

Prof. Dr. Beat Sitter-Liver  
Departement der Philosophie  
Universität Freiburg  
Altenbergstrasse 98  
3013 Bern  
E-mail: beat@sitter-liver.ch

# **Gerechte Organallokation**

**Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der  
Transplantationsmedizin**

**Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Bern**

Bern, den 15. September 2003

# Inhalt

<i>Dank</i>	6
<b>1. Vorbemerkung</b>	7
<b>2. Auftrag, Fragen</b>	10
<b>3. Zum Vorgehen</b>	12
3.1 Eingrenzung	12
3.2 Literatur	12
3.3 Laufende Kontroversen	13
3.4 Lebendspende	13
<b>4. Grundlagen</b>	15
<b>4.1 Gerechtigkeitsfragen</b>	15
4.1.1 Gerechtigkeit	15
4.1.1.1 Methodisches	15
4.1.1.2 Motive und Intuitionen der Gerechtigkeit	17
4.1.1.3 Prinzipien der Gerechtigkeit. Zur Begriffsklärung	21
4.1.1.4 Fazit	22
4.1.2 Billigkeit	24
4.1.2.1 Aristotelische Reminiszenz	24
4.1.2.2 «Bessere Gerechtigkeit»	26
4.1.2.3 Reserven	27
4.1.2.4 Billigkeit in der Organallokation	29
4.1.2.5 Gewissen und externe Instanzen der Verantwortung	31
4.1.3 Gerechtigkeitssubjekt	32
4.1.3.1 Die politische Gemeinschaft	32
4.1.3.2 Funktionsträgerinnen und –träger	32
4.1.3.3 Die Rolle der Kostenträger	34
4.1.4 Adressaten der Gerechtigkeit	35
4.1.4.1 Bestimmung der Adressaten	35
4.1.4.2 Kategorienfehler	37
4.1.4.3 Eine anthropologische Vergewisserung	38
4.1.5 Gerechtigkeitsraum und Zuteilungskompetenz	40
4.1.5.1 Gerechtigkeitsraum	40
4.1.5.2 Erweiterungen	42
4.1.5.3 Der Status von Ausländerinnen und Ausländern	43
4.1.5.4 Zentrale oder dezentrale Allokation?	45

4.1.6 Diskriminierung	50
4.1.6.1    Zum Stand der Diskussion	50
4.1.6.2    Primäre und sekundäre Diskriminierung	51
4.1.6.3    Anwendung auf die Organallokation	52
<b>4.2 Eigentumsfragen</b>	<b>53</b>
4.2.1 Wem gehören die Organe? – Zu Eigentum und Persönlichkeitsschutz	53
4.2.2 Wer soll über Organe verfügen?	57
4.2.3 Modelle auf Gegenseitigkeit	58
4.2.3.1    Zum Club-Modell	60
4.2.3.2    Darf der Staat ein Motivationsmodell einführen?	64
4.2.3.3    Zur Idee einer qualifizierten Warteliste	68
<b>4.3 Existenziale Endlichkeit</b>	<b>74</b>
4.3.1 Endlichkeit	74
4.3.1.1    Zum Begriff der existenzialen Endlichkeit	74
4.3.1.2    Grenzen der Pflicht, zu heilen und zu helfen	75
4.3.2 Brauchen wir mehr Organe?	77
<b>4.4 Zum Umfang des Allokationsprozesses: Gerechtigkeitsorte</b>	<b>79</b>
<b>4.5 Besondere Probleme an zwei Gerechtigkeitsorten</b>	<b>81</b>
4.5.1 Indikationsstellung	81
4.5.1.1    Indikation ist kein Akt distributiver Gerechtigkeit	81
4.5.1.2    Gesetzgeberische Stärkung ärztlicher Ethik	83
4.5.2 Aufnahme in die Warteliste	84
4.5.2.1    Moralisches Recht auf Leben	84
4.5.2.2    Das Tor zur Warteliste möglichst weit öffnen	84
4.5.2.3    Was heisst 'medizinisch'?	85
4.5.2.4    Negative vs. positive Kriterien	86
4.5.2.5    Fünf Konsequenzen	86
<b>4.6 Allokationsprinzipien</b>	<b>87</b>
4.6.1 Vom Umgang mit Prinzipien	87
4.6.2 Prinzipien für die Organallokation	89
4.6.3 Gerechtigkeit vs. Nutzen	92
4.6.3.1    Prima facie-Vorrang der Gerechtigkeit	92
4.6.3.2    Lexikalisch geordnete Komplementarität statt Gegensatz	94

<b>4.7 Allokationskriterien</b>	97
4.7.1 Allgemeines	97
4.7.2 Zur Diskussion einzelner Kriterien	99
4.7.3 Zum Umgang mit dem Konzept der Menschenwürde	100
4.7.4 Lebenszeit und soziale Pflichten	102
4.7.4.1 Chronologisches Alter als Allokationskriterium	102
4.7.4.2 Verantwortung für Dritte	103
4.7.5 Spendebereitschaft	104
4.7.6 Das Problem richtigen und angemessenen Differenzierens	105
<b><i>Exkurs: Evaluation und Kontrolle als Gerechtigkeitsfaktoren</i></b>	109
4.7.7 «Super urgent»-Patientinnen und Patienten	110
4.7.8 Auslösen – letzter Ausweg?	113
<b>5. Zu den Fragen</b>	118
<b><i>5.1 Anforderungen an eine gerechte Organallokation, aus ethischer Sicht</i></b>	118
5.1.1 Zweckmässigkeit	119
5.1.2 Absehbarer Erfolg	119
5.1.3 Menschenwürde, Anspruchs- und Freiheitsrechte	120
5.1.4 «Transplantationsmedizinische Egalität»	120
5.1.5 Von formaler zu materialer Gerechtigkeit	121
5.1.6 Funktion traditioneller Konzepte	122
5.1.7 Die (den) Bedürftigste(n) bevorzugen	123
5.1.8 Ermessen, Billigkeit, Kontrolle, Rekurse	124
<b><i>5.2 Zum Vergleich der aktuellen Praxis mit dem Konzept im Transplantationsgesetz</i></b>	126
5.2.1 Grundsätzliches	126
5.2.2 Gerechtigkeit in der aktuellen Praxis	129
5.2.2.1 Organisation	129
5.2.2.2 Indikationsstellung	132
5.2.2.3 Meldung an Transplantationszentren	132
5.2.2.4 Aufnahme in eine Warteliste	133
5.2.2.5 Zuteilung von Organen: Allgemeines	135
5.2.2.6 Ein Beispiel: Die «Liver Exchange Rules» vom 14. Oktober 2002	137
5.2.2.7 Fazit	142

5.2.3 Der Entwurf des Transplantationsgesetzes (TPG) vom 12.9.2001	143
5.2.3.1 Organisation	144
5.2.3.2 Artikel 15: Geltungsbereich	147
5.2.3.3 Artikel 16: Nichtdiskriminierung	148
5.2.3.4 Artikel 17: Massgebende Kriterien	150
5.2.3.5 Artikel 18: Nationale Zuteilungsstelle (NZS)	157
5.2.3.6 Artikel 19: Meldung von Patientinnen und Patienten	158
5.2.3.7 Artikel 20: Warteliste	158
5.2.3.8 Artikel 21: Meldung von Spenderinnen und Spendern	160
5.2.3.9 Artikel 22: Internationale Organallokation	160
5.2.3.10 Artikel 53 und 61: Evaluation und Kontrolle	162
5.2.3.11 Fazit	163
<b>6 Zur Konstruktion einer Kriterien-Kaskade</b>	<b>165</b>
<i>6.1 Bedarf</i>	165
<i>6.2 Vernünftige Erfolgchancen 1</i>	166
<i>6.3 Vorrangregeln 1</i>	166
<i>6.4 Der Zufall als Garant formaler Gerechtigkeit</i>	166
<i>6.5 Vernünftige Erfolgchancen 2</i>	166
<i>6.6 Vorrangregeln 2</i>	167
<i>6.7 Vermeidung struktureller Diskriminierung</i>	167
<i>6.8 Wartezeit</i>	167
<i>6.9 Vollzogene Lebendspende</i>	168
<i>6.10 Spendebereitschaft</i>	168
<i>6.11 Los</i>	168
<i>6.12 Retransplantation ist unbeachtlich</i>	168
<b>7. Kurzfassung</b>	<b>170</b>
<b>8. Anhang</b>	<b>195</b>
<i>8.1 Literatur</i>	195
<i>8.2 Abkürzungen</i>	202
<i>8.3 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Entwurf 12.9.2001) – Auszug</i>	204

## *Dank*

Eine Studie zur Gerechtigkeit der Organallokation ist heute nicht einfach das Werk einer einzelnen Person. So ist auch die vorliegende Arbeit – von Fehlern und Irrtümern, die allein der Schreibende verantwortet, abgesehen – dem Gespräch und der Auseinandersetzung mit zahlreichen Autorinnen und Autoren verpflichtet. Text, Anmerkungen und Literaturverzeichnis geben darüber Auskunft. Doch bleiben Lücken, die auszufüllen sind. Dem Bundesamt für Gesundheit habe ich zu danken für die Herausforderung, mich mit der Transplantationsmedizin in der Perspektive der Gerechtigkeit zu befassen. Viel haben dort Fürsprecher Marcel Monnier und Renate Zaugg, lic. iur., von Anfang an zum Gelingen beigetragen: durch Beschaffung von Literatur, durch Ermunterung, Geduld und schliesslich durch Korrekturen. Wichtig waren Gespräche und Visite, zu denen mir Prof. Daniel Candinas, Direktor der Klinik für Viszerale und Transplantationschirurgie am Berner Inselspital, Gelegenheit bot. Mit Ermutigung, Rat und kritischem Kommentar half Prof. Adrian Holderegger, Präsident des Departements für Moraltheologie und Ethik an der Universität Freiburg, über Schwierigkeiten hinweg. Schliesslich darf ich meinem Assistenten an der Eidgenössischen Technischen Hochschule in Zürich, Thomas Hiltbrunner, lic. phil., danken. Hilfreich waren sein Schreiben und Korrigieren, vor allem aber seine kritischen Anmerkungen, die immer wieder Anlass zu Verbesserungen gaben.

Bern, den 15. September 2003

Beat Sitter-Liver

# 1. Vorbemerkung

Die Anfänge der Transplantationsmedizin in der Schweiz liegen in den frühen 60er Jahren des 20. Jahrhunderts (erste Nierentransplantation 1964 im Universitätsspital Zürich). Das deckt sich, *grosso modo*, mit dem Geschehen auf internationaler Ebene (Swiss Transplant 2002a, 25 und 27). Getragen war diese Erweiterung der medizinischen Fürsorge durch den damaligen Stand von Wissen, Können – und Gewissen. Schritt für Schritt entfaltete sie sich zu einem Element des nationalen Gesundheitssystems, das mittlerweile vielen leidenden Menschen Rettung oder Erleichterung gebracht hat. Mit Blick auf das älteste und nach wie vor oberste Gebot der auf individuelle Betreuung ausgerichteten ärztlichen Ethik, dem Kranken zu helfen, sein Leben zu retten; mit Blick aber auch auf die Interessen der am Transplantationssystem beteiligten Institutionen und Personen, intensivierten sich Austausch und Koordination unter den mit dem Transplantationsgeschehen Befassten. Zur gesamtschweizerischen institutionellen Verständigung unter den Fachleuten kam es mit der Gründung der Stiftung SwissTransplant im Jahre 1985. Vier Jahre zuvor hatte die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) ihre ersten «Medizinischen Richtlinien für die Organtransplantation» veröffentlicht (1981, rev. 8.6.1995), in der Absicht, allen in der Transplantationsmedizin tätigen Ärztinnen und Ärzten sittliche Orientierungshilfe zu bieten.

Swiss Transplant verfolgt hauptsächlich drei Ziele: die Koordination der Transplantationsaktivitäten in der Schweiz; die Förderung der internationalen Zusammenarbeit; die Sensibilisierung des medizinischen Personals für die Belange der Transplantationstherapie, verbunden mit Bemühungen um die Förderung der Spendebereitschaft in der Bevölkerung (Swiss Transplant 2002 a, 3; ausführlicher Largiadèr 1999 a, 28).

Es entspricht nur der Forderung nach Wahrhaftigkeit und Fairness, wenn wir feststellen, dass seit den 60er Jahren mit hohem Einsatz ein bedeutendes Feld ärztlicher Tätigkeit erfolgreich beackert wurde. Dies ungeachtet aller mit der Transplantationsmedizin nach wie vor verbundenen Probleme und Schwierigkeiten.

Mit der Entwicklung von Wissen, Technik und Erfahrung ging auch das Nachdenken über die sittlichen Grundlagen und die rechtliche Ausgestaltung des Transplantationsgeschehens einher

(vgl. für viele SAMW 1995, bes. ad I), im angloamerikanischen Bereich zuerst, rasch und intensiv dann auch in Europa (Gutmann/Land 2000, 87, 94 f.). Die Überlegungen und Einsichten verbreiterten und vertieften sich auch in diesem Bereich. Sie dienten der Klärung und Legitimierung der faktisch befolgten normativen Grundlagen. Zugleich drängten sie, wie es zum Geschäft der Ethik als kritischer Vergewisserung und Anleitung der Praxis gehört,<sup>1</sup> darauf, diese Grundlagen ihrerseits auf Angemessenheit und sittliche Richtigkeit zu befragen. Anhand von Leitprinzipien nicht zuletzt auch der in den vergangenen Jahrzehnten erheblich vorangetriebenen und ausgefeilten biomedizinischen Ethik (die sich ihrerseits auf traditionelles, nun auf die gegenwärtigen Handlungsbedingungen zugeschnittenes Wissen stützt), wurden Einsichten gewonnen, die auf Erweiterung, wo nötig auf Modifikation der bislang führenden normativen Grundlagen zielen.

Um Missverständnissen vorzubeugen, sei unterstrichen, dass sich diese Überprüfung in keiner Weise mit einer Diskreditierung jener Grundlagen verbindet: Moral wie Ethik als deren wissenschaftliche Reflexion sind *geschichtliche Phänomene*, der Veränderung, der Verbesserung offen - nicht anders als wissenschaftlich-technisches, darunter medizinisches Wissen und Können. Davon zu unterscheiden ist andererseits die mögliche Um- bzw. Neugewichtung der in einem sozialen Handlungszusammenhang wirksamen, oft genug in Spannung zueinander stehenden Interessen. Wo diese Neu- und Umgewichtung aus von Widersprüchen freier, kohärenter, intuitiv plausibler und in diesem Sinne rationaler ethischer Besinnung fließt, macht sie die Umgestaltung der normativen Basis des Transplantationssystems unabdinglich. Dies jedenfalls dort, wo die Bereitschaft besteht, im individuellen wie im sozialen Handeln den Standpunkt der Moral einzunehmen, d.h. etwa, die Interessen Anderer aus Achtung vor deren Würde (um ihrer selbst willen also) ernst zu nehmen. In liberalen, demokratisch verfassten und dem Prinzip der Solidarität verpflichteten Rechtsstaaten (so in der Schweiz, vgl. z.B. Präambel, Art. 5, 7, 9, 12, 29 f., 41 BV) folgt aus diesem Standpunkt, dass der Perspektive der Gerechtigkeit

---

<sup>1</sup> Mit dieser – überwiegend vertretenen – Charakterisierung der Ethik wird der Versuch der sogenannten identitätsstiftenden Ethik, zu einer allgemein akzeptierten Allokationspolitik vorzustossen, als grundsätzlich verfehlt abgewiesen: Normative Ethik, um die es hier geht, ist nicht bloss Feststellung, Analyse und Systematisierung faktischer Moral, sondern an der über alles Faktische hinausweisenden Idee des Guten orientiertes, konstruktiv-kritisches Streben nach dem Besseren. Zur treffenden Kritik am Identitätsethischen Ansatz von R. Lachmann (1997) vgl. Gutmann/Land 2000, 107 f.

