassung darlegen:

- dem Recht auf Persönlichkeit (II)
- dem Recht auf Schutz der Gesundheit (III)
- dem Recht auf Nichtdiskriminierung (IV)
- dem Schutz der Freiwilligkeit (V)
- dem Subsidiaritätsprinzip (VI).

Aus der Erörterung dieser fünf Grundsätze wird das von uns vertretene *Vorsorgeprinzip* hervorgehen. Dieses beruht, um es vorweg zu nehmen, auf folgendem einfachen Postulat:

Wer eine Spendeerklärung abgibt, trifft Eigenvorsorge für einen möglichen späteren Organbedarf. Wer es unterlässt, muss möglicherweise etwas länger auf ein Organ warten.

Wir sind der Ansicht, dass dieses Prinzip dem vom Bundesrat vertretenen *Trennprinzip*, das Eigenvorsorge kategorisch ausschliesst, sowohl ethisch wie verfassungsmässig überlegen ist. Anders gesagt: Die ethischen Ziele der Transplantation lassen sich nicht gegen, sondern nur mit der Bundesverfassung anstreben.

³ Auf die Koordination in der Lebendspende werde ich in Teil V eingehen.

⁴ Art. 17 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs.

⁵ Der Charakter eines „Verbotsgesetzes“ wurde namentlich auch im Vernehmlassungsverfahren kritisiert (EDI, 2000, S. 4).

II. Das Recht auf Persönlichkeit

Schon die alte Bundesverfassung von 1874 legte fest, dass sich das Recht auf Persönlichkeit und Menschenwürde nicht nur auf die Zeit des Lebens eines Menschen, sondern auch über den Tod hinaus erstreckt. So erklärt sich das in Art. 52 aBV festgelegte Recht auf eine schickliche Beerdigung. Das Bundesgericht hat dieses Recht mehrfach bestätigt und auf die Organspende angewandt. In einem Urteil zur Organspende aus dem Jahr 1997 hält es explizit fest:

« 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. » BGE 123 I 112

In Wahrnehmung dieses Rechtes kann eine Person auch über das Schicksal ihrer Organe nach dem Tod entscheiden. Das Gericht sieht dieses Recht im gleichen Urteil als Teil eines umfassenden postmortalen Verfügungsrechtes:

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

Dem Individuum steht es frei, die Modalitäten seiner Organspende festzulegen. Dieses Freiheitsrecht lässt sich, so fährt das Bundesgericht fort, nur einschränken, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt und die Einschränkung eine zielgerichtete und verhältnismässige Massnahme darstellt. So wäre sicherlich eine Dedikation eigener Organe an Angehörige einer bestimmten Rasse von Menschen ausgeschlossen. Doch eine Entscheidung, die eigenen Organe in erster Linie solchen Kranken zukommen zu lassen, die sich selbst auch für spendebereit erklärt haben, könnte schwerlich verwehrt werden. Warum? Wenn Spender an Spendebereite spenden, so entsteht Solidarität. Spendebereite helfen einander. Jede Person weiss: Wenn ich zur Hilfe bereit bin, wird auch mir geholfen. Daher lohnt es sich, eine Spendeerklärung abzugeben; die Spendebereitschaft steigt an.⁶ Mehr Individuen finden sich zur Totenspende bereit, und der Organmangel wird abgebaut, was unbestritten im öffentliche Interesse liegt und daher schwerlich verboten werden kann.

⁶ Dass die Spendebereitschaft ansteigt, lässt sich im übrigen auch mit der Theorie der Netzwerke belegen. Das Problem der kritischen Masse, das dem entgegengehalten werden könnte, lässt sich überwinden, indem der Übertritt vom derzeitigen Trennprinzip zum Vorsorgeprinzip kontingent ab Erreichen der dieser Masse erklärt werden kann. (vgl. Blankart / Knieps: The Critical Mass Problem in a Dynamic World: Theory and Applications to Telecommunications, in: F. Klaver und P. Slaa, Hrsg., Telecommunications, Amsterdam (IOS Press) 1992.

Die Reziprozität zwischen Geben und Nehmen stellt die Essenz des von uns vertretenen *Vorsorgeprinzips* dar. Institutionell könnte sie in einer Spendevereinigung auf Gegenseitigkeit abgesichert werden. Wir schlagen aber vor, sie etwas anders organisieren. Die Spendebereiten richten ihre Zusage nicht an die Spendervereinigung, sondern an den Staat. Dieser gewährleistet als Treuhänder, dass bei der Zuteilung der Spendeorgane an die Kranken die Spendebereitschaft der Patientin oder des Patienten mit-berücksichtigt wird. Das heisst, bei der Zuteilung werden zuerst die medizinischen Kriterien von Dringlichkeit und Nutzen und subsidiär (wenn diese Kriterien gleich ausfallen) auch die Spendebereitschaft berücksichtigt. Der Vorteil des Vorsorgeprinzips besteht also im Vergleich zur Vereinslösung darin, dass - wie im Gesetzesentwurf – prioritär medizinische Kriterien Berücksichtigung finden, subsidiär aber auch einem persönlichen Wunsch nach Reziprozität Rechnung getragen wird.⁷

Hierzu ein Beispiel: Zwei Patientinnen benötigen je ein Spendeherz. Doch es steht nur eines zur Verfügung. Der Arzt wird es nach gewissenhafter ethischer Abwägung jener Patientin geben, die (wie im Gesetz vorgesehen) nach Dringlichkeit und Nutzen dafür eher in Frage kommt. Doch wenn die medizinische Indikation bei beiden Patientinnen etwa gleich ist – und dies ist bei vielen Patientinnen und Patienten der Fall – wer soll es dann erhalten? Das Persönlichkeitsrecht verlangt, es jener Person zu geben, die die Verstorbene dazu designiert hat. Die andere Person muss etwas länger warten. Wollte die Verstorbene Spendewillige bevorzugen, so hat der Staat dem Rechnung zu tragen und als deren Treuhänder das Spendeherz der spendebereiten Person zu transplantieren. Nur wenn die Regel auch so durchgesetzt wird, wird die Verlässlichkeit generiert, die zur Erhöhung der Spendebereitschaft führt.^{8,9}

⁷ Niemand fordert, dass der Staat aktiv werden *muss*, um das Vorsorgeprinzip durchzusetzen. Er darf das Vorsorgeprinzip lediglich nicht verbieten. Sollte der Staat die angesprochene Treuhänderaufgabe nicht wahrnehmen wollen, so kann er private Spendervereinigungen auf Gegenseitigkeit wegen des Grundrechtsschutzes schwerlich verhindern. Anders gesagt: Er kann nicht sowohl das Vorsorgeprinzip ablehnen als auch private Spendervereinigungen auf Gegenseitigkeit für unzulässig erklären. Dies würde dem vom Bundesgericht festgesetzten Entscheidungsspielraum, über das Schicksal seines Körpers zu bestimmen, auf unzulässige Weise einengen, vgl. nachfolgend in diesem Teil. Dies schliesst nicht aus, dass der Staat dem Verein bestimmte Regeln auferlegt.

⁸ Zu den Details dieses Verfahrens siehe Blankart, Ch. B./ Kamecke, U./ Kirchner, Chr., Vernehmlassung zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Stellungnahme vom 21.02.2000.

⁹ Erwähnt sei, dass persönliche Dedikationen nach dem heutigen Gesetzesentwurf schon zulässig sind. Nur Dedikationen an eine Gruppe wie diejenigen, die sich durch einen Spenderausweis zur postmortalen Spende bereit erklärt haben, sollen verboten sein. Insofern liegt das Vorsorgeprinzip nicht weit vom Gesetzesentwurf entfernt, vgl. auch Abschnitt IV.

Demgegenüber soll nach dem Willen des Bundesrates im Gesetzesentwurf das sogenannte *Trennprinzip* durchgesetzt werden (Art. 17 Abs. 1). Danach dürfen bei der Verteilung der Organe an die Kranken ausschliesslich medizinische Kriterien angewandt werden. Eine Warteliste füllt die Versorgungslücke. Ein allfälliger Wunsch der Spender nach Reziprozität darf nicht berücksichtigt werden. Spende und Empfang werden völlig getrennt voneinander betrachtet. Den Bürgerinnen und Bürgern bleibt daher nur die Wahl, entweder nicht zu spenden oder an den Staat zu spenden (wobei der Staat dann im Rahmen der Gesetze über die Weiterverwendung der Organe entscheidet). Nicht nur dass der Bundesrat auf diese Weise eine faktische, nach der Verfassung fragwürdige Verstaatlichung der Spendeorgane erzwingt, vielmehr verengt er das Grundrecht, über das „Schicksal“ ihrer /seiner Organe zu entscheiden auf eine Null-/Eins-Alternative ein. Dies wird dem Persönlichkeitsrecht nach der Auslegung des Bundesgerichtes nicht gerecht.

III. Das Recht auf Schutz der Gesundheit

Kaum jemand wird der Forderung widersprechen, dass der Staat, wo er Gesundheitspolitik betreibt, für den Schutz der Gesundheit sorgen soll. Dieses Postulat gilt selbstverständlich auch für die Organtransplantation. Doch es erhält dort eine besondere Priorität, weil es im Transplantationsartikel der Bundesverfassung explizit angeführt ist:

„Der Bund erlässt Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation ... Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit.“ (Art. 119a Abs. 1)

Ich gehe hier nur auf den Schutz der Gesundheit ein, weil Menschenwürde und Persönlichkeit oben schon angesprochen worden sind. Die Gesundheit lässt sich im vorliegenden Fall nachhaltig nur schützen, wenn das Potential der Transplantationsmedizin im Rahmen des freiheitlichen Rechtsstaates auch ausgeschöpft wird. Dies setzt voraus, dass grundsätzlich alle Menschen, die freiwillig bereit sind, ihre Organe (nach dem Tod) zu spenden auch zur Spende zugelassen werden. Dem genügt der Gesetzesentwurf nicht. Denn nach Art. 17 ist Reziprozität als Kriterium der Organzuteilung unzulässig, wodurch eine ganze Kategorie von Spendern, nämlich all jene die nach dem Vorsorgeprinzip spenden möchten, von der Spende ausgeschlossen

werden.¹⁰ Vor dem Hintergrund des eingangs angeführten Organmangels ist diese restriktive Regelung mehr als bedenklich und mit dem von der Verfassung geforderten „Schutz der Gesundheit“ schwerlich vereinbar.