*prima facie*<sup>2</sup> Vorrang vor anderen, beispielsweise Nutzen- oder Praktikabilitätserwägungen gebührt – wobei Vorrang nicht mit Ausschluss gleichgesetzt werden darf. Denn ein dergestalt politisch verfasstes Gemeinwesen orientiert sich an den individuellen Grundrechten, welche der Perspektive beispielsweise aggregierter Nutzenmaximierung oder lokaler und regionaler Interessen von Institutionen enge Grenzen setzen.<sup>3</sup> Wie immer, den weiter entwickelten, vertieften und den aktuellen Handlungsbedingungen angemessenen normativen Errungenschaften nicht zu folgen, wäre moralisch rückständig und ethisch nicht überzeugend zu vertreten.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> *Prima facie* - wörtlich: auf ersten Blick («that is, in the absence of overriding considerations» (Regan 1992, 1012). - Der Ausdruck stammt von W. D. Ross (Foundation of Ethics, 1939). Ross geht davon aus, dass es intuitive Erkenntnis von prima facie-Pflichten gibt, die indes, konfliktieren zwei oder mehrere von ihnen in einer Handlungssituation, keine sichere Entscheidung bezüglich der prioritären Pflicht erlauben (vgl. Hügli/Lübcke 1997, 515 f.). - Der Vorrang eines Prinzips (eines Rechts, einer Pflicht) gilt, solange nicht ein anderes, gleichgewichtiges Prinzip entgegensteht. Im Falle von Konflikten zwischen zwei oder mehreren derartigen Prinzipien führt die auf den konkreten Handlungsfall bezogene sorgfältige Abwägung zur ethisch vertretbaren Lösung.

<sup>3</sup> «In der Rechtsphilosophie ist es ein Gemeinplatz, dass normative Ordnungen, die sich an individuellen Grundrechten orientieren, in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zu utilitaristischer Nutzenaggregation stehen ... Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass sich auch aus dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [und ebenso aus der Schweizerischen Bundesverfassung] starke Argumente zugunsten eines Vorrangs von Gerechtigkeitsüberlegungen gegenüber dem Nutzenprinzip gewinnen lassen.» (Gutmann/Land 2000, 117)

<sup>4</sup> Zum Unterschied von Ethik und Moral vgl., für viele, Sitter(-Liver) 1988, 389-395, Pieper 1991, 25-30 und Höffe 2002, 58 f. und 177-179.

## 2. Auftrag, Fragen

Die vorliegende Studie entspricht dem im September 2002 vom Bundesamt für Gesundheit erteilten Auftrag aufzuzeigen, «welche Anforderungen aus ethischer Sicht an eine gerechte Organallokation zu stellen sind.»

Zuteilungskriterien sollen erörtert und nach Prioritätsstufe geordnet werden.

Rechtssicherheit und Praktikabilität sind Vorgaben für ein Transplantationsgesetz des Bundes. Zu prüfen sei, «<wieviel Ungerechtigkeit>» sich mit Blick auf diese Vorgaben ethisch vertreten liesse.

Konkret sind namentlich die folgenden Fragen zu erörtern:

- Wie ist im Lichte der genannten Anforderungen die heutige Praxis der Organallokation zu beurteilen?
- Wie ist der vom Bundesrat im Entwurf zum Transplantationsgesetz gemachte Vorschlag zu beurteilen?
- Wie sollen die gesetzlichen Kriterien in der Verordnung gewichtet bzw. in eine Reihenfolge gebracht werden?
- Ist es gerecht, Organe primär an die kränksten Patientinnen und Patienten nach dem Bedarfsprinzip zuzuteilen und damit eine verkürzte durchschnittliche Überlebenszeit der Organe in Kauf zu nehmen?
- Ist es gerecht, Organe erst in zweiter Linie an die passendste Patientin oder an den passendsten Patienten nach der Erfolgsquote zuzuteilen, d.h. erst dann, wenn keine Patientinnen oder Patienten bis zu einer nächsten Vergabe eine unzumutbare Verschlechterung ihrer Gesundheit hinnehmen müssen?
- Ist es gerecht, die Wartezeit nur als subsidiäres Kriterium heranzuziehen, um unter sonst gleichrangigen Patientinnen oder Patienten eine Auswahl zu treffen?
- Wäre in gewissen Fällen das Los gerechter?

- Ist es richtig, dass daneben keine anderen Allokationskriterien, namentlich alle Kriterien des sozialen Status wie Alter, Verschulden, Zahlungsunfähigkeit oder das eigene Verhältnis zur Organspende zu berücksichtigen sind?

Überlegungen zur Zuteilung von Geweben und Zellen sind nicht verlangt, werden aber entgegengenommen. Auch weitergehende Überlegungen, etwa zur Erstellung und Handhabung von Wartelisten, sind von Interesse.

Die Fragen sind auf der Grundlage ethisch-philosophischer Überlegungen zu bearbeiten.

## **3. Zum Vorgehen**

### ***3.1 Eingrenzung***

Mit gutem Grund unterstreicht Ulrike Kostka Weite und Komplexität des Handlungsfeldes, das mit der Allokation zunächst von Organen, dann auch von Geweben und Zellen eröffnet wird (2002, 92-100). Im Anschluss an das von R. Lachmann und N. Meuter entworfene «Kontextmodell» (1997, 44) weitet sie das Bezugsfeld aus und schreitet zu Differenzierungen, die in der Tat zu beachten sind, soll der Gesamtzusammenhang des «Transplantationssyndroms» zulänglich erfasst und dann auch einer adäquaten Regelung zugeführt werden.

Gerechtigkeitsfragen drängen sich bereits bei der Groballokation öffentlicher Mittel an die Gesundheitsversorgung und deren einzelne Bereiche, dann an die Ausbildung von Medizinalpersonal, den Aufbau von Infrastruktur und die Ausrichtung und Ausrüstung von Forschungseinheiten auf. Spezieller gewendet, sind Indikationsstellung und Aufnahme von Leidenden in die Warteliste nicht ohne ethischer Legitimation bedürftige Entscheidungen durchführbar – um bei diesen Beispielen zu bleiben. Es soll nicht bestritten werden, dass letztlich dieser umfassende Ansatz gewählt werden muss, soll das «Transplantationssyndrom» innerhalb eines nationalen oder gar internationalen Gesundheitssystems ethisch zureichend analysiert und geordnet werden. Überlegungen zur Endlichkeit menschlicher Existenz (s. 4.3.1) legen sogar nahe, den Rahmen ethischer Reflexion noch weiter auszudehnen (auch hierzu Kostka 2002, 98). Ein Arbeitsfeld breitet sich vor uns aus, dessen Beackerung mancher Fachleute, vielfältiger Kompetenzen und also transdisziplinärer Verständigung bedarf.

Im Rahmen dieser Studie müssen wir uns auf weniger beschränken, und wir dürfen dies auch. Denn was ansteht, ist die zeitlich dringende politische, ethisch allerdings aufgeklärte Entscheidung darüber, wie sich Organe, allenfalls Gewebe und Zellen, auf ethisch zureichende Weise einsetzen lassen. Dabei handelt es sich um lebensrettende bzw. -verbessernde Massnahmen, die unter Bedingungen drückender Knappheit zu treffen sind. Wir werden uns mit Fug auf jenen Abschnitt im weitgespannten Allokationsgeschehen beschränken dürfen, welcher mit der Verfügbarkeit von Organen einsetzt und mit deren definitiver Zuteilung an der Transplantation harrende Individuen endet. Dieser Phase ist der 4. Abschnitt im Entwurf zu

einem Transplantationsgesetz gewidmet (Art. 15-22). Er steht also nicht nur auftragsgemäss, sondern auch aus sachlichen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen.

### ***3.2 Literatur***

Die für die Studie einschlägige Literatur ist mittlerweile ins Uferlose gewachsen. Sie breitet sich fast täglich aus. So konnte sie denn auch nur zu einem relativ kleinen Teil berücksichtigt werden. Das Literaturverzeichnis nennt ausschliesslich Arbeiten, auf welche hier unmittelbar Bezug genommen wird. Etliche spiegeln indes zuverlässig die aktuelle Diskussion; entsprechende Anerkennung und Dank gebühren den Autorinnen und Autoren, denen die vorliegende Studie verpflichtet ist.

### ***3.3 Laufende Kontroversen***

Es würde den Auftrag, freilich auch Zeit und Ressourcen, die zur Verfügung standen, sprengen, sollten alle in der Sache laufenden Kontroversen aufgegriffen und diskutiert werden. Eine enge Auswahl war zu treffen; sie erfolgte mit dem Ziel, im Zusammenhang des Auftrags speziell wichtige Positionen zu präsentieren und über Differenzen zu entscheiden.

### ***3.4 Lebendspende***

Nicht aufgegriffen wird das Thema der Lebendspende. Zwar verdiente diese eine eigene Abhandlung, nicht zuletzt weil sie unterschiedlich bewertet wird. So gilt sie oft genug als supererogatorisches Werk: als Ausdruck seltener Tugend, tiefer Solidarität, gelebter Humanität. H. Kliemt hingegen diskutiert sie als ein mit erheblichen Gefahren für Persönlichkeit und Autonomie der Spendenden verquiktes Problem, dem man am bestem dadurch beikommt, dass man es aus der Welt schafft, nicht zuletzt durch Zulassung des Handels mit Organen. Diese sonst ganz und mit Gründen dem Schutz der Betroffenen verpflichtete, durchaus nicht vereinzelte Position schliesst nicht aus, dass auch die besondere Haltung und Leistung unbezahlt Spendender Anerkennung findet (Kliemt 2002, 2.1, 2.2.2; vgl. auch Gründel 2000, 296 f.).

Die Anzahl der sogenannten Lebendspendenden steigt seit zehn Jahren kontinuierlich (Swiss Transplant 2002 a, 8, 17). Sie vermehrt die Zahl der Empfangenden, leistet indes keinen ins Gewicht fallenden Beitrag zur Reduktion der Wartelisten, entschärft mithin weder die Mangelsituation noch die damit verbundene «Gerechtigkeitsdilemmatik». Für die hier zu diskutierenden Distributionsfragen ist sie insofern irrelevant und darf ausgeblendet werden (vgl. aber Art. 12-14 TPG; B 144-148).

## 4. Grundlagen

### 4.1 Gerechtigkeitsfragen

#### 4.1.1 Gerechtigkeit

##### 4.1.1.1 Methodisches

Das vordringliche *Ziel dieser Studie* liegt, auftragsgemäss, darin, *unter der Perspektive der Gerechtigkeit* die aktuelle Praxis der Organallokation zu analysieren und sie mit dem Allokationskonzept, das der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (TPG) vorschlägt, zu vergleichen. Die Lösung dieser Aufgabe setzt voraus, die Bedeutung von «gerecht» bzw. «Gerechtigkeit» zu klären.

Art. 119 a Abs. 2 BV verlangt vom Bund, «für eine gerechte Zuteilung von Organen» zu sorgen. Zu klären, was «gerecht» bedeutet, bleibt zunächst der Verfassungsinterpretation vorbehalten. Auskunft erteilt in erster Linie die Auseinandersetzung mit dem 2. Titel der Verfassung, welcher Grund- und Bürgerrechte sowie Sozialziele thematisiert. Die weitere Konkretisierung obliegt dem Gesetzgeber, und schliesslich sind höchstrichterliche Rechtsprechung sowie die Erträge von Forschung und Lehre zu berücksichtigen.

Die Botschaft zum TPG hält sich an die Verfassungsvorgaben (z.B. B 31), die sie in ihren Argumentationen und Entscheidungen umsetzt, nicht ohne sich ausführlich und sorgfältig in der mittlerweile reichen Literatur zum Thema kundig gemacht zu haben. Von einer zusammenfassenden, systematischen Verständigung lässt sich freilich nicht sprechen. Es wäre jedoch unfair, diese in der Botschaft zu suchen. Sie müsste allerdings auch den Rahmen dieser Studie sprengen.

Die Verständigung bleibt indes methodologische Pflicht. Dies auch darum, weil erst sie, so provisorisch sie bleiben mag, Kohärenz und Konsistenz gewährt.<sup>5</sup> Als vertretbare Lösung bietet sich an, das Gerechtigkeitsverständnis zu erläutern, welches die vorliegende Arbeit leitet. Damit verbinden sich allerdings neue Schwierigkeiten: Der traditionelle Diskurs über Gerechtigkeit verläuft bekanntlich kontrovers. Verschiedene Gerechtigkeitstheorien konkurrieren, und nicht immer wird ausreichend sorgfältig zwischen Entstehung und Begründung von Gerechtigkeitskonzeptionen unterschieden. Das eigene Gerechtigkeitsverständnis wäre also in verzweigten Argumentationen zu bewähren – wiederum eine Aufgabe, die hier nicht erfüllt werden kann.