Offenbar ist es auch dem Bundesrat und dem Departement nicht ganz wohl bei dieser Art von Gesetzgebung. Sie versuchen dem durch das Trennprinzip verursachten Organmangel wieder entgegenzuwirken, indem sie Programme der aktiven Spendeförderung auflegen. Jedenfalls haben sie in der Botschaft einen Betrag von 3 Mio. Fr für „Informationskampagnen“ vorgesehen.¹¹ Man mag solche Massnahmen befürworten oder ablehnen.¹² Ihre Wirksamkeit ist erfahrungsgemäss gering. Doch es scheint seltsam, die Spendeaktivität durch restriktive Zulassung zur Spende erst einzudämmen und sie dann durch staatliche Programme wieder zu anzukurbeln.

IV. Das Recht auf Nichtdiskriminierung

Nach dem Transplantationsartikel der Bundesverfassung soll der Bund für eine „gerechte Zuteilung von Organen“ sorgen (Art. 119a Abs. 2, auch Art. 8 BV). Entsprechend steht in Art. 16 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs:

„Bei der Zuteilung eines Organs darf niemand diskriminiert werden.“

Diese Norm interpretiert der Bundesrat nach dem bekannten Trennprinzip wie folgt: Ob eine Person Spender war, z.B. weil sie eine Lebendspende eines Organs geleistet hat, oder ob sie eine Spendebereitschaft für den Todesfall abgegeben hat, darf bei der Zuteilung der Organe nicht berücksichtigt werden. Sie muss sich genau so in die Warteschlange einordnen wie ein Spendeverweigerer. Dies gilt selbst dann, wenn ein früherer Lebendspender auf die Warteliste kommt. Es wird hingenommen, dass die verfügbaren Organe anderen zugeteilt werden und der Lebendspender infolgedessen stirbt.¹³ Der Bundesrat

¹⁰ Dabei handelt es sich, wie Abbildung 2 anhand unserer Stichprobe zeigt, in der Tat um den grössten Teil aller Individuen. Auch wenn es weniger wären, wofür allerdings keine Anhaltspunkte vorliegen, halten wir die Argumentation unserer Gegner, das Vorsorgeprinzip bringe gar nicht so viele zusätzliche Spender, es sei daher nicht den Aufwand wert, als ethisch fragwürdig. Denn es impliziert die Argumentation, die Freiheit, am Vorsorgeprinzip teilzunehmen, dürfe nicht gewährt werden, weil durch sie „nicht hinreichend viele“ Menschenleben gerettet werden könnten.

¹¹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001. S. 185.

¹² Vgl. Blankart/Kirchner/Thiel, a.a.O., FN 1, S. 45f.

¹³ Bezug genommen wird hier auf den Fall des Johannes Ideus aus Wangerooze in Deutschland, der seiner schwangeren Schwester eine seiner Nieren spendete und damit ihr und ihrem ungeborenen

rechtfertigt dies damit, dass aus der Sicht der Rechtsgleichheit und der Persönlichkeit eine Spendeentscheidung genau so respektiert werden müsse wie eine Nichtspendeentscheidung.¹⁴ Sicherlich sind Gleiche gleich zu behandeln. Doch im Transplantationswesen gibt es relevante Unterschiede. Denn nur wenn es Spender gibt, gibt es auch Transplantationen. Nur dann ist ein Transplantationsgesetz erforderlich. Ohne Spender ist das Transplantationsgesetz hinfällig. Für Nichtspender gilt dies nicht. Transplantationen kann es auch ohne Nichtspender geben. Folglich liegen hier zwei für den Regelungsgegenstand relevante, unterschiedliche Gruppen vor. Sie sind im Transplantationsgesetz unterschiedlich zu behandeln.¹⁵

Anders gesagt: Nichtdiskriminierung verlangt zwar wohl die Gleichbehandlung Gleicher, aber ebenso, was hier zutrifft, die Ungleichbehandlung Ungleicher. Würden der Ansicht des Bundesrates folgend Spendebereite und Spendeverweigerer gleichgestellt, so liefe dies auf eine Diskriminierung der Spender hinaus. Daher ist das Trennprinzip abzulehnen.¹⁶

Manch eine(r) mag achtbare Gründe vorbringen, weshalb ihr oder ihm eine Spende nach dem Tod nicht möglich sei. Dies sei zugestanden. Doch solche Gründe rechtfertigen nicht die vom Bundesrat geforderte *a priori* Gleichbehandlung von Spendeberechtigten und Spendeverweigerern. Denn gäbe es die Spender nicht, so kämen diese Personen trotz ihrer achtbaren Gründe nicht in den Genuss eines Spendeorgans. Es gibt also keinen Grund, sie von Anfang an auf die gleiche Ebene zu stellen wie die Spender. Dem trägt das Prinzip der Differenzierung nach der Spendebereitschaft Rechnung. Aber Ausnahmen vom Grundsatz sind geboten. Beispielsweise kann von nicht entscheidungsfähigen Menschen

Kind die Geburt und das Überleben ermöglichte. Er erhielt später, als er selbst nierenkrank wurde, kein Organ, woran er schliesslich verstarb (vgl. Blankart, Kirchner, Thiel, 2002, S. 28).

¹⁴ Botschaft, S. 80 f.

¹⁵ Es könnte per Analogie der Einwand vorgebracht werden, auch die Wehrpflichtigen schützten nicht nur sich selbst, sondern auch die nicht-wehrpflichtige Bevölkerung. Doch es wird dabei übersehen, dass Landesverteidigung ein öffentliches Gut darstellt, das keinen Ausschluss zulässt, während die Organspende – wer sie auch immer erhält – ein rein privates, rivalisierendes Gut ist.

¹⁶ Die vom Bundesrat intendierte Gleichbehandlung lässt sich jedoch *ex ante* durchführen. *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 abgibt, um dafür bei Organmangel (bei gleicher medizinischer Indikation) früher als Nichtspendebereite bedient zu werden, oder dies zu lassen und dafür das höhere Risiko, bei Bedarf länger 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. Fazit: Es geht nicht um die Frage, das Vorsorgeprinzip zuzulassen oder nicht zuzulassen, sondern darum, das Verbot des Vorsorgeprinzips wegen seiner diskriminierenden Wirkung aufzuheben.

nicht erwartet werden, dass sie eine Entscheidung über eine Spende nach dem Tod treffen. Daher schlagen wir vor, geistig Behinderte und Kinder nach dem Günstigkeitsprinzip immer den Spendebereiten zuzuordnen.¹⁷

Anders verhält es sich bei Kranken und älteren Personen, von denen oft gesagt wird, sie seien nicht spendefähig (und würden daher unter dem Vorsorgeprinzip diskriminiert). Dies trifft nicht den Punkt. Diese Menschen können sich jederzeit zur Totenspende melden. Ob die Spende dann durchgeführt wird, wird sich erst bei Eintritt des Todes, also oft sehr viel später herausstellen. Bis dann kann sich der Gesundheitszustand und vor allem der medizinische Fortschritt stark verändert haben.

Oft wird auch gesagt, „verdiente Menschen“ müssten bei der Organzuteilung bevorzugt werden. Doch auch dies ist nicht nachvollziehbar. Dahinter steht nämlich die unrichtige Vermutung, die Spendeorgane gehörten dem Staat. Er könne darüber verfügen und sie verdienten Menschen geben. Doch solange das Persönlichkeitsrecht gilt, liegt das Verfügungsrecht über die eigenen Organe bei den Spendern. Der Staat kann also nichts verteilen, was ihm nicht explizit übereignet worden ist.

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht wird weiter auf die folgenden Argumente hingewiesen, die gegen das Vorsorgeprinzip sprechen sollen.

Manche Kritiker zählen die stets freie Verfügung über den eigenen toten Körper zum unantastbaren Kerngehalt des Persönlichkeitsrechts¹⁸ (z.B. Schott 2001, S. 353 f.). Sie belegen dies mit Art. 27 ZGB. Nach Art. 27 Abs. 1 ZGB kann niemand auf die *Rechts- und Handlungsfähigkeit* ganz oder zum Teil verzichten. Nach Abs. 2 der Norm kann sich niemand seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Daraus wird der Schluss gezogen, dass niemand Bindungen über seinen toten Körper gegenüber einem Dritten (z.B. einer Spendenvereinigung auf Gegenseitigkeit oder gegenüber dem Staat als Treuhänder eines solchen Arrangements) eingehen dürfe und sich damit seiner Handlungsfähigkeit begeben dürfe. Diese Argumentation verkennt den Schutz der Handlungsfähigkeit in Art. 27 ZGB. Ein *Verzicht* auf die Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 ZGB bedeutet eine endgültige Entäußerung der Handlungsfähigkeit. Nicht erfasst werden Fälle, in denen sich jemand einem anderen gegenüber zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet, diese Verpflichtung aber wieder aufheben kann, wie es bei Organspendezusagen möglich ist. Auch Abs. 2, 1. Halbsatz wird hier nicht erfüllt, denn auch eine „Entäußerung der Freiheit“ zeichnet sich durch das Element der Endgültigkeit und Unumkehrbarkeit aus;

¹⁷ Zu diesen „Ausnahmen“ gehören auch die im Gesetzesentwurf genannten Kriterien der medizinischen Dringlichkeit und des medizinischen Nutzens (Art. 17 Abs. 1), die wie in II. dargelegt vor dem Spendebereitschaftskriterium rangieren sollten.