In dieser Situation fällt die Wahl auf die folgende Methode: Am Beginn des Wegs steht eine Einschränkung: Bezug genommen wird auf die Gerechtigkeitsdebatte, wie sie sich im europäischen Kulturkreis entfaltet hat. Mit einer Feststellung machen wir den zweiten vereinfachenden Schritt: Über alle Differenzen zwischen den verschiedenen Gerechtigkeitskonzeptionen hinweg besteht im Ganzen doch Einigkeit bezüglich des allgemeinen Ziels von Gerechtigkeit. Gerechtigkeit eines (in seinem Umfang entsprechend der angestrebten Reichweite von Regelungen jeweils noch zu bestimmenden) Gemeinwesens gilt dann als ausreichend verwirklicht, wenn die Beziehungen unter den einzelnen Mitgliedern wie jene zwischen der Gemeinschaft und den Individuen so geordnet sind, dass jede und jeder als sozial eingebundenes Wesen in die Lage versetzt wird, selbstbestimmt ein gelingendes Leben zu führen. Mit den Worten von H. Rosa: Übereinstimmung herrscht «hinsichtlich der Vorziehbarkeit des moralischen Gehalts des liberalen, sozialstaatlichen Verfassungsstaats zumindest für die

---

<sup>5</sup> Sie entspricht damit selber einer an das Recht als solches und an seine Reflexion zu stellende Gerechtigkeitsforderung: der Forderung nach zureichender Bestimmtheit und Klarheit; nach Verlässlichkeit und Voraussagbarkeit; nach Stabilität und Nachhaltigkeit, kurz: nach der Richtigkeit des Rechts. Vgl. hierzu, für viele, Seelmann 2001, 138 f. – Ich folge im Wesentlichen einer von Gustav Radbruch (1970, §4, bes. 124-130; §9, 168-173) vorgeschlagenen Systematisierung: Die Idee des Rechts – ich setze für diesen Ausdruck «Gerechtigkeit im umfassenden Sinne» – entfaltet sich in die drei Bereiche der (formalen) Gerechtigkeit, der Zweckmässigkeit (hier als materiale Gerechtigkeit verstanden) und der Rechtssicherheit. Dass und wie zwischen Rechtssicherheit und materialer Gerechtigkeit Spannungen, ja Konflikte auftreten können, ist breit abgehandeltes Thema der Rechtsphilosophie. Es ist hier nicht der Ort, es aufzugreifen. Ich begnüge mich damit, meine Position zu signalisieren. Auch hierzu Seelmann ebd., 110, 137-141. Radbruch selber stellt fest, dass «die drei Seiten der Rechtsidee ... zueinander in scharfen Widerspruch treten können» (173).

westlich-modernen Gesellschaften» (2002, 220). – Die Frage, ob nun die Idee eines Guten oder die Idee des Gerechten Vorrang genieße, dürfen wir im gegebenen Zusammenhang mit der Überlegung vorläufig beiseite schieben, dass sich die Idee der Gerechtigkeit zwar nicht ohne eine Vorstellung des Guten fassen lässt, dieses mithin erkenntnistheoretisch und ontologisch früher anzusiedeln ist. Ebenso wahr ist aber auch, dass Gerechtigkeit nichts an normativer Kraft einbüßen kann, ohne dass die Idee des Guten ihrerseits beeinträchtigt würde. – Solche Übereinstimmung impliziert, dass soziale, insbesondere normative und institutionelle Vorgegebenheiten, auch wenn sie den unverzichtbaren Ausgangspunkt selbstbestimmter Lebensführung bilden, stets offen gehalten werden für kritische Vergewisserung, Veränderung oder Substitution.<sup>6</sup>

Diese beiden Einschränkungen vorausgesetzt, mag es im gegebenen Zusammenhang genügen, wenn wir uns der in unserer Gerechtigkeitsgemeinschaft (als Element der abendländischen Kulturwelt) leitenden Gerechtigkeitsintuitionen und Prinzipien versichern.

#### 4.1.1.2 Motive und Intuitionen der Gerechtigkeit

Das Streben nach Gerechtigkeit scheint allerdings nicht nur Europäern, sondern allen Menschen so wesentlich zuzugehören wie das Bedürfnis nach Nahrung, Unterkunft und Schutz. Dass Gerechtigkeit unaufgebbares Anliegen und Ziel ist, erfahren wir persönlich in der spontanen Auflehnung gegenüber Verhaltensweisen und Massnahmen anderer, die unsere Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit beeinträchtigen; die uns vorenthalten, was uns unserer Überzeugung nach zusteht; die unser Selbstwertgefühl verletzen – all dies in ungerechtfertigter Weise. Mit – vielleicht nur innerem – Protest reagieren wir selbst dann noch auf derlei Beeinträchtigungen, wenn wir physisch nicht länger in der Lage sind, uns zur Wehr zu setzen. Das Gerechtigkeitsgefühl stirbt nicht in Situationen der Ohnmacht. Im Gegenteil scheint es sich in ihnen zu schärfen. Gerechtigkeit ist offensichtlich nicht eine ein für allemal auszuschöpfende Kategorie, «sondern für das Individuum je neu zu formulierender Anspruch, subjektspezifische

---

<sup>6</sup> Das gilt auch gegenüber Strukturen des Marktes und des Rechts (Rosa 2002, 228), zwei im Projekt der gerechten Gestaltung des Allokationssystems in der Transplantationsmedizin besonders bedeutsamen Einrichtungen.

und berechnete Bedürfnisse zur Geltung bringen zu können» (Holderegger 1995, 103).<sup>7</sup> In der Idee der Gerechtigkeit artikuliert sich eine «Ursehnsucht des Menschen» nach Freiheit von der Willkür der Mächtigen (Teutsch 1987, 67), genauer nach der Freiheit von unnötiger Eingrenzung der Selbstentfaltung und nach Anerkennung der eigenen Leistungen durch angemessene Entschädigung, ferner nach Unterstützung im Verfolgen eigener Lebenspläne durch andere, die hierzu in der Lage sind. Die Sehnsucht richtet sich gegen die Vorstellung vom Recht des Stärkeren, gegen die Rechtfertigung menschlicher Verhaltensweisen und Handlungen bloss durch Rekurs auf die Notwendigkeit, das eigene Dasein und Überleben im Kampf gegen Konkurrenten zu sichern.

Die *Intuitionen*, die sich mit der Vorstellung von Gerechtigkeit verbinden, sind *geschichtlich gewachsen*. Dennoch dürfen wir sie heute – gerade die Diskussion um die Universalität der Menschenrechte, die doch deren Kern nicht in Frage stellt, mag dies belegen – als allgemein menschliches Gedankengut ansprechen.<sup>8</sup> Diese empirisch plausible Universalität höhlt die Position eines strengen ethischen Relativismus, der auf der Gleichzeitigkeit nicht vermittelbarer Moralvorstellungen beharrt, aus.

Unser Gerechtigkeitsdenken baut auf der Intuition auf, der gemäss die Mitglieder einer Lebensgemeinschaft einander in wesentlicher Hinsicht gleich sind: Jedes von ihnen besitzt einen

---

<sup>7</sup> Gerechtigkeit ist hier nicht Sachgerechtigkeit, sondern Menschengerechtigkeit – Gerechtigkeit des vernünftigen Bedürfniswesens bzw. des bedürftigen Vernunftwesens (Holderegger 1995, 103) – im Hinblick auf die Geschichtlichkeit der vernünftigen Bedürfnisse also immer neu auszulegen. – Micha Brumlik spricht von der Gerechtigkeit als einer Funktion der «universellen und intersubjektiven Vereinbarkeit» von Regeln und Handlungen «im Rahmen ursprünglicher Rechte» und antwortet damit, wenn auch in «hochabstrakter» Weise, auf die Frage, welche Bedürfnisse als berechnigt gelten können (2002, 152 f.).

<sup>8</sup> Vgl. Hollerbach, Sp. 899: «Im Sinne einer anthropologischen Disposition ist der Mensch charakterisiert durch eine ihm innewohnende <intentio iusti>, die tief in der Sphäre des Emotionalen verwurzelt ist und deren Kraft vielfach gerade bei Verletzung oder Verfehlung von Gerechtigkeit zutage tritt.» – «Gerechtigkeit ist ein Grundwort menschlicher Erfahrung, ja menschlicher Sehnsucht» (ebd., Sp. 898); entsprechend stellt eine «Welt, in der Gerechtigkeit herrscht, [...] ein Leitziel der Menschheit dar» (Höffe 1986, Sp. 895). «Praktisch-politisch gesehen, versteht sich ein Gerechtigkeitsdiskurs [...] wie von selbst. Denn eine Welt, in der Gerechtigkeit herrscht, ist in der Gegenwart nicht weniger als früher ein Leitgedanke der Zeit» (ders. 1987, 17).

*Eigenwert*, damit eine *Würde*, die anderen Gliedern oder der Gemeinschaft als ganzer nicht zur Disposition steht. Der *Grundsatz der Gleichheit* bildet darum den Kern unseres Gerechtigkeitsbegriffs (Höffe 2002, 82). Er impliziert Unparteilichkeit, entfaltet sich weiter in zwei gleichgewichtige Forderungen: der Forderung nach gleicher Bewertung und Behandlung von Einzelnen, insofern sie sich gleich sind, einerseits; jener nach differenzierender Bewertung und Behandlung in bezug auf ihre (jeweils einschlägige) Ungleichheit andererseits. Das Prinzip kann «als Zwang zu einer Begründung der Ungleichbehandlung» interpretiert werden (Seelmann, 2001, 129; vgl. Tugendhat 1996, 333-335). Die einzelnen Glieder der Gemeinschaft sind mithin als einzelne zu achten und zu schützen.

Einer weiteren Intuition gemäss sollen Vor- und Nachteile, Nutzen und Lasten in der Gemeinschaft *in fairer Weise* verteilt werden; weder die allgemeine Ordnung noch persönliches Verhalten sollen darauf angelegt sein, dass Güter den einen einseitig zu Lasten von anderen zufallen. Gesellschaftlich hervorgebrachte, doch auch, im Rahmen des Möglichen, natürlich bedingte Unterschiede sollen so weit kompensiert werden, dass jedem Einzelnen ein seinem Eigenwert entsprechendes gelingendes Leben möglich wird. Grundgüter, deren ausreichende Verfügbarkeit als Voraussetzung dieses Zieles gilt, sind in der Gerechtigkeitsgemeinschaft grundsätzlich allen in gleichem Masse zuzuteilen. Mit formaler bzw. *Verfahrensgerechtigkeit* geben wir uns in unseren Gerechtigkeitsintuitionen sonach nicht zufrieden. Wir gehen davon aus, dass Gerechtigkeit auch die Herstellung möglichst gleicher Voraussetzungen für ein menschenwürdiges und wenigstens insofern glückliches Leben beinhaltet (vgl. Gutmann / Land 2000, 95). So verbinden wir mit der Idee der Gerechtigkeit nicht bloss die Intuition, wonach es unrichtig wäre, anderen willkürlich zu schaden, vielmehr auch die *Vorstellung, dass für Benachteiligte, insbesondere Notleidende zu sorgen sei*, und zwar vor der Befriedigung erwünschter, jedoch nicht für ein Dasein in Würde unerlässlicher Ansprüche.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Deutlich wird, nicht nur im Grundsätzlichen, die hohe Übereinstimmung unserer Intuitionen mit den von John Rawls erstmals 1971 vorgelegten Überlegungen zur Gerechtigkeit. Seine mittlerweile in der Auseinandersetzung mit der Kritik weiter entwickelten Gedanken finden zwar nicht ungeteilte, doch aber weithin Zustimmung; sie werden denn auch in unserem Zusammenhang immer wieder beigezogen und als vielversprechend beurteilt; vgl. die den «Stand der Debatte» zusammenfassende Studie von Gutmann / Land 2000, 105-107.

Wichtig ist ferner die Intuition, dass in einer gerechten Gemeinschaft Konflikte zwischen Personen bzw. zwischen dem Verband und seinen Gliedern nicht willkürlich, sondern nach formalen, kritisierbaren und veränderbaren Regeln entschieden werden, wobei diese Regeln ausnahmslos ins Spiel kommen sollen, wenn ihre Anwendungsbedingungen vorliegen.

Schliesslich gehört zur Vorstellung von Gerechtigkeit die Intuition, wonach *Gerechtigkeit* nie ein für allemal umfassend zu realisieren ist, *vielmehr Idee bleibt*, «Leitziel der Menschheit» (O. Höffe), das es unablässig zu verfolgen gilt. Als Zustand lässt sie sich nicht adäquat begreifen; das kann nur unter der Bedingung gelingen, sie als *Prozess* zu konzipieren. Die Leitidee dient als Stern, ohne welchen Orientierung ausbleibt – als Ideal, wie Kant es wiederholt erörtert hat. Diesem entspricht nie ein theoretisch fassbarer Gegenstand, seine «objektive Realität» bleibt zweifelhaft; und doch fehlt ihm nichts an praktischer Realität, weil es als unausgesetzter Antrieb der Erkenntnis (im theoretischen Bereich) bzw. als unerschöpfliche Quelle der Sittlichkeit (im Bereiche der Praxis), hier der Gerechtigkeit, wirkt.<sup>10</sup> Dies bedeutet nicht allein, dass konkrete materiale Gerechtigkeitsvorstellungen sich spontan wandeln können, sondern es impliziert, dass sie immer neu willentlich zu überprüfen und, wenn nötig, auf bessere konkrete Gerechtigkeit hin zu überschreiten sind. Weder die Gerechtigkeit selber noch ihre Prinzipien dürfen demnach als idealer Plan betrachtet werden, der schrittweise seine Abbildung erfährt. Wird aber Gerechtigkeit als Prozess verstanden, schafft sie die «Möglichkeitsbedingung für grössere und bessere Humanität» (Holderegger 1995, 111).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> GMS BA 114; vgl. Sitter-Liver 1992, 1323.

<sup>11</sup> Eine wichtige Intuition, die hier fehlt, betrifft den *Austausch von Gütern*. Als ungerecht empfinden wir einen Tausch, in welchem die eine Seite übervorteilt wird. Die Intuition betrifft den Warenverkehr ebenso wie Fragen der Entlohnung für geleistete Arbeit, das Problem der Festsetzung von Ersatz für zugefügten Schaden oder die Frage der Zumessung von Strafen für Regelverletzungen. In der Tradition wird, im Anschluss an Aristoteles (Nikomachische Ethik, Buch V), diese Intuition unter dem Titel der ausgleichenden bzw. *kommutativen Gerechtigkeit* analysiert und diskutiert. Diese Intuition und ihr entsprechende Prinzipien bleiben hier darum ausgespart, weil im Falle der Organallokation die Probleme der *distributiven Gerechtigkeit* (das Problem der gerechten Verteilung von Gütern und Lasten zwischen Mitgliedern einer Gerechtigkeitgemeinschaft) im Vordergrund zu stehen scheinen. Natürlich fallen aus demselben Grund auch die mit der legalen Gerechtigkeit (*iustitia legalis*) verbundenen Fragen ausser Betracht (vgl. als Übersicht hierzu z.B. Hollerbach 1986, Sp. 899 f.).

#### 4.1.1.3 Prinzipien der Gerechtigkeit. Zur Begriffsklärung

Überblicken wir die angesprochenen Gerechtigkeitsintuitionen und suchen wir ihre Essenz herauszufiltern, präsentiert sich diese als ein Satz von Prinzipien, die wir als erste Klärung der Bedeutung von «Gerechtigkeit» entgegennehmen und in dieser Studie als ausreichend gefestigt voraussetzen dürfen:

Grundlage ist offensichtlich die Idee der individuell verstandenen Menschenwürde, als Ausdruck eines nicht verhandelbaren Eigenwertes aller Angehörigen unserer Spezies. Mit ihr verbindet sich das unbedingte Gebot der Achtung, die wir uns gegenseitig schulden – ein Grundsatz, aus dem sich das Autonomieprinzip, der subjektive Anspruch auf selbstbestimmte Lebensführung ebenso zwanglos ergibt wie das Persönlichkeitsprinzip, dieses wiederum verstanden als Anspruch auf Schutz der je eigenen leiblichen, seelischen und geistigen Integrität. Im hochrangigen Prinzip des Nichtschädigens findet es allgemeinen Ausdruck. Die Erstreckung dieses Prinzips auf Angehörige unserer Spezies, deren Befähigung zu selbstbestimmter Lebensführung beeinträchtigt oder gar weggefallen ist, wird zwar nicht angesprochen, darf hingegen als mitgedacht und konzidiert gelten.