¹⁸ z.B. Schott, Patientenauswahl und Organallokation, Basel. 2001, S. 353 f..

beides ist im vorliegenden Fall bei Organspendezusagen nicht gegeben.¹⁹ Schliesslich scheidet auch eine Anwendung von Abs. 2, zweiter Halbsatz aus, denn es müsste hier eine Verletzung des Rechts oder der Sittlichkeit durch die Freiheitsbeschränkung vorliegen. Eine Rechtsverletzung kann nicht vorliegen, wenn eine organspendenrechtliche Regelung die betreffende Organspendezusage legalisiert, wie dies hier vorgeschlagen wird. Eine Verletzung der Sittlichkeit scheidet aus, da ein System, das Anreize für die Überwindung des Organmangels setzt und dabei auf das Prinzip der Freiwilligkeit setzt, nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfallen kann. Folglich kann aus Art. 27 ZGB kein Argument abgeleitet werden, dass die freie Verfügung über den eigenen toten Körper verboten würde.

Weiter wird gesagt, das Vorsorgeprinzip trage dem „*Anspruch auf Hilfe*“ in Notlagen (Art. 12 BV) nicht Rechnung. Einem Organranken, der sich in akuten Lebensgefahr befinde, dem könne die Hilfe nicht versagt werden. Da müsse die Reziprozität als Zuteilungskriterium zurücktreten (Schott, 2001, S. 352). Dieses Argument greift zu kurz. Denn dort, wo keine Spendeorgane vorhanden sind, versagt auch das Trennprinzip. Diese Kritiker übersehen, dass sie den absoluten Anspruch, den sie an das Vorsorgeprinzip stellen, mit ihrem Trennprinzip auch nicht verwirklichen können. Statt hochfliegende Ansprüche zu stellen, wäre es besser zu anerkennen, dass es einen absoluten Anspruch auf Hilfe in Notlagen nicht gibt, und zu fragen, was getan werden kann, dass solche Notlagen weniger häufig auftreten. Gerade hier liegt die Stärke des Vorsorgeprinzips. Es setzt Anreize, durch eine Spendeerklärung Vorsorge zu treffen und auf diese Weise dem Organmangel in Notlagen entgegen zu treten. (Im übrigen soll ja die Spendebereitschaft nur subsidiär und nicht absolut gelten.) Demgegenüber setzt das Trennprinzip keine Spendeaneize und leistet damit dem Entstehen von Notlagen Vorschub. Dieser Defaitismus steht in Konflikt mit der Bundesverfassung, die wie dargelegt den Schutz der Gesundheit, also den Abbau von Notlagen fordert. In einem zu erlassenden Gesetz kommt es nicht darauf an, auf Misstände zu *re-agieren*, sondern vorausschauend zu agieren. Genau dies leistet das Vorsorgeprinzip.

Schliesslich wenden sich auch deutsche *Rechtsdogmatiker* aus ihrer Sicht gegen das Vorsorgeprinzip. Sie gehen – ebenfalls reaktiv - von einem gegebenen Organpool aus, über den ausschliesslich der Staat verfügen darf. Individuelle Rechte an diesem Pool gibt es nicht. Vielmehr haben – wie Gutmann²⁰ in seinem Beitrag schreibt – alle indizierten Kranken den gleichen, voraussetzungslosen Anspruch am Organpool. Verteilt wird sodann nach der unmittelbaren Bedürftigkeit der Kranken.

Dieser Ansatz entspricht nach Gutmann den Vorgaben des deutschen Grundgesetzes. Für die Schweiz dürfte er nur von beschränkter Bedeutung sein. Die Annahme vom gegebenen Organpool setzt nämlich voraus, dass die Individuen nicht eigenverantwortlich handeln können oder dürfen. Sie erhalten vom Staat, was ihnen zusteht. Aus der Sicht der schweizerischen Bundesverfassung gibt es aber auch im Bereich der Organspenden eigenverantwortliches Handeln. Jeder Mensch darf über das Schicksal seines toten Körpers und damit auch über die Art der Organspende entscheiden.²¹ Damit wird die Grösse des Pools variabel. Sie hängt von den individuellen Rechten am Pool ab. Die Zuteilung aus einem variablen Pool kann dann aber nicht mehr nur nach der Bedürftigkeit erfolgen. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, wer zur Vergrösserung des Pools beiträgt. Umgekehrt kann ein gegebener Pool (wie ihn deutsche Dogmatiker unterstellen) nur angenommen werden, wenn die individuellen Rechte am Pool beseitigt und alle gespendeten Organe verstaatlicht werden. Mit der schweizerischen Bundesverfassung ist dies nicht zu vereinbaren.²²

¹⁹ vgl. Blankart / Kirchner / Thiel a.a. O. S. 21f.

²⁰ Gutmann, Ergebnisse des Forschungsprojekts „Kriterien einer gerechten Organallokation“ in diesem Band.

²¹ Hinsichtlich möglicher Grenzen siehe oben II.

²² Offenbar haben sich auch schweizerische Autoren von diesen deutschen Theorien beeinflussen lassen, Grundrechte als Zuteilungs- und weniger als Verfügungsrechte zu verstehen. So setzt sich beispielsweise Schott dafür ein, „ die Zuteilung [der Spendeorgane] an einen unbekanntem Empfänger

v. Der Schutz der Freiwilligkeit

Grundpfeiler des geplanten Transplantationsgesetzes ist die Freiwilligkeit der Spende. Niemandem sollen Organe gegen ihren ausdrücklichen Willen entnommen werden dürfen. Dies ist ein Postulat der Menschenwürde und damit des Persönlichkeitsrechts (Art. 119a Abs. 1 BV). Im Falle der Totenspende war der Bundesrat bestrebt, dem Prinzip der Freiwilligkeit durch die Wahl der Zustimmungslösung gegenüber der Widerspruchslösung Rechnung zu tragen (Art.8 des Gesetzesentwurfs). Ich werde in Teil VII darauf zurück kommen.

Freiwilligkeit ist aber auch die Voraussetzung der Lebendspende. Doch hier ist Freiwilligkeit noch schwieriger zu fassen als bei der Totenspende. Es ist ein offenes Geheimnis, dass die Zahl der Lebendspenden, insbesondere von Nieren gerade deshalb so stark zugenommen hat, weil Organe von Totenspenden nicht zur Verfügung stehen, vgl. Tabelle 1. Zwar sollen Lebendspenden genauso freiwillig sein wie Totenspenden. Darüber will der Gesetzgeber wachen. Doch was heisst denn freiwillig, wenn die Angehörigen oft jahrelang leiden, ein Spendeorgan nicht in Sicht ist und ein gesunder Mensch schliesslich gar nicht anders kann, als seine Niere zu spenden?

Freiwilligkeit und Zwang liegen hier nahe beieinander. Hier sind staatliche Kontrollen nur von begrenzter Wirksamkeit. Denn der Rechtsstaat kann und soll ja nicht nach den Motiven individueller Entscheidungen forschen. Bei der Lebendspende gelangen wir also in ein Grenzgebiet, das möglichst zu vermeiden wäre.

Es geht nicht darum, die Lebendspende zu verbieten. Dafür ist sie viel zu wichtig. Aber der Gesetzgeber könnte die Alternative der Totenspende attraktiver gestalten, indem er das Vorsorgeprinzip zulässt. Dadurch würde Druck von der Lebendspende genommen. Dilemmasituationen würden weniger häufig. Leider weist aber die Politik des Bundesrates in die entgegengesetzte Richtung. Mit seinem Verbot des Vorsorgeprinzips verknappt er das Angebot an Totenspenden und drängt die Menschen in die schwierigen Entscheidungsprobleme der Lebendspende. Die Unfreiwilligkeit der Spende, die vermieden werden sollte, wird durch die

aber ganz der Disposition des Spenders zu entziehen.“ Die Spender, auf denen die Transplantationsmedizin beruht, werden mit einem Halbsatz enteignet und die Zuteilung dem „Machtmonopol“ des allwissenden wohlwollenden Staates übergeben (Schott a.a.O. S. 351f.).

Haltung des Bundesrates gerade gefördert. Ich halte dies für eine ethisch fragwürdige Politik.

Tabelle 1: Die Entwicklung der Nierenspenden 1991-2001

<u>Jahr</u>	<u>Totenspende</u>	<u>Lebendspende</u>
1991	201	13
1995	166	41
2000	180	72
2001	151	79

Quelle: Swisstransplant

VI. Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips

Volk und Stände haben dem Bund in Art. 119a BV die Kompetenz erteilt, „Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen“ zu erlassen. Wie weit diese Kompetenzen gehen sollen, ist in diesem Verfassungsartikel nicht abschliessend festgelegt. Damit bleibt es dem Gesetzgeber überlassen, innerhalb der Verfassung darüber zu entscheiden, was genau der Bund und was weiterhin die Kantone regeln und durchführen sollen. Als Massstab bietet sich das sich in Art. 3 der Bundesverfassung enthaltene Grundprinzip der Subsidiarität an, wonach die Kantone souverän sind, „soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist“. Das bedeutet: Der Bund soll nur das regeln, was die Kantone nachweislich nicht regeln können. Die Beweislast für die Zentralisierung liegt beim Bund. So liess sich bisher bisher nicht nachweisen, dass sechs Transplantationszentren für die Schweiz zu viel sind. Die Frage einer stärkeren Zentralisierung musste daher vorläufig zurückgestellt werden.²³

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, auf welcher föderalen Ebene über die Organallokation zu entscheiden ist. Derzeit ist die Organallokation im wesentlichen regional organisiert. Die Transplantationszentren haben eigene Einzugsgebiete von Spendern und Patienten. Der Bundesrat kritisiert dieses System als ungerecht. In einer Region, in der die Spendefreudigkeit hoch sei, genössen die

²³ Ein Eingriff auf dem Verordnungsweg ist möglich.