Mit Menschenwürde und dem Gebot unbedingter Achtung – dem, obschon es bisher keine Erwähnung fand, das passiv wie aktiv interpretierte Toleranzprinzip ohne weiteres zu entnehmen ist – wird der zentrale Punkt der Gerechtigkeitsintuitionen angesprochen: der Gleichheitsgrundsatz. Als Grundsatz der *unbedingten* Gleichheit legt er den Boden für die geforderte, nicht für die supererogatorische Solidarität, fundiert so das Prinzip der Nothilfe ebenso wie jenes der Unterstützung, aus welchem das Gebot der Sicherung der existenznotwendigen Bedingungen für alle resultiert. Der alte Gerechtigkeitsgrundsatz des *suum cuique*, in unseren Intuitionen fest verankert, wird mit diesen Gedanken ein erstes Mal hilfreich operationalisiert. Als Grundsatz der *bedingten* Gleichheit fordert das Gleichheitsprinzip differenzierte Bewertung und Behandlung Einzelner angesichts von wesentlichen Ungleichheiten. Als wesentlich gilt wiederum, was die Bedingungen würdiger Daseinsfristung angeht; hieraus resultiert aber jetzt das Prinzip des *Vorrangs der Bedürftigeren*. Im Prinzip des Wohltuns finden diese Gedanken ihre allgemeine Form.

Der Grundsatz der Fairness trat uns in der Erörterung unserer Gerechtigkeitsintuitionen ebenfalls entgegen. Ihm schliesst sich die Erwartung an, Verdienste für die Gemeinschaft honoriert zu sehen. Andererseits ergibt sich aus der Erörterung konsistent der Schluss, dass *Nutzenerwägungen* zwar keineswegs ausgeschlossen werden, hingegen im Wirkungsfeld der absoluten Gleichheit und überhaupt dort, wo das Menschenwürdeprinzip unmittelbar angesprochen wird, *dem Aspekt der Gerechtigkeit nachgeordnet* bleiben.

Mit dem Gleichheitsgrundsatz geht das Prinzip der Unparteilichkeit einher. Ihm verbindet sich die Forderung der Verfahrensgerechtigkeit, verstanden als formale Gerechtigkeit. Ins gleiche Umfeld gehört das Prinzip der Chancengleichheit, das sich zwar offensichtlich auf den Zugang zu existenznotwendigen Gütern bezieht, jedoch auch auf weitere Faktoren des gelungenen Lebens ausgedehnt werden könnte.<sup>12</sup>

#### 4.1.1.4 Fazit

Gerechtigkeit ist in unseren Überlegungen, gerade auch in der Erörterung der Intuitionen und in den aus diesen abgezogenen Prinzipien, stets als *objektive* Gerechtigkeit angesprochen worden, von Beginn weg nicht als subjektive Tugend, als die sie in der Tradition ebenfalls eine hervorragende Rolle spielt. Die letztlich hoheitliche Zuteilung, nicht der Tausch unter Privaten, auch nicht die Gesetzeskonformität von persönlichem Verhalten und Rechtsanwendung waren Thema. Von den drei klassischen Formen der Gerechtigkeit, die Aristoteles in noch heute massgebender Weise unterschieden hat (Nikomachische Ethik, 5. Kapitel), befassten wir uns ausschliesslich mit der distributiven Gerechtigkeit, die allerdings, am Leitwert der Menschenwürde ausgerichtet, die Kompensation von Nachteilen und Bedürftigkeit nicht nur nicht ausschliesst, sondern ausdrücklich einfordert.

*Gerechtigkeit*, wie sie im Zusammenhang unserer Intuitionen thematisiert wurde, erwies sich als *Leitidee für die nachhaltig richtige Ordnung des gemeinschaftlichen Zusammenlebens von Menschen unter den Bedingungen von Kooperation, Konkurrenz und Konflikt* (vgl. Höffe 2002,

---

<sup>12</sup> Dieser Diskussion sind wir im Zusammenhang des Transplantationswesens und insbesondere der Gerechtigkeit in der Zuteilung von Organen behoben.

80); als Leitidee auch für eine Ordnung, in welcher in billiger Weise Vorteile und Lasten aufgeteilt und existenziell wichtige Differenzen ausgeglichen werden.

Einsichtig wurde, dass wir mit dem Ausdruck «Gerechtigkeit» auf eine Idee verweisen, die sich in zahlreiche Aspekte ausfaltet. Alle nehmen sie uns als vernünftige, d.h. auch moralische Wesen in die Pflicht; keiner darf im Einzelfall vorweg ausgeschlagen werden; um dies zu gestatten, bedarf es einer – intersubjektiv auszuweisenden – Vorprüfung, dass ein Aspekt in der zu entscheidenden Sache nicht relevant ist. Es kann also in der Erfüllung des Auftrags, für Gerechtigkeit in der Organallokation zu sorgen, keine einfache Rechenregel erwartet werden.

Im als Prozess, als dynamisch aufzufassenden Weg zu Gerechtigkeit bleiben wir nicht ohne zuverlässige Auskunft. Sie liegt in den genannten, als Prinzipien ausformulierten Intuitionen. Im Sinne einer Descarteschen «*morale par provision*» haben Tradition und bewährte Lehre diese fürs Erste nach Gewicht und Vorrang geordnet. Die konkreten Anwendungsbedingungen mögen allerdings eine Änderung dieser Ordnung erheischen: Menschengerechtigkeit verwirklicht sich zulänglich nur unter der Bedingung der Klugheit, d.h. wenn sie Sachgerechtigkeit, Umsicht und Abwägen einschliesst. Diese abstrakte Bestimmung lässt allerdings offen, wer jeweils Garant von Sachgerechtigkeit und Klugheit ist. Die Frage muss im Transplantationswesen konkret, d.h. auch phasengerecht noch beantwortet werden.

«Gerechtigkeit» meint immer auch *Verlässlichkeit*. In geregelten, für alle Betroffenen nicht nur verbindlichen, sondern auch transparenten und mitbestimmbaren Verfahren soll sie verwirklicht werden – gerade auch dann und dort, wo gerechte Lösungen unter Ergänzung oder Abweichung von etablierten Regeln erstrebt werden.

Diese letzte Bemerkung weist darauf hin, dass erfahrungsgemäss *der Gerechtigkeitsprozess sich spannungsreich, mitunter konfliktgeladen gestaltet*. Die Idee der Gerechtigkeit entbindet indes nie davon, Spannungen und Konflikte so zu bewältigen, dass der Gerechtigkeitsprozess als solcher nicht gefährdet wird, dass also im Prinzip alle Mitglieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft einer gefällten Entscheidung zustimmen können. Diese Forderung gilt umso schärfer in Fällen, in denen getroffene Lösungen festen Prinzipien und Regeln zu widersprechen scheinen. Davon muss im nächsten Abschnitt die Rede sein.

## 4.1.2 Billigkeit

### 4.1.2.1 Aristotelische Reminiszenz

«... und doch sind nicht die Gesetzesbestimmungen identisch mit ‹gerecht›, es sei denn akzidentell –; aber wie die einzelnen Akte vollzogen werden müssen, um ‹gerecht› zu sein: dies zu wissen ist eine grössere Leistung als die Kenntnis von Heilmitteln zu besitzen» (Aristoteles, NE 1137a 11-14). Diesen Satz des Aristoteles würde falsch auslegen, wer ihn nicht mit einem zweiten, wenig später im gleichen Abschnitt der Nikomachischen Ethik formulierten zusammenläse: «Und trotzdem ist dieses Verfahren richtig, denn der Fehler liegt nicht im Gesetz und im Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt» (1137b 17-19). Aristoteles legt in seiner mit der Gerechtigkeitstheorie eng verbundenen Handlungstheorie, insbesondere in seinen Überlegungen zum *richtigen* Handeln, viel Gewicht auf Erfahrung (z.B. 1141b 15-18, 1142a 14-19) und auf die Berücksichtigung der konkreten Umstände, in denen Handeln sich vollzieht (1141b 14-16). Handelnd bewegen wir uns im Bereich des Veränderbaren und Ungewissen. Anders als in der Mathematik, führt uns nicht Deduktion aus ersten Prinzipien zu richtiger Praxis (vgl. 1142a 11-16); massgebend ist die sorgfältige Umschau in der gegebenen, jeweils einzigartigen praktischen Situation. Handeln bezieht sich auf Besonderes, auf Einzelfälle (1141b 8-18), nicht auf Allgemeines. Klugheit als Vermögen, sich im jeweils neuartigen Besonderen zurechtzufinden, ist unter diesen Bedingungen gefordert; allgemeines Wissen allein hilft nicht weiter. Mit einem eingängigen Beispiel illustriert Aristoteles diesen Sachverhalt: Wenn einer – grundsätzlich – weiss, dass leichtes Fleisch der Gesundheit förderlich ist, sich in den verschiedenen Fleischsorten indessen nicht auskennt, richtet er für seine Gesundheit nichts aus und ist allemal jenem unterlegen, der das Prinzip zwar nicht zu formulieren vermag, indessen, klug aus Erfahrung, weiss, dass Geflügelfleisch leicht und bekömmlich ist (1141b 18-21). Erfahrungsgesättigte Umsicht, sorgfältiges Prüfen und Abwägen scheinen also in konkreten Situationen richtiges Handeln zu verbürgen. Ohne «Phronesis» gibt es keine «Eupraxia», kein wohlberatenes, «wertvolles Handeln» (vgl. 1139b f.).

Daran ist kaum zu rütteln. Und dennoch haben wir mit diesen Überlegungen erst die Hälfte der Klugheitslehre, die Aristoteles im sechsten Buch der Nikomachischen Ethik entwickelt,

angeschnitten. Ohne das Gewicht sorgfältigen Überlegens in der Situation konkreten Handelns schmälern zu wollen, unterstreicht Aristoteles, dass, wer bloss punktuell mit sich zu Rate zu gehen versteht, bestenfalls zufällig eine richtige Willensentscheidung trifft (1139a 24 f.). Wer bewusst und dauernd zu richtigen Entscheidungen gelangen will, kann sich mit intellektueller Gewandtheit (1144a 23 f.) nicht begnügen; er bedarf eines über alle einzelnen Handlungssituationen hinausreichenden Zieles. Erst im Hinblick auf dieses Ziel bewahrt sich Klugheit als intellektuelle Gewandtheit davor, zu blosser Gerissenheit (1144a 27) zu verkommen; nur so erlangt sie die Qualität der sittlichen Einsicht. Prinzipien und die Idee der Gerechtigkeit werden also nicht verabschiedet. Vielmehr bleiben sie mit konstitutiv für eine richtige Entscheidung im Einzelfall. Vgl. zum Verhältnis von Prinzipien und Klugheit Sitter-Liver 1992, wieder abgedruckt in 2002, 179-208.]

Dieser klassische Topos scheint zwei Arten der Gerechtigkeit auseinander zu halten: jene des Gesetzes und jene der Fallentscheidung. Das Dilemma, das sich damit auftut – von einem Widerspruch zu reden wäre verfehlt (1137 67) –, beschäftigt Rechtsphilosophie, Rechtssetzung und -sprechung bis heute. Sein epistemologischer und sein ontologischer Grund sind durchsichtig: Das Gesetz äussert sich in allgemeiner und abstrakter Form über das Richtige. Seine Sprache vermag den Einzelfall, den es zu regeln sich anschickt, nicht zu erfassen: Individuum est ineffabile, auch normativ, nicht allein deskriptiv. Am Rechtsanwender und -sprechenden ist es, dafür zu sorgen, dass der Einzelfall nicht verfehlt oder gar vergewaltigt wird. Wir brauchen das bekannte und viel erörterte Problem hier nicht zu diskutieren. Hingegen wollen wir zwei Konsequenzen aus über Jahrtausende gewonnenen theoretischen wie praktischen Einsichten für die Frage nach der Gerechtigkeit in der Zuteilung von Organen ziehen. Zum einen: Der Auftrag der Verfassung an den Gesetzgeber, für gerechte Organallokation zu sorgen (Art. 119a Abs. 2 BV), kann von diesem selber nicht direkt erfüllt werden. Für die Rahmenbedingungen ist er zuständig und dafür, dass nachgeordnete Regelung und Instanzen auf möglichst identischen Wegen konkrete Gerechtigkeit schaffen. – Zum andern stützen wir uns auf einen klassischen Satz aus den Digesten: *In omnibus quidam maxime tamen in iure aequitas spectanda est.* – In allen Angelegenheiten, vorzüglich aber im Recht, ist auf Billigkeit zu achten (50.1.90).<sup>13</sup> Billigkeit, so scheint es, geht der Gerechtigkeit stets vor.

---

<sup>13</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang, statt vieler, Hollerbach 1985, 809-811; Bieri 1971, Sp. 939 f.; Seelmann 2001, 137-141 und, speziell auf die Organtransplantation bezogen, 115-117.

Mit *aequitas* wird das Aristotelische *epieikeia* übersetzt. Das damit angesprochene Konzept dient Aristoteles zur Verdeutlichung, worauf es im Streben nach konkreter Gerechtigkeit ankommt – für uns in der Bemühung um situative Gerechtigkeit bei der Zuteilung von Organen: Nicht die einfache Subsumtion unter eine allgemeine Regel eines zu diesem Zwecke rekonstruierten Einzelfalls ist das vordringliche Ziel, sondern die dem Sinn von geltendem Recht und herrschender Sitte entsprechende kluge Entscheidung, die dem vielfach verästelten, besonderen Fall gerecht wird. Dieses Ziel gilt unverwandt, sollte es dabei auch nötig werden, «nichtpositive Richtigkeitskriterien» (Seelmann 2001, 110, 115 u.ö.) heranzuziehen, etwa um Gesetzeslücken zu füllen oder um einer Ungerechtigkeit in der strikten Anwendung der für den Einzelfall gleichsam blinden Gesetzesgerechtigkeit zu steuern (vgl. Nussbaum 1997, Kap. III).

#### 4.1.2.2 «Bessere Gerechtigkeit»

Billigkeit fällt weder für Aristoteles noch für uns aus der prozesshaft verstandenen Gerechtigkeitsidee heraus. Sie dient weniger der Korrektur als der Anpassung des gesetzten Rechts an die Bedingungen der konkreten Situation, zumindest wo diese solches zulässt. Was Billigkeit verwirklicht, ist nicht etwas von der Gerechtigkeit Getrenntes, sondern die «bessere Gerechtigkeit» (*epieikés ... béltion esti dikaion*, 1137b 8). Billigkeit ist «selber ein Gerechtes; wenn es aber besser ist als das Gerechte, so bedeutet dies nicht, dass es einer anderen Gattung angehört. Das Gerechte und das» Billige «ist also identisch: Beides sind wirkliche Werte, nur steht das» Billige «im Range höher» (1137b 5-9). Es ist, so können wir das auch ausdrücken, das *eigentlich* Gerechte, weil das den unmittelbar gegebenen Lebensumständen Angemessene.

Angemessenes wird innerhalb eines *Spielraums des Ermessens* gewonnen. Als gerecht können deshalb Gesetzesnormen erst gelten, wenn sie, wo immer das angezeigt ist, solche Spielräume eröffnen. Dies trifft dort zu, wo vorgreifend abschliessende Regelungen nicht tunlich sind. Auf dem Felde der Allokation unzureichend vorhandener existenzieller Grundgüter dürfte dies an verschiedenen Stellen des Distributionsprozesses der Fall sein. Ein Blick auf die komplexe Struktur des Prozesses der Organallokation sowie auf dessen Reflexion in der einschlägigen Literatur lässt schnell erkennen, inwiefern das Transplantationswesen in dieses Feld gehört

(exemplarisch Gutmann / Land 2000, *in fine*; Schott 2001, 191, 295 f.; generell Brumlik 2002, 158 f.). Das ist denn auch das (erst jetzt enthüllte) Motiv dazu, uns mit Billigkeit als der besseren Gerechtigkeit ausführlicher zu befassen.

#### 4.1.2.3 Reserven

So deutlich die Unausweichlichkeit von Billigkeit allgemein anerkannt wird, so klar bekunden sich ihr gegenüber auch gewisse Reserven.<sup>14</sup> Rechtsanwendung, die «nichtpositive Richtigkeitskriterien» (Seelmann) einbezieht, steht in Spannung zur Wahrung von nicht nur formaler Gerechtigkeit, von Absehbarkeit und Sicherheit; sie vermag Recht und Gerechtigkeit zu gefährden. An strenge Auflagen ist sie deshalb zu binden: Der Gefahr «kann nur gesteuert werden, wenn Billigkeit ihrerseits im jeweiligen Kontext an argumentativ vertretbare rationale Sachgründe gebunden bleibt und nicht in Willkür abgeleitet» (Hollerbach 1985, 812 f.). Ein Entscheid ist also billig nur dann, wenn er unter der *Annahme* getroffen wird, *dass jede und jeder Andere in der gegebenen Situation gleich entschieden hätte* – wenn mit guten, d.h. präsumptiv im Diskurs bewährbaren Gründen angenommen wird, der Entscheid fände universelle oder doch wenigstens in der eigenen Gerechtigkeitgemeinschaft Zustimmung. Entschieden werden muss also «nach der Regel», welche die zuständige Person «als Gesetzgeber aufstellen würde» (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). – Ungeachtet solcher Vorbehalte bleibt Billigkeit ein Gebot, dem, auch mit der Berufung auf das Gerechtigkeitsziel der Rechtssicherheit, nie ausgewichen werden darf, *soll ethische Rationalität statt der voreiligen oder ängstlichen Rücksicht auf Praktikabilität obsiegen*.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Im Kontext des Transplantationswesens formuliert Schott (2001, 296) entsprechend: «Aus diesen Gründen sind Ermessensspielräume für die entscheidenden Behörden, also für die Zuteilungsstelle und in besonderem Masse für die behandelnden Ärzte an den Transplantationszentren nur dort angezeigt, wo sie für eine gerechte [heisst das hier: eine billige?] Handlung der Organallokation erforderlich sind.»

<sup>15</sup> Vgl. hierzu Martha C. Nussbaums schlüssige Überlegungen zum Wechselspiel von Theorie, Regeln und gelebter Praxis. Die Theorie liefert die Grundlagen dafür, den *Sinn und Zweck von Regeln* erst einmal zu verstehen. Aus der Kenntnis von Sinn und Zweck lässt sich «ersehen, wann diesem Sinn durch Abweichen von der Regel besser Genüge getan wird». Was nicht heisst, «dass Regeln im Namen von Moraltheorien als nichtig verworfen werden sollten». Ihre Orientierungs- und Entlastungsfunktionen sind für gelebte Moral von unverzichtbarem Wert (1997, 37 und 42).

Umsicht ist im Übrigen auch bei der Auslegung des Begriffs der Billigkeit am Platz. Eine enge Deutung liegt dann nahe, wenn wiederum dem Aspekt der Rechtssicherheit vorrangiges Gewicht zugemessen wird. Dann erschiene ein Entscheid nur billig unter der Bedingung, dass er sich über entsprechende Erläuterungen ins bestehende positive Recht inkorporieren liesse. Doch dies implizierte eine unzulässige Verengung des Bedeutungshofs von «Billigkeit». Die Ausdrücke *aequitas* und *epielkeia* umfassen mehr – und gerade im Hinblick auf die Allokationsproblematik in der Transplantationsmedizin Wichtiges:

Oben (4.1.2.2, erster Absatz) wurden die Zitate aus der Nikomachischen Ethik unterbrochen und der Ausdruck «Billigkeit» eingeführt. F. Dirlmeier übersetzt aber *epielkeia* mit «Güte», ausdrücklich um der Banalisierung des von Aristoteles Gemeinten zuvorzukommen.<sup>16</sup> *Epielkeia* lässt sich auch durch «Anständigkeit», vor allem jedoch durch «Milde», «Nachsicht», «Gnade» übersetzen und als praktisch gewordene Humanität auslegen. Für Ilmar Tammelo scheint es darum sogar «ratsam, die Billigkeit als einen von der Gerechtigkeit getrennten Leitwert des Rechts anzusehen.» Sie verweist auf Beweggründe, die mit Gerechtigkeitserwägungen «in Konflikt geraten» können: Beweggründe «des Mitleids, des Erbarmens, der Menschenliebe ... Während die Gerechtigkeit ein «strenges Gesicht» trägt, ... strahlt die Billigkeit immer Wohlwollen, Verständnis, Güte, Liebe aus» (1977, 82 f.). Zwar halten wir uns an Aristoteles, der Billigkeit und Gerechtigkeit in Einem denkt, folgen hingegen Tammelo, wenn er *epielkeia* mit der Fülle ihrer Bedeutung ins Spiel bringt. Das wird sich auf die Diskussion der in einem Allokationsprozess zu berücksichtigenden Kriterien auswirken müssen. Denn gerade im Hinblick darauf, dass die Zuteilung von Organen sich nicht angemessen als Lösung einer Rechenaufgabe auffassen lässt (analog Gutmann / Land 2000, 113 f.), kommt der Billigkeit als Weg zur besseren Gerechtigkeit, verstanden also auch als Güte und Mitleid, besonderes Gewicht zu. Denn das «Ziel ist eine ethisch ideale und perfekte Allokation, die vielleicht nie erreicht wird, aber doch stets angestrebt werden sollte» (Largiadèr 1999b, 50).<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. Anm. 116, 2 auf S. 432 seines Kommentars zur Übersetzung: ««Güte in der Gerechtigkeit» ... Die Übs. (statt Billigkeit; Luther: Gelindigkeit) ist ein Versuch, um das abgegriffene «billig» (à bon marché) herumzukommen.»

<sup>17</sup> Vgl. hierzu «Die Idee des absolut Richtigen als praktisches Postulat» in Sitter-Liver 2002, 340-345, sowie die einschlägigen, in Pertinenz und Klarheit nicht überholten Überlegungen von

#### 4.1.2.4 Billigkeit in der Organallokation

Billigkeit auch bei der Organallokation zur Wirkung zu bringen, wird in der Literatur erwogen und selbst in der Gesetzgebung vorgesehen. Einen Beleg für Letzteres liefert der Entwurf des Transplantationsgesetzes. Im Kommentar zu Art. 22 TPG, welcher in Absatz 2 den Grundsatz festhält, «Organe aus dem Ausland dürfen nur von der Nationalen Zuteilungsstelle angenommen werden», wird gleich eine Abweichung vorgestellt: Das Basler Transplantationszentrum beteiligt

sich an einem europäischen Programm mit dem Ziel, für hochimmunisierte

Transplantationsanwärter bzw. -anwärterinnenninnen rasch geeignete Nieren verfügbar zu halten.

Ein aus dem Ausland angebotenes entsprechendes Organ geht nicht an die Nationale

Zuteilungsstelle (NZS), sondern direkt ans Transplantationszentrum. Umgekehrt liefert dieses

passende Nieren auch dann ins Ausland, wenn im eigenen Land Bedarf bestünde – vorausgesetzt,

«für Schweizer Patientinnen und Patienten» besteht keine höhere Dringlichkeit (B 155). Die

bessere Gerechtigkeit soll sich im Interesse von eugens charakterisierten Leidenden gegen die

allgemeine Regel durchsetzen, ohne dass sie allerdings zur formellen Gesetzesregel würde.<sup>18</sup>

---

Kant, etwa in der «Schlussanmerkung» zur Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785/86; BA 128; bei Weischedel 1966, Bd. IV, 128) oder in der Kritik der reinen Vernunft, wo wir lesen: Die Idee ist «doch ganz richtig, welche dieses Maximum zum Urbilde aufstellt, um nach demselben die gesetzliche Verfassung der Menschen der möglich grössten Vollkommenheit immer näher zu bringen. Denn welches der höchste Grad sein mag, bei welchem die Menschheit stehen bleiben müsse, wie gross also die Kluft, die zwischen der Idee und ihrer Ausführung notwendig übrig bleibt, sein möge, das kann und soll niemand bestimmen, eben darum, weil es Freiheit ist, welche jede angegebene Grenze übersteigen kann.» (KrV B 373 f., bei Weischedel 1966, Bd. II, 324).

<sup>18</sup> Vgl. auch die durch Art. 30 Abs. 2 Bst. c TPG geschaffene Möglichkeit, Organe, Gewebe und Zellen selbst dann zur Transplantation freizugeben, wenn der in Abs. 1 zur Pflicht gemachte Test «auf Krankheitserreger oder Hinweise auf solche» mit einem positiven bzw. «reaktiven» Ergebnis endet. Zulässig ist die Verwendung problematischen organischen Materials dann, «wenn nur so das Leben der Empfängerin oder des Empfängers gerettet werden kann und wenn kein Risiko für die Bevölkerung besteht» (B 158). Zwar lässt sich ethisch vertreten, unter den gegebenen Bedingungen die Gefährdung der Patienten in Kauf zu nehmen, und es ist vorsorglich zu fordern, dass für «die Bevölkerung» kein Risiko besteht. Zwischen Kranken und Bevölkerung stehen freilich noch Dritte: Transplanteure und Pflegende, dann auch Lebenspartner. Unklar ist, ob hier ihre Gefährdung in Kauf genommen wird, und gegebenenfalls aus welchen Gründen. Um

Dieses Vorgehen entspricht genau der Empfehlung, zu der sich Lachmann und Meuter verstehen (1997, 247). Sie erwägen (in Kap. 15 ihrer Schrift) die Möglichkeit, bei Allokationsentscheiden besondere moralische Eigenschaften von Personen oder Gruppen in Anschlag zu bringen. Das Beispiel der sozialen Verantwortung, expliziert am Falle der alleinerziehenden Mutter junger Kinder, stehe für viele. Der Mutter kann aus Gründen der Billigkeit, *ceteris paribus*, der Vorrang vor einem ungebundenen Junggesellen eingeräumt werden. Die Lösung, so die Autoren, «hat eine hohe Plausibilität, ist allerdings ... nicht oder nur schwer zu begründen.» Dem Nachsatz ist nicht zuzustimmen, setzt man in der Beschreibung des Dilemmas nicht ein Menschenbild voraus, in welchem der Einzelne im Prinzip als *solus ipse* vorgestellt wird (s. 4.1.4.3). Sonst allerdings sind die Erwägungen der Autoren trefflich, insbesondere dort, wo sie darauf insistieren, dass nur ein wirklich signifikanter Unterschied zwischen Patienten die Zuhilfenahme eines Instruments formaler Gerechtigkeit zu begründen vermag. Was als signifikant gelten darf, bleibt allerdings fallweise noch auszumachen. Aber es trifft zu, dass aufgrund «der abstrakten Unauflösbarkeit solcher Abwägungen ... keine generelle Regel formuliert werden kann». Die – nun allerdings ihrerseits formelle – «Eröffnung von Ermessensentscheidungen», des Spielraums für Billigkeit, liefert den gesetzgeberisch angemessenen Ausweg, damit die ethisch richtige Lösung.

Das Fazit, mit dem Lachmann und Meuter ihre Überlegungen beschliessen, bestärkt auf seine Weise, was hier zur Billigkeit gesagt wurde: Die in billiger Abwägung in Anschlag gebrachten Gesichtspunkte gestatten nicht «die Einführung allgemeiner Verhaltensregeln». Wie sollten sie dies auch, fungieren sie doch, zunächst jedenfalls, als Kennzeichen einer einmaligen Situation. Zu fordern aber ist Billigkeit (ein Ausdruck, den die Autoren selber an dieser Stelle vermeiden): «eine singuläre Beurteilung ..., bei der die Begründungslast darin besteht, im Einzelfall einen nicht durch die Normierungsverfahren zu regelnden moralischen [sic!] Aspekt der existenziellen Lage und Bedeutung eines Patienten zu belegen» (ebd., 247; analog Nussbaum 1997, 40).

#### 4.1.2.5 Gewissen und externe Instanzen der Verantwortung

---

Billigkeitserwägungen kann es sich nur handeln, wenn Billigkeit als Mitleid, ja Liebe, jedenfalls als supererogatorische Leistung interpretiert wird.

Über die Instanz, vor welcher die geschuldete Begründung vorzutragen und zu verantworten ist, schweigen Lachmann und Meuter sich aus. Es liegt nahe, an das (individuelle) Gewissen zu denken. Letztlich ist wohl es die entscheidende Instanz, selbst im Falle von Mehrheitsentscheidungen eines interdisziplinären Konsiliums. Dass aus Gerechtigkeitserwägungen *wo immer möglich* nach einer Objektivierung zu suchen ist, zeigt folgende Überlegung: Im Prinzip soll einzig die Nationale Zuteilungsstelle (NZS) kompetent sein, Allokationen definitiv vorzunehmen; das ist das gerechtigkeitstheoretisch gut abgesicherte Credo des Entwurfs zum schweizerischen Transplantationsgesetz. Trotz des relativ kleinen Gerechtigkeitsraumes unseres Landes (vgl. 4.1.5.1) ist eine Konstellation nicht ausgeschlossen, derzufolge – eine dilemmatische Situation mit zwei Transplantationsbedürftigen vorausgesetzt – der Umweg über die NZS den Erfolg einer Transplantation wenigstens beeinträchtigt. Dies wäre nicht nur unter dem Aspekt der Effizienz unerwünscht, vielmehr auch ethisch problematisch. Handelt es sich beim benötigten Organ um eine Lunge oder ein Pankreas, die nur in drei bzw. zwei Zentren transplantiert werden, kann man sich leicht ausmalen, dass in der gegebenen Situation eine direkte Verständigung zwischen den Ärztinnen und Ärzten der Zentren *signifikant* besseren Erfolg verspricht als der regelkonforme Weg über die NZS. Das mag eine Ausnahmesituation sein; das Prinzip der Billigkeit spricht dafür, sie im Gesetz nicht auszuschliessen.

Mit zwingenden Auflagen ist eine derartige Lösung hingegen zu verbinden: Unter Umgehung der NZS gefällte und umgesetzte Entscheide sind im Nachhinein vor eben dieser Instanz zu rechtfertigen. Im gemeinsamen Diskurs ist zu prüfen, ob die Rechtfertigung vor kritischer Befragung stand hält. Das Ergebnis dieser Prüfung wird im ganzen Gerechtigkeitsraum kommuniziert, und gegebenenfalls sich empfehlende Massnahmen werden ergriffen. Diesen Prozess darf nicht die Ambition leiten, Recht zu behalten. Das Mass soll vielmehr das Interesse geben, auch hier gemeinsam die «bessere Gerechtigkeit» zu verwirklichen.