Kranken eine bessere Versorgung als in einer Region, wo die Spendebereitschaft niedrig sei. Es solle daher eine zentrale Warteliste, d.h. ein nationaler Organpool, geführt werden, und alle Organe sollten den Patienten durch eine „Nationale Zuteilungsstelle“ zugeteilt werden (Art. 23 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 2 lit. b des Gesetzesentwurfs). Der Bundesrat begründet das 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.“ (Botschaft S. 114, Hervorhebung durch den Verfasser)

Dieser Argumentation kann aus vier Gründen nicht gefolgt werden:

1. Wenn es unzulässig sein soll, die Spendefreudigkeit einer kleineren Region zum Zuteilungskriterium zu erklären, so lässt sich ebensowenig die der grösseren Region, der Schweiz, zum Masstab nehmen. Denn Spenden werden nicht durch Kollektive wie Regionen oder Staaten erbracht – beides ist falsch - , sondern nur durch Individuen. Auf individueller Ebene ist ein Junktim zwischen Spendebereitschaft und Organzuteilung möglich und, wie oben dargelegt, geboten. Dies schliesst nicht aus, dass der Bund „Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen“ einheitlich festlegt, wie es in Art. 119a Abs. 2 gefordert ist. Aber diese Regeln müssen individualistisch und dürfen nicht kollektivistisch sein. Den Weg weist das Vorsorgeprinzip.
2. Die Idee eines nationalen Pools beruht auf einem nicht mehr ganz aktuellen Verständnis der Transplantationsmedizin. Früher sprachen Organinkompatibilitäten für grosse nationale Pools, damit das bestmögliche Matching zwischen Organ und Patient gefunden werden konnte. Heute ist dieses Matching infolge der Erhältlichkeit potenter Immunsuppressiva nicht mehr von so grosser Bedeutung. Daher ist ein nationaler Pool für diese Fälle weder dringend noch zwingend. Geblieben sind jedoch die seltenen Fälle von hyperimmunisierten Kranken. Für sie taugt der nationale Pool ebenfalls nicht. Er ist zu klein. Notwendig ist vielmehr ein Austausch auf internationaler Ebene.

3. Ein nationaler Pool ist keine Bedingung für gleiche Zugangschancen zu den Organen der ganzen Schweiz. Das zentrale Argument des Bundesrates: - „Eine zentrale Allokation ist für die Patientinnen und Patienten gerechter als eine dezentrale, denn nur mit einer zentralen Allokation kann ein gleicher Zugang *aller* Patientinnen und Patienten gewährleistet werden.“ (Botschaft S. 114) – wird gegenstandslos, wenn alle Patientinnen und Patienten gleichen Zugang zu allen Transplantationszentren der Schweiz haben. Dies wird in Zukunft umso mehr erforderlich sein, als sich die Transplantationszentren in den letzten Jahren zunehmend spezialisiert haben. Die Patientinnen und Patienten müssen je nach der Risikogruppe, der sie angehören, ein anderes Krankenhaus aufsuchen. Insofern nehmen alle Einwohner am ganzen Organangebot der Schweiz teil. Es wird also auch ohne Nationale Zuteilungsstelle genau das erreicht, was der Bundesrat will, nämlich ein gleicher Zugang für alle.

4. Die Zahl der Spendeorgane ist nicht gegeben: Ein Transplantationszentrum hat in der Regel mehr Anreize, nach spendebereiten Personen (Verstorbenen) zu suchen, als ein peripheres Krankenhaus. Warum? Wenn das Zentrum mehr Organe entnehmen kann, so kann es mehr Transplantationen durchführen. In der Tat wird heute (von Ausnahmen abgesehen) der Grossteil der Entnahmen in den wenigen Zentren durchgeführt. Zwischen Entnahme und Transplantation besteht ein Junktim, das bei Zuteilung über den nationalen Pool unterbrochen wird. Im nationalen Pool herrscht ein ganz anderes Verhalten: Jedes Zentrum wird gerne Organe aus dem nationalen Pool entnehmen, aber nur ungern Organe in diesen leisten; denn Organtransplantationen kann es auch durchführen, wenn es mehr Organe aus dem Pool entnimmt und weniger beiträgt. Folglich wird die Entnahmebereitschaft allgemein zurückgehen, womit dem Organmangel durch die Zentralisierung Vorschub geleistet wird.

VII. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

In diesem Aufsatz wurde die Organtransplantation als Koordinationsproblem betrachtet. Ziel eines Transplantationsgesetzes sollte es sein, die institutionellen Bedingungen zu schaffen, dass sich Spendewillige und Kranke zusammenfinden können und auf diese Weise zur Hebung ihrer Gesundheit sorgen und vorsorgen können. Umgekehrt muss es jeder Person frei stehen, auf Spende und/oder Empfang von Organen zu verzichten. Das Transplantationsgesetz muss in diesem Sinne *weltanschaulich neutral* sein.