### 4.1.3 Gerechtigkeitssubjekt

Gerechtigkeit als Leitidee für die sittlich gute Ordnung der Wechselbeziehungen zwischen einem sozialen Verband und seinen Gliedern einerseits, zwischen diesen Gliedern untereinander andererseits, verlangt nach Bestimmung jener, die gerechte Regeln erlassen und ausüben, aber auch jener, welche vom gerechten Tun betroffen sind. Für das Transplantationswesen ist mithin der Status von Gerechtigkeitssubjekten (4.1.3) und von Gerechtigkeitsadressaten (4.1.4) zu klären.

#### 4.1.3.1 Die politische Gemeinschaft

Grundsätzlich liesse sich transplantationsmedizinische Versorgung sowohl privat als auch öffentlich einrichten. Steht sie unter der Bedingung der Gerechtigkeit, werden allerdings private Regelungen als Grundlagen ausgeschlossen. Gerechtigkeit, hier verstanden als distributive Gerechtigkeit, meint ein gemeinschaftlich und also öffentlich anzustrebendes Ziel, das auf dem Wege über Prinzipien, wie sie oben (4.1.1.3) entwickelt wurden, verfolgt wird. Konzept, Ausführung und Durchsetzung von Gerechtigkeit ist Sache eines sozialen Verbands; dieser ist als Gerechtigkeitsgemeinschaft Subjekt der Gerechtigkeit, unabhängig davon, wie er im Einzelnen politisch konstituiert ist.

Der Umfang der Gemeinschaft bemisst sich nach den statuierten und von den Betroffenen gutgeheissenen Gerechtigkeitszielen; er kann Gruppen, regionale oder nationale Verbände einschliessen, sich auf internationale und schliesslich globale Einheiten beziehen. Im Zusammenhang des Transplantationswesens, das zunächst als einzelstaatliche Aufgabe begriffen wird, ist erstes Gerechtigkeitssubjekt die politische Gemeinschaft des nationalen Rechtsstaates.

#### 4.1.3.2 Funktionsträgerinnen und -träger

Die Erinnerung an diese Trivialitäten ist darum nicht entbehrlich, weil in der aktuellen Allokationspraxis und in der Debatte im Rahmen der laufenden Gesetzgebung Unklarheiten aufscheinen. Für die fundierende Gerechtigkeitsgemeinschaft agiert der legitime Gesetzgeber; nachgeordnete Personen oder Instanzen vermögen Teilfunktionen im Gerechtigkeitsprozess nur dann wahrzunehmen, werden sie ihrerseits hierzu vom Gesetzgeber ausdrücklich und formell

ermächtigt. Es gibt für sie in der Perspektive der Gerechtigkeit keine andere Legitimation, weder ausgeprägtes Fachwissen noch die hervorragende Rolle in der Transplantationspraxis noch auch Gesichtspunkte der Praktikabilität. Von Bedeutung ist diese – immer noch analytische – Klärung insbesondere für Ärztinnen und Ärzte: Sie wirken nicht als originäre Gerechtigkeitsquellen, vielmehr als von der politischen Gemeinschaft bestellte und entsprechend privilegierte Dienerinnen und Diener an der gerechtigkeitsgemeinschaftlichen Aufgabe («trustees and stewards for the community», zit. bei Gutmann / Land 2000, 88).

Zwei Konsequenzen ergeben sich:

- Für alle aktiv im Transplantationswesen Engagierten sind sorgfältig jene Einsichten und Regeln, denen sie aus fachspezifischer Kompetenz zu folgen haben, zu trennen von Urteilen und Normen, die ethisch, d.h. allgemein verpflichtend geprägt sind, mithin der Legitimation durch den öffentlichen Diskurs bedürfen. Insbesondere ist darauf zu achten, dass deskriptive Aussagen (etwa medizinischer Art) nicht unter der Hand und aus welchen Gründen immer zu normativen Aussagen mutieren. Es gilt, den naturalistischen Fehlschluss auch im Transplantationswesen zu vermeiden.
- Allokationskriterien sind ausschliesslich durch die politische Gemeinschaft zu formulieren bzw. zu legitimieren, in Inhalt und Form, aber auch in ihrem Rang. In dieser Gemeinschaft haben selbstverständlich sämtliche Funktionsträger und –trägerinnen ihr Wort, doch nur in ihrer Qualität als – zwar eigens ausgewiesene – Bürgerinnen und Bürger.<sup>19</sup> Die politische Gemeinschaft hat durch entsprechende Verfahren – Kontrollen, Evaluation u.s.w. – dafür zu

---

<sup>19</sup> Dass Kriterien und Entscheidungen im Prozess der Organallokation im Wesentlichen nicht «rein medizinischer», vielmehr ethischer – und in der Gerechtigkeitsgemeinschaft politischer – Art sind, hat die Forschung der letzten Jahre überzeugend nachgewiesen. Die Botschaft zum TPG fasst deren Einsichten zusammen und fusst in Konzept und in den vorgeschlagenen Vorkehren auf ihnen (vgl. B 1.3.5.4.1 und 1.3.5.4.3). Wir brauchen diese Diskussion nicht aufzurollen, sondern dürfen uns erlauben, auf ihrem Ergebnis als gefestigte und im Allgemeinen anerkannte Grundlage aufzubauen. Für viele vgl. Lachmann / Meuter 1997, 40, 164-166, 190 f.; Gutmann / Land 2000, 89 f.; Schott 2001, § 8, I, 389, 392). Festzuhalten ist allerdings, dass medizinische Einsichten für ethische Reflexion relevant bleiben und dass ethische sowie medizinische Kriterien zu übereinstimmenden Schlüssen führen können. Das ändert freilich nichts daran, dass die Gründe für solche Schlüsse auf unterschiedlichen Ebenen verankert sind.

sorgen, dass ihre Kompetenzen als erstes Gerechtigkeitssubjekt in der komplexen Praxis durchgehend honoriert werden.

Im Blick zurück auf die Bemerkungen zur Billigkeit gilt es allerdings zu bedenken, dass in der Organisation des Prozesses der Organallokation die Chance der «besseren Gerechtigkeit» nicht vertan wird. Es muss möglich bleiben, dass nachgeordnete Instanzen im Einzelfall und ausnahmsweise zum hier unmittelbar einschlägigen Subjekt der Gerechtigkeit werden.

Unmittelbarkeit darf jedoch mit Originarität nicht verwechselt werden: Billigkeitserwägungen – in jeder Schattierung der Bedeutung von «Billigkeit» – treten in einem Gerechtigkeitsprozess als logisch und zeitlich nachgeordnete Aktivitäten auf, selbst wenn sie vom vorgehend allgemein ausgesteckten Weg zur Gerechtigkeit abweichen. Spielen Mitleid und Güte die zentrale Rolle in der Bewältigung einer bestimmten Situation, dürfen sie, kritisch reflektiert, nicht am logischen Anfang<sup>20</sup> des Prozesses stehen, weil andernfalls Gerechtigkeit als allgemeines Ziel zerfällt und, bei allen guten Absichten, Willkür das Szepter führt. Das wäre ein in der Gerechtigkeitsgemeinschaft weder ethisch noch politisch tolerierbares Ereignis.

#### 4.1.3.3 Die Rolle der Kostenträger

Ein letzter Hinweis mag verdeutlichen, wie nötig es im Lichte der Gerechtigkeitsidee sein kann, Selbstverständlichkeiten in Erinnerung zu rufen. Er betrifft zuerst die von R. Lachmann und N. Meuter skizzierte Praxis, gemäss welcher Transplantationszentren mit den Krankenkassen jährlich abschätzen, wie viele Transplantationen im Zentrum zu erwarten sind. Die ermittelte Anzahl wird für die Finanzplanung relevant und sollte «nicht zu weit über- oder unterschritten werden» (1997, 36). Die Schätzung wirkt sich als limitierender Faktor aus in der Entscheidung, wer in die Wartelisten des Transplantationszentrums und dann von Eurotransplant Eingang findet (ebd.) – ein Verfahren, welches gegen Gerechtigkeitsprinzipien, aber auch gegen die Grundlage der ärztlichen Ethik verstösst.

Die Autoren stützen ihre Untersuchung auf bundesdeutsche Verhältnisse. Dass analoge Erscheinungen in schweizerischen Landen auftreten, hat F. Largiadèr heftig und mit gutem

---

<sup>20</sup> Gemeint ist also nicht der genetische Anfang.

Grund kritisiert. Die Entscheidung der Kassen bzw. der zuständigen Bundesinstanz darüber, welche Leistungen durch die Versicherungseinrichtungen gedeckt werden, schaffen Ungleichheiten, die Begüterte privilegieren und Andere (sekundär, also im Prinzip demokratisch korrigierbar) diskriminieren. Im Falle der Transplantationsmedizin wurden die isolierte Transplantation des Pankreas, die Dünndarmtransplantation sowie die kombinierte Herz-Lungen-Transplantation von der Leistungspflicht der Kassen ausgenommen. «Diese Benachteiligung einer Patientengruppe, welche dazu noch klein ist und kostenmässig nicht ins Gewicht fallen würde, ist ungerecht» (Largiadèr1999, 263). Sie ist aber auch zynisch. Denn es steht zu vermuten, dass die Kassen abwarten, bis die – seltenen – Interventionen erfolgsträchtiger und zur Routine geworden sind. Bis dahin werden Betroffene benachteiligt, aufgrund einer material nicht zu legitimierenden sekundären Diskrimination. Dem Vernehmen nach besteht dieser gerechtigkeitstheoretisch inakzeptable, weil inkonsistente Zustand auch im Jahre 2003 weiter.

Auch wenn wir uns hier von einem moralisierenden Urteil distanzieren, müssen wir daran festhalten, dass ganz generell derartige ethisch und politisch einschneidende Vorkehrungen nicht Sache der Verständigung von Kostenträgern und Verwaltungseinheiten sein sollten. Über die allgemeine wie die situative Zweckmässigkeit einer Transplantation und damit über die einschlägige Versicherungspflicht soll, mit dem Blick auf Gerechtigkeit, gestützt auf das Urteil von praktisch ausgewiesenen Fachleuten geurteilt werden – nicht im Interesse der Bilanz von Versicherern.

#### 4.1.4 Adressaten der Gerechtigkeit

##### 4.1.4.1 Bestimmung der Adressaten

In der allgemeinen Ethik ist die Unterscheidung zwischen moralischen Subjekten («moral agents») und moralischen Objekten («moral patients») geläufig (z.B. Handbuch Ethik 2002, 283, 288, 420, 460). Sie dient unter anderem dazu, den Umfang der moralischen Gemeinschaft so zu definieren, dass ihr auch Wesen angehören, die selber nicht verpflichtungsfähig sind: noch nicht oder nicht mehr entscheidungs- und handlungsfähige menschliche Wesen, je nach ethischem Ansatz auch Tiere, Pflanzen und gar unbelebte Entitäten. Analog lässt sich fragen, wer zur Gerechtigkeitgemeinschaft in der Transplantationsmedizin zu zählen ist. Die Frage nach den

Gerechtigkeitssubjekten haben wir beantwortet, jene nach den Adressaten der Gerechtigkeit steht offen. Sie bedarf der Klärung darum, weil in der aktuellen, auch lokal gesteuerten Allokationspraxis unterschiedliche Antworten kursieren.

Das Transplantationswesen hängt von den Fähigkeiten zahlreicher Subjekte ab: von Spendenden, Transplantierenden und deren Institutionen, von Patientinnen und Patienten – um nur diese hier zentral einschlägigen Kategorien zu nennen. Treten sie alle zugleich als Adressaten der Gerechtigkeit auf? Die Frage ist zu verneinen:

Die Zuteilung von Organen richtet sich an die Bedürftigen. Ihnen ist Gerechtigkeit zugedacht. Gerecht gestaltet sich die Distribution dann, wenn unparteiisch, für alle also mit gleichen Chancen, nach geregelt festgelegten Kriterien und in für alle Bedürftigen gleichen Verfahren entschieden wird. *Ausschliessliche Adressaten der Gerechtigkeit sind demnach Patientinnen und Patienten.*

Den *Spendenden* hat in anderer, für die Allokation nicht relevanter Weise Gerechtigkeit zu widerfahren: in der Respektierung ihrer Bestimmungen über das Schicksal ihres Leichnams, soweit diese sich mit öffentlicher Ordnung und den in der einzelnen Gemeinschaft herangewachsenen guten Sitten vertragen; im menschenwürdigen und pietätvollen Umgang mit dem Leichnam.

Die *Transplantierenden* wirken als Gerechtigkeitsagenten; im Gerechtigkeitsprozess ist Dienstleistung ihre Aufgabe. Selber gesund, sind sie von Zuteilungen nicht in ihrer persönlichen Integrität betroffen, sie bedürfen keiner Allokation. Mit ihrer Dienstleistung mögen sie unterschiedliche Motive und Interessen verknüpfen, für die Bestimmung der Gerechtigkeitsadressaten bleiben diese unerheblich.

Das Gleiche trifft auf die *Transplantationsinstitutionen* zu. Bei ihnen handelt es sich um Einrichtungen zur Operationalisierung des Transplantationswesens, um Dienstleistungsbetriebe. Auch sie mögen, bezogen auf ihre Kompetenz, ihre Ausgestaltung, ihre Konkurrenzfähigkeit und ihre wirtschaftliche Existenz verschiedene Interessen verfolgen; als Adressaten von Gerechtigkeit

im Allokationsprozess kommen sie nicht in Frage. Eine andere Auffassung beruhte auf einem Kategorienfehler.

Aus dieser Analyse ergibt sich für die Praxis der Organallokation zwanglos die Konsequenz, *dass die Zuteilung ausschliesslich patientenorientiert zu erfolgen hat*. Jeder andere Zuteilungsmodus wäre ethisch verfehlt.

#### 4.1.4.2 Kategorienfehler

In der Diskussion um die richtige Ausgestaltung des Allokationsprozesses werden verschiedene Gesichtspunkte geltend gemacht:

- Es ist denkbar, die Gruppe aller Transplantationszentren eines Landes selber als Gerechtigkeitsgemeinschaft anzusprechen. Diesem Konzept folgend, würde die Kooperation der Zentren unter Gerechtigkeitsforderungen gestellt. Als Gegenstand gerechter Distribution fungierten Organe. Dabei handelt es sich allerdings um Objekte, die sich weder einer Leistung der Zentren verdanken noch in der Regel diesen von Dritten zugeordnet sind. Verfügung über Organe zum Durchspielen eines Gerechtigkeitsprozesses wäre (weil der Prozess faktisch realisiert wird, nicht einfach Fiktion, sondern) sittlichkeitswidrige Usurpation. Das gilt zum Beispiel für sogenannte «Pay-back»-Regelungen, welche das Zurverfügungstellen von Organen an die Pflicht späterer Erstattung binden (z. B. Swiss Transplant, Exchange Rules 2001-2003, ohne Lunge). Dass derartiges Verfügen nicht ohne die mögliche Schädigung von Bedürftigen auskommt, denen, was nur ihnen zusteht, vorenthalten wird, unter krasser Verletzung des in die Jahrtausende alte Formel *suum cuique* gegossenen Gerechtigkeitsprinzips, lässt die ganze Einrichtung als ethisch umso fragwürdiger erscheinen.

Als Gegenargument wird ins Feld geführt, zentrumsgerichtete Zuteilungen sicherten die Transplantationskompetenz, indem für ausreichende Gelegenheiten zur Vertiefung und Verbreiterung von Können und Wissen der Transplantierenden wie der für die Infrastruktur Verantwortlichen gesorgt werde. Dieses Ziel ist an sich nicht nur wichtig, sondern ethisch geboten, bedenkt man die Pflicht, Leidenden aufs Beste und unter minimalen Risiken beizustehen. Doch darf es nicht mit Gerechtigkeitsforderungen in einem anderen, logisch wie

sachlich nachgeordneten Bereich kollidieren. Das Ziel muss durch Reduktion und Reorganisation der transplantierenden Institutionen angepeilt werden – eine Lösung, die im Gerechtigkeitsraum der Schweiz (vgl. 4.1.5) als gangbar erscheint.

- Als weiteres Argument wird vorgebracht, die Motivation von Mitgliedern der Transplantationszentren, Spenderinnen und Spender zu gewinnen, müsste schwinden, dürften Zentren nicht über die bei ihnen anfallenden Organe verfügen bzw. auf Erstattung von Organgaben an kooperierende Zentren zählen. Erneut liegt dem Argument der bereits angesprochene Kategorienfehler zugrunde: Distributionsobjekte aus einem Bereich A werden für die Herstellung einer ganz anders gerichteten Gerechtigkeit in einem Bereich B herangezogen. Wir werden auf das Argument zurückkommen müssen, weil es das führende Prinzip der ärztlichen Ethik *salus aegroti ultima lex esto* in den Wind schlägt.
- Schliesslich wird zur Erwägung gegeben, Transplantationseinrichtungen seien kostenintensiv, zumindest Amortisations- und Betriebskosten müssten gedeckt werden können. Dem ist beizupflichten, und wenigstens im Falle privater Einrichtungen darf zusätzlich das Erzielen eines betriebswirtschaftlich angemessenen Gewinns ins Feld geführt werden. Allein, wieder handelt es sich um ein Ziel, das mit den ihm zustehenden Mitteln verfolgt werden muss. Organe werden nicht zum Zwecke der wirtschaftlichen Sicherung einer Institution gespendet oder entnommen, sondern um schwer Leidenden zu helfen. Zweckentfremdung, insbesondere weil mit zumindest möglicher Schädigung Dritter verquickt, ist ethisch nicht erlaubt.

#### 4.1.4.3 Eine anthropologische Vergewisserung

In der Literatur zur Problematik der Organallokation, nicht anders in der Botschaft, wird der Gerechtigkeitsadressat als isoliertes Selbst vorgestellt. Gerechtigkeit bezieht sich auf die *sola ipsa*, den *solus ipse*, so sehr dass zum Beispiel die Berücksichtigung von «sozialem Status» zwar thematisiert, als Gesichtspunkt für gerechte Zuteilung in der Regel jedoch abgewiesen wird. Diesem Konzept entspricht ein modernes, kartesianisches Menschenbild, welches theoretisch in Grenzen fruchtbar sein mag, anthropologisch wie lebenspraktisch hingegen defizient bleibt. Was also sind Gerechtigkeitsadressatin und -adressat für den weniger eingengten, nicht allein naturwissenschaftlich kultivierten Blick?

In der zeitgenössischen Theorie personaler Identität wird das Selbst nicht als Phänomen eines bewussten, in sich geschlossenen Ich, sondern als Produkt der Gemeinschaft, in welcher Personen leben, verstanden. Die Zuschreibung von Kontinuität und Identität durch jene, mit denen wir in dieser Welt da sind, ist «konstitutiver Bestandteil des Begriffs der Identität selbst» (Haker 2002, 394 f.). Identität ist nicht gegeben, sondern Aufgabe fortgesetzter Konstitution, wesentlich durch die Beziehungen zu anderen, für die wir verantwortlich sind. Nicht einseitig gestalten sich solche Beziehungen, sondern wechselseitig; was für jede und jeden von uns gilt, trifft analog auf jene zu, mit denen wir verbunden sind. Es gibt, von pathologischen Zuständen abgesehen, kein ungebundenes Selbst (Sturma 2002, 445). Unser Leben ist nicht das Leben eines fingiert autarken Ich, vielmehr immer auch das Leben aller Anderen, aus denen wir werden, die wir sind, ihnen unsererseits zu ihrem eigenen Selbst verhelfend. Unser Leben ist so immer auch ihr Leben.<sup>21</sup> Die wichtige Norm, wonach wir alle kraft unserer unverhandelbaren Würde als Menschen ein gleiches Recht auf Leben besitzen, bleibt so lange zu grob und unbestimmt, als Leben stillschweigend mit isolierter individueller Existenz gleichgesetzt wird.

Selbstverständlich zerspringt das «intrinsische Beziehungsgeflecht», als das wir mit anderen – nicht allein menschlichen – Wesen in dieser Welt da sind (Naess 1973/1996, 131; 1987, 14; Sitter-Liver 2000 b, 73 f.), wenn wir sterben. Insofern steht Rettung des individuellen Lebens bei Allokationsentscheiden zunächst im Vordergrund. Aber eben nicht nur: Der Tod der einzelnen Person beeinträchtigt immer zugleich das Dasein, das Leben all jener, mit denen sie in aufbauender und sie ihrer Identität vergewissernder Weise verbunden war. Der Allokationsentscheid bliebe halb blind, verschuldet unzureichend und also gerechtigkeitstheoretisch zu tadeln, wollte er diese Existenzbedingungen übergehen – übergehen dann, wenn aufgrund einer Konkurrenz um ein lebensrettendes Organ, *ceteris paribus*,

---

<sup>21</sup> Die «Salzburger Erklärung zur sogenannten Bioethik», eine unter anderem gut begründete feministische Kritik an der Usurpation des Lebensbegriffs durch die sogenannten «Life Sciences», bringt die «Weltsicht der Bezogenheit» (Carol Gilligan) überzeugend zur Geltung. Im Mittelpunkt ihres Interesses liegt die Einsicht, «dass Menschen unhintergebar auf historisch-kulturelle Kontexte bezogen und eingebunden sind in stetem Wandel begriffene «Bezugsgewebe menschlicher Angelegenheiten» (Hannah Arendt)». Ethische Dilemmata bieten darum nicht «Anlass für möglichst kontextfreie «Rechenübungen mit Menschen» (Carol Gilligan)». Sie sind Herausforderung, «weltfreundliche Urteile zu fällen», und zwar in einzigartigen Konstellationen, jedoch «getreu dem humanitären Vermächtnis unserer VorfahrInnen» (Abschn. 3 und 4).

existenziell konstitutive, unmittelbare und nicht substituierbare Funktionen für Dritte ohne Einfluss blieben.<sup>22</sup>

Wenn Th. Gutmann und W. Land fragen, ob Auswirkungen von Verteilungsentscheidungen auf Dritte gerechtigkeitstheoretisch relevant seien (2000, 100), so kann man diese Frage nur aufgrund eines lebenspraktisch reduktiven und darum gerechtigkeitstheoretisch unangemessenen Menschenbildes verneinen. Es trifft gerade nicht zu, dass «(jedenfalls im Bereich der Verteilung lebensrettender Organe) die mittelbaren Interessen Dritter gegenüber den Lebenswünschen der unmittelbar Betroffenen ... kategoriell nachrangig und damit irrelevant sind» (ebd., 101). Die verschiedenen Leben lassen sich nur künstlich trennen. Dagegen vermögen in sonst nicht auflösbaren Konfliktfällen Statusfragen, die nicht in primärer Diskrimination wurzeln, hilfreiche Vorrangregeln zur konstruktiven und «besser gerechten» Bewältigung des Konflikts an die Hand zu geben (vgl. Lay 1991, 236 f.). Nicht nutzenrelevante, sondern an Humanität orientierte Überlegungen haben dabei die Fäden in den Händen.<sup>23</sup>

#### 4.1.5 Gerechtigkeitsraum und Zuteilungskompetenz

##### 4.1.5.1 Gerechtigkeitsraum

Im Zusammenhang mit der Frage nach den Gerechtigkeitsadressaten (4.1.4) fiel die Bemerkung, der Umkreis der Adressaten sei für jedes Gerechtigkeitssystem eigens zu bestimmen. Gerechtigkeit als Idee verwirklicht sich stets innerhalb einer Lebensgemeinschaft im Prinzip Gleicher und Gleichberechtigter; reale Gerechtigkeit ist Auszeichnung eines sozialen Verbands

---

<sup>22</sup> Robert Spaemann argumentiert exemplarisch für eine Anthropologie, die im Unterschied zur modernen anthropozentrischen Wissenschaft wissen will, «was wirklich ist und was deshalb den Charakter des Mitseins mit uns hat» (2000, 11). Wir selbst wissen gerade nicht immer am besten, wer wir sind ; wenn uns unser Selbstbewusstsein erlaubt, uns von anderen zu distanzieren, dann sind es eben jene anderen, die uns zu diesem Selbstbewusstsein erst verhelfen. Nur «durch den Blick anderer werden wir uns selbst sichtbar und wirklich». Was immer wirklich ist, gibt es nur in der Wechselbeziehung zu anderen:«Die Beziehung ist das eigentlich Wirkliche» (ebd., 17).

<sup>23</sup> Kritisch zu Gutmann / Land, die eben dies bezweifeln, vgl. 2000, 100, 101.

auch in dessen räumlicher Erstreckung.<sup>24</sup> Der Begriff der Gerechtigkeit bliebe unterbestimmt, würde dieser Aspekt übersehen. Den Gerechtigkeitsprozess führt die konkrete Polis, sie treibt ihn in einem Gerechtigkeitsraum voran.

Die Ausdehnung des Raumes bestimmt sich nach der Reichweite jener, die für den Entwurf und die Durchsetzung des Gerechtigkeitsprozesses in letzter Instanz Verantwortung tragen. Im Falle öffentlich zu realisierender, also politischer Gerechtigkeit ist dies zuerst der Souverän; er kann als Inbegriff der Subjekte und Adressaten eines Gerechtigkeitssystems angesprochen werden. Wo es um distributive Gerechtigkeit geht, kommt primär den Adressaten die Rolle von Destinatären gerechter Zuteilung zu. Die Ausdehnung des Empfängerkreises ist zwar möglich, doch nur als sekundärer Akt, welcher der Zustimmung des Souveräns oder der durch diesen legitimierten Instanzen bedarf.<sup>25</sup>

Bei der Umgrenzung des Raumes, der einem der Gerechtigkeit verpflichteten Transplantationssystem angemessen ist, sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen. Einmal gilt es, Kompetenzen und Verantwortungen der einzelnen politischen Verbände zu respektieren – und im ersten Anlauf klar voneinander zu trennen. Dieser Akt erfüllt neben der Funktion der Rechtssicherung auch eine Entlastungsfunktion: *ultra posse nemo obligatur*. Die Frage, ob die im Prinzip unschwer zu begründende Forderung nach internationaler Solidarität es unsittlich mache, Angehörige eines Gerechtigkeitsraums vorrangig zu bedienen (Kostka 2002, 102), ist daher zu verneinen. Zum andern fordert ein Transplantationssystem erhebliche Aufwendungen, die vom politischen Verband, präziser von den ihm zugehörigen Bürgerinnen und Bürgern aufzubringen

---

<sup>24</sup> Von der immer auch zeitlichen Erstreckung des sozialen Verbands sehen wir hier ab.

<sup>25</sup> Nur gerade angemerkt sei, dass der Souverän zuständig ist für die *rechtlich* verbürgte Gerechtigkeit. Positive Normen, auch Grundnormen, lassen sich hingegen immer noch auf ihre *ethische* Tragfähigkeit befragen. Vernunft- bzw. naturrechtliche Kritik bleibt immer möglich; sie lässt sich nicht durch politisch geregelte Verfahren aus der Welt schaffen. Belege aus der Tradition liefern die Debatten um den Tyrannenmord oder um das Widerstandsrecht auch im Rechtsstaat; jüngeren Datums sind die Kontroversen im Zusammenhang zuerst mit den «Mauerschützen-Prozessen», dann mit der rechtlich eingeforderten Verantwortung von führenden Mitgliedern der DDR-Regierung und -Administration. Trotz aller – verständlichen – Zurückhaltung von juristischer Seite hielt man aus höchstrichterlicher Warte daran fest, dass es so etwas wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt, welche gestatten, Angehörige einer bestimmten Rechtsgemeinschaft aufgrund von übergeordneten Normen zu belangen, selbst wenn diese in eben jener Rechtsgemeinschaft nirgends positiviert worden waren.

sind. Das Fairnessprinzip verstärkt ihren Anspruch als primäre Nutzniesser der Leistungen aus dem massgeblich von ihnen ins Werk gesetzten Transplantationssystem. Schliesslich verlangt ein zwar nicht politisch, hingegen sachlich beachtlicher Aspekt, das Prinzip der Zweckmässigkeit, die Grenzen eines Gerechtigkeitsraums im Transplantationswesen nicht zu überdehnen: Ischämietoleranzen sowie für diese relevante infrastrukturelle Beschränkungen erfolgreicher Transplantationstätigkeit müssen berücksichtigt werden.

Es ist also schlicht nicht nachvollziehbar, wenn behauptet wird, die Definition der politischen Einheit der Schweiz als Gerechtigkeitsraum sei nicht weniger willkürlich als die Festlegung regionaler, lies auf einzelne Transplantationszentren zugeschnittener Räume (Blankart 2002, 32).<sup>26</sup>

#### 4.1.5.2 Erweiterungen

Die Erinnerung an die für die Umgrenzung des Gerechtigkeitsraumes primäre Zuständigkeit des Souveräns; die Heraushebung des unter Berücksichtigung des Fairnessprinzips offenkundigen Vorrangs grundsätzlich aller Bedürftigen, die sich im jeweiligen Gerechtigkeitsraum aufhalten<sup>27</sup>, gegenüber externen Patientinnen und Patienten, schliesst nicht aus, dass im gegenseitigen, am Patientenwohl orientierten Interesse Vereinbarungen getroffen werden, die den Gerechtigkeitsraum generell oder für limitierte Zwecke ausweiten. Zweckmässigkeit der Vorkehrungen sowie Zustimmung des Souveräns bzw. der durch ihn legitimierten Instanzen bleiben jedoch zwingende Bedingungen der Gerechtigkeit solcher Massnahmen. Sie wären, gewinnt das in Verhandlung stehende Transplantationsgesetz die Zustimmung des Parlaments

---

<sup>26</sup> Blankarts Argumentation zugunsten dezentraler Organisation des Transplantationswesens fusst überdies auf einer logisch falschen Verknüpfung: Patientenorientierte und auf Gerechtigkeit ausgerichtete Organallokation hängt nicht von der Existenz verschiedener Transplantationszentren ab; entscheidend sind die Verbindlichkeit und die Durchsetzung einheitlicher Kriterien und Verfahren der Zuteilung im ganzen Gerechtigkeitsraum.