Bundesverfassung und Bundesgericht weisen den Weg, indem sie jedem Menschen ein Verfügungsrecht über die Verwendung seiner Organe nach dem Tod einräumen: « Toute personne a ainsi le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort. »²⁴ Der Staat soll sich als Neutraler in diese Entscheidung grundsätzlich nicht einmischen. Dadurch wird der Weg zum Vorsorgeprinzip als einer spezifischen Möglichkeit, über seine Organe zu bestimmen, eröffnet.²⁵

Demgegenüber schränkt der Bundesrat dieses Verfügungsrecht, durch das von ihm vertretene Trennprinzip auf eine Null-Eins-Entscheidung ein (vgl. II.). Damit schliesst er eine ganze Kategorie von Spendern, insbesondere die, die nach dem Vorsorgeprinzip spenden möchten, aus. Er ist nicht mehr neutral, sondern Partei und verletzt damit das Persönlichkeitsrecht, das Recht auf Nichtdiskriminierung und überdies den Verfassungsauftrag zum Schutz der Gesundheit (vgl. III. und IV.).

In der Konsequenz gibt es zu wenig Spendeorgane und lange Wartelisten mit unfreiwilligem Leiden und Sterben vieler Patientinnen und Patienten. Während diese Folgen bedenklich genug sind und als solche schon für ein Überdenken des Gesetzesentwurfs sprechen, ist es doch sehr bedenklich, wenn Departement und Bundesrat, mit besonderen Aktionen versuchen, die zuerst restringierten Organspenden im nachhinein wieder anzukurbeln. Als Beispiel wurden die intendierten Werbekampagnen erwähnt (vgl. III.). Hier soll das Institut der *erweiterten Zustimmungslösung* zusätzlich angesprochen werden.

²⁴ BGE 123 I 112.

²⁵ Es lässt sich nicht ausschliessen, dass in Zukunft noch weitere Verfahren vorgelegt werden. Auch deshalb ist Art. 17 des Gesetzesentwurfs, der nur medizinische Kriterien und Wartezeit zulässt und alle anderen Kriterien a priori ausschliesst, zu restriktiv. Er kann als Ausdruck eines stationären, rückwärts gerichteten Denkens gesehen werden, das jede Neuerung auf diesem Gebiet ausschliesst.

Am 11. November 2000 beschloss der Bundesrat die erweiterte Zustimmungslösung als verbindlichen Massstab für die Entnahme von Organen verstorbener Menschen. Um eine Entnahme durchzuführen, ist es also nicht erforderlich, dass die betreffende Person vor ihrem Tod selbst zugestimmt hat. Vielmehr soll die Entnahme auch bei Zustimmung Dritter zulässig sein. Der Bundesrat war sich bewusst, dass er mit dieser Regel in das Selbstbestimmungsrecht der Bürgerinnen und Bürger eingreift, glaubte aber nur so, dem Bedarf an Spenderorganen einigermaßen nachzukommen. Er erklärt dies wie folgt:

„Im Gesetz ist deshalb eine Lösung vorzusehen, die dieses Grundrecht möglichst wenig einschränkt, es aber gleichzeitig erlaubt, den Bedürfnissen der auf eine Transplantation angewiesenen Menschen Rechnung zu tragen.“ (Botschaft S. 80)

Isoliert betrachtet scheint diese Einschränkung des Persönlichkeitsrechts vertretbar. Aber vor dem Hintergrund der anderen, oben behandelten, Einschränkungen der Grundrechte und Grundprinzipien der Verfassung wird sie fragwürdig. Einerseits wird das Recht, über das Schicksal der eigenen Organe zu entscheiden, weitgehend eingeschränkt, ein allgemeines Dedikationsrecht zugunsten Spendebereiter wird verwehrt (vgl. oben II), und die Konsequenzen eines verringerten Organangebots werden hingenommen. Andererseits wird Fremdbestimmung bei der Organentnahme zugelassen, um die Zahl der Spendeorgane doch wieder auf das gewünschte Niveau zu bringen. Es werden also kumulative Grundrechtsverletzungen hingenommen, um gegenläufige Effekte zu erzielen. Es wird schwer sein, den Bürgerinnen und Bürgern die Logik dieser Politik zu erklären.

Ausgangspunkt eines Transplantationsgesetzes sollten die in der Bundesverfassung verankerten Handlungsfreiheiten und Verfügungsrechte sein. Sie erlauben es den Menschen, sich zu koordinieren und bestehende Engpässe selbst zu überwinden. Erst wo diese dezentrale Koordination nicht ausreicht, sind Staatseingriffe zu erwägen, und auch sie sind punktuell auf jene Bereiche zu beschränken, in denen die dezentrale Koordination unter den Individuen versagt. Mit dem Vorsorgeprinzip wurde ein Weg in diese Richtung aufgezeigt. Demgegenüber lässt sich eine flächendeckende Staatsplanung, wie sie im Transplantationsgesetz beabsichtigt ist, aus den Grundrechten der Bundesverfassung schwerlich begründen.