<sup>27</sup> Die Rede ist nicht bloss von Bürgerinnen und Bürgern, sondern von allen Mitmenschen, die sich im Transplantationsraum aufhalten und darin der transplantationsmedizinischen Versorgung bedürftig werden. Bei Niedergelassenen versteht sich dies von selbst; bei Durchreisenden geht das Gebot der Hilfe in der Not vor und überwiegt den Aspekt der Zugehörigkeit zu einer anderen Gerechtigkeitsgemeinschaft. Vgl. unten, 4.1.5.3.

und nimmt es auch die mögliche Hürde eines Referendums, gegeben für die internationale Zusammenarbeit in der Organallokation, wie Art. 22 TPG sie vorsieht. Gegeben wären sie auch, kraft der Erläuterungen in den ersten beiden Abschnitten auf Seite 155 der Botschaft, für grenzüberschreitende regionale Abkommen einzelner Transplantationszentren.<sup>28</sup>

#### 4.1.5.3 Der Status von Ausländerinnen und Ausländern

Der Gerechtigkeitsraum erfasst eine Gemeinschaft, die zwar durch die mit den erforderlichen politischen Rechten Ausgestatteten konstituiert, jedoch von allen getragen und zur Wirkung gebracht wird, die in ihr Wohnsitz nehmen, entsprechend sozialen Verpflichtungen (Steuern, Versicherungen u.s.w.) nachkommen. Im Unterschied zu Durchreisenden und sich kurzfristig im Lande Aufhaltenden tragen sie zum Funktionieren des für den Gerechtigkeitsraum etablierten Transplantationswesens kontinuierlich und erheblich bei. Ihnen kommen im Vergleich zu kurzfristigen Aufenthaltern und Durchreisenden mehr und andere Rechte zu. Im Rahmen der Transplantationsmedizin sind sie Bürgerinnen und Bürgern gleichgestellt. Das Konzept des Gerechtigkeitsraumes hilft, den unterschiedlichen Status der beiden Kategorien von Ausländern zu klären.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Wollte man auf die – im Hinblick auf politische Legitimation wichtige – Genesis der Forderung nach einem einheitlichen schweizerischen Gerechtigkeitsraum verweisen, fielen folgende Ereignisse in Betracht: die Aufforderung der Konferenz der kantonalen Sanitätsdirektoren an den Bundesrat, in Sachen Transplantationsmedizin für die ganze Schweiz gesetzgeberisch tätig zu werden (1994); eine entsprechende Aufforderung des Kantons Genf, referiert in BGE 123 I 142; die vom eidgenössischen Parlament gut geheissene Motion Huber (28.2.1994), die auf eine umfassende bundesrechtliche Regelung der Transplantationsmedizin hinzielte (B 1.1.5.1); die Ergänzung der Bundesverfassung durch Art. 119 a am 7.2.1999, welche den Bund zum Erlass von «Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation» verpflichtet und ihm die leitenden Gesichtspunkte, darunter die Gerechtigkeit der Allokation (Abs. 2), vorgibt (vgl. B 31, auch B 3.4.1). Auch im Lichte dieser Feststellungen ist unverständlich, dass Blankart behauptet, das «Gebiet der Schweiz» sei «ebenso willkürlich wie das einer Region» (2002, 32). Das Gegenteil trifft zu: Das Verlangen nach bundesweiter Regelung, ethisch nicht nur problemlos, sondern im Hinblick auf Zweckmässigkeit erfordert, disqualifiziert regionale Zuständigkeit politisch wie gerechtigkeitsethisch.

<sup>29</sup> Von Flüchtlingen und Asylsuchenden soll hier nicht eigens die Rede sein. Dass sie, der Hilfe bedürftig, für die Erhaltung bzw. Wiederherstellung ihrer Gesundheit als einer notwendigen Bedingung der Selbstbestimmung und für möglichst autonome Lebensführung über gleiche Ansprüche wie die ordentlichen Einwohner verfügen, bedarf angesichts ihrer Teilhabe an

Unseren Gerechtigkeitsintuitionen zufolge ist vorweg gesetzt, dass die Prinzipien, Bedürftigen beizustehen und niemanden zu schädigen, dazu verpflichten, Verunfallten und unvorhergesehen Erkrankten die gleiche Versorgung wie Einwohnern zu gewähren. Differenzierungen wären ethisch nicht zu legitimieren. Für nicht im Gerechtigkeitsraum Ansässige gilt grundsätzlich, dass sie an den Vorkehrungen ihres Wohnsitzstaates partizipieren. Dieser kommt auf seine Weise für transplantationsmedizinische Versorgung auf. Differenzen in der Ausstattung dieser Versorgung in unterschiedlichen Gerechtigkeitsräumen sind *prima facie* unerheblich. Vertragliche Kooperationen zwischen solchen Räumen bleiben, wie wir gesehen haben, vorbehalten.

Aus den beiden vorstehenden Abschnitten resultiert, dass die Zureise zu Transplantationszwecken («Transplantationstourismus») ethisch bestenfalls dann beachtlich wird, wenn Organe verpflanzt werden sollen, die weder im eigenen Land noch bei ordentlichen Vertragspartnern übertragen werden können. Der Zugang zum Allokationsprozedere, insbesondere die Aufnahme in Wartelisten, bleibt Angehörigen eines anderen Gerechtigkeitsraumes, der ihnen den ordentlichen Zugang zum Transplantationswesen offen hält (mit allen Risiken eines negativen Allokationsentscheides auf irgend einer Stufe des Zuteilungsprozesses) versperrt.

Diese restriktiven Bestimmungen gelten unter der Voraussetzung, dass innerhalb eines Gerechtigkeitsraumes Organknappheit herrscht. Die für das Transplantationswesen Verantwortlichen sind von weiteren moralischen Verpflichtungen entbunden, solange dieser Zustand anhält und die Verwendung eines verfügbaren Organs im eigenen Gerechtigkeitsraum ausgewiesenem Bedarf entspricht. *Prima facie* gilt dies auch ohne Rücksicht auf unterschiedliche Dringlichkeiten. Die Billigkeit verlangt allerdings, Abweichungen mit dem Ziele besserer Gerechtigkeit zuzulassen, wenn sie sich nicht mit beachtlicher Schädigung von Transplantationsbedürftigen im eigenen Gerechtigkeitsraum verbinden.

---

Menschenwürde und der sich hieraus ergebenden Pflichten des Gastlandes keiner weiteren Ausführung.

Organe, die im eigenen Land nicht transplantiert werden können, zugleich aber in transplantierfähigem Zustande sind, sollten ohne Verzug zunächst im Rahmen eines auf Gegenseitigkeit beruhenden Austauschsystems, sekundär an weitere Institutionen, die entsprechenden Bedarf ausweisen, weitergegeben werden.

#### 4.1.5.4 Zentrale oder dezentrale Allokation?

Wenn nicht strittig ist, dass das Streben nach Gerechtigkeit die Zuteilung von Organen innerhalb eines Gerechtigkeitsraumes anleiten soll, so bestehen Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Frage, ob die definitive Zuteilung in die ausschliessliche Kompetenz einer zentralen Stelle fallen oder auch (für die Schweiz vornehmlich) regional gestreut, konkret den einzelnen Transplantationszentren zugewiesen werden soll. Debattiert wird also nicht darüber, wer überhaupt als Akteur im komplexen Allokationsgeschehen auftritt, hingegen darüber, wem grundsätzlich in jedem Einzelfall der definitive Entscheid zustehen soll.

Es empfiehlt sich, der Diskussion der Kontroverse einen möglichen Stein aus dem Wege zu räumen: Die Zuweisung von Kompetenzen innerhalb eines Gerechtigkeitsraumes untersteht immer auch dem (Gerechtigkeits-)Gebot der Zweckmässigkeit, auf welches wir uns schon mehrfach bezogen haben: Dem übergeordneten Ziel, Leidenden möglichst gut zu helfen, müssen alle organisatorischen Vorkehrungen dienen. Die Allokationsphase ist also derart auszugestalten, dass ein Organ *prima facie* der bedürftigsten der geeigneten Personen mit grösstmöglichem Erfolg übertragen werden kann. Der Zeitaufwand und die infrastrukturellen Bedingungen für die Überwindung von Kommunikations- und Transportwegen stellen Faktoren dar, die Berücksichtigung heischen. Bezogen auf die Schweiz ist zu prüfen, ob die Ausdehnung des Gerechtigkeitsraumes es erfordert, die Allokationsprozesse dezentral zu führen.

Wir halten uns an die Einschätzung erfahrener Fachleute, wenn wir, ohne den für die Verhältnisse in der Schweiz günstigen Vergleich mit den Umständen in anderen Ländern heranzuziehen, feststellen, dass dezentrale Allokation aus geographischen Gründen nicht erforderlich ist. Swiss Transplant urteilt im Mai 2002 in ihrer Stellungnahme zum Entwurf des Transplantationsgesetzes wie folgt: «Die Schweiz hat auf Grund der Grösse und der kurzen Reisezeiten und somit relativ kurzen Ischämiezeiten [...] eine günstige Grösse, um Patienten auf

einer nationalen Warteliste zu verwalten und die Organallokation national zu steuern» (9).  
Operationell qualifiziert sich damit das Land als einheitlicher Gerechtigkeitsraum.

Damit können wir uns substanziellen Überlegungen zuwenden. Wir greifen auf die Feststellung zurück, dass alleinige Adressaten von Allokationsgerechtigkeit die Leidenden sind.

Patientenorientierte Zuteilung ist mithin geboten, und zwar *ausschliesslich*. Überlegungen zur Erhaltung und Alimentierung des Transplantationswesens bleiben für Gerechtigkeitsfragen im Zusammenhang der Organallokation fremd, also ethisch belanglos.

Der Gleichheitsgrundsatz regiert Distributionsprozesse in ein und demselben Gerechtigkeitsraum, für welchen das Prinzip der individuell verstandenen Menschenwürde wegleitend ist, ganz besonders wenn es um die Zuteilung von Gütern geht, die zum einen existenznotwendig, zum andern Voraussetzung möglichst selbstbestimmter Lebensführung sind. Gleichheit und *eo ipso* das Gebot der Gleichbehandlung erstrecken sich unterschiedslos auf sämtliche Glieder des einen Gerechtigkeitsraumes; dessen Untergliederung in nachgeordnete regionale Gebiete, welche Gleichheit ganz oder zum Teil nur im eigenen Raume schaffen, verletzt die gebotene Einheit der Gerechtigkeitsgemeinschaft, ist ethisch inkohärent und darum verboten. Für die Herstellung von Gerechtigkeit, für die Konstituierung der erforderlichen Regeln und für die Durchsetzung der Gleichbehandlung gibt es im Falle der Verteilung von knappen Gütern *im gleichen Gerechtigkeitsraum nur ein Mass und zweckmässigerweise nur eine Instanz*. Transparenz, Rechtssicherheit und in der Folge Rechts- und Gerechtigkeitsvertrauen der Gemeinschaftsglieder – alle drei sozialetisch hochstehende Güter und Ziele – werden so am besten gewährleistet, dies ganz allgemein, also ungeachtet des besonderen Charakters der zu verteilenden Güter.

Das für ein gerechtes und, mehr noch, für ein humanes Transplantationswesen gesetzte Ziel, im einheitlichen Gerechtigkeitsraum primär den Bedürftigsten zu helfen, soweit sie sich als Adressaten der erforderlichen Massnahmen eignen, ist nicht leicht zu erreichen. Von Unmöglichkeit zu sprechen (Swiss Transplant 2002 b, 9) wäre jedoch voreilig und, wichtiger, nicht hilfreich. Denn es genügt, dem Ziel so nahe wie möglich zu kommen. Doch mag der Streit hierüber offen bleiben. Erforderlich ist, wie immer er ausginge, *Übersicht*. Diese lässt sich allein durch eine im Gerechtigkeitsraum *zentrale Stelle* gewinnen. Auf sich beschränkte Regionen sind nicht in der Lage, sich diese Übersicht zu verschaffen und gestützt auf sie zu agieren. Billigkeit,

die – unter Beachtung aller einschlägigen Informationen wiederum aus dem ganzen Gerechtigkeitsraum – zu üben ist, bleibt ihnen verwehrt.

Das *Fazit* ergibt sich als Evidenz: Will man sich nicht mit künstlich beschnittener Gerechtigkeit zufrieden geben – ein schon rein sprachlich, vor allem aber ethischer Widersinn –, wird man die Organallokation in einem Gerechtigkeitsraum wie die Schweiz ausschliesslich patientenorientiert ausgestalten und einer einzigen zentralen Zuteilungsstelle überantworten müssen.<sup>30</sup>

Zwei Beispiele sollen, Späterem vorgreifend, diese Evidenz untermauern:

Die geltenden Richtlinien von Swiss Transplant lösen die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn gleichzeitig mehr als ein «Super urgent»- Herzpatient auf die Transplantation wartet, wie folgt: Priorität genießt der lokale, d.h. im Transplantationszentrum, in welchem der Spender liegt, betreute Patient. Fehlt ein derartiger Patient, bestimmen die weiteren medizinischen Kriterien sowie die Dringlichkeit eines Eingriffs, die unter den betroffenen Transplantationszentren erhoben werden, den Entscheid. – Als allgemeine Regel ist diese Disposition ethisch nicht zu halten. Sie setzt das Kriterium des lokalen Zufalls, das nicht einmal, wenn denn das zulässig wäre, einen möglichen Verdienst (z.B. ganz formal die Verweildauer auf der Warteliste) berücksichtigt, über das Kriterium des grössten Bedarfs, indem es dieses gar nicht zum Zuge kommen lässt. Warum nicht von Beginn an die gemeinsame Suche nach der aus medizinischer Sicht geeignetsten bedürftigen Person Platz greift, ist in gerechtigkeitstheoretischer Sicht unerfindlich. Die Ansiedlung der Zuteilungskompetenz bei einer zentralen Instanz ausserhalb und über den einzelnen Transplantationszentren liesse derart gerechtigkeitsvergessene Vereinbarungen unter zur Dienstleistung Verpflichteten gar nicht erst aufkommen.

Vergleichbar nehmen sich die Bestimmungen zum Prozedere der Zuteilung einer Lunge in dilemmatischer Situation aus. Lungen werden an drei Zentren transplantiert, zwei davon liegen im französischsprachigen Teil der Schweiz; sie zählen im Tauschkonzept von Swiss Transplant als eine Einheit – als ein Zentrum, das jenem in Zürich gegenüber steht. An erster Stelle wird die

---

<sup>30</sup> Für bedenkenswerte Argumente zugunsten zentraler Allokation vgl. auch Kostka 2002, 101 f. Mit R. M. Veatch wird insbesondere betont, «dass Ärzten aus ethischer Sicht keine alleinige Autorität über die Verteilung zugerechnet werden kann, nur weil sie Ärzte sind.»

Priorität einer lokalen empfangenden Person unterstrichen. Die Gerechtigkeitsforderung der Patientenorientierung wird einem ortsbestimmten Turnus geopfert. Lungen aus Toten in Spitälern, die nicht zugleich Lungen transplantieren, werden im Turnus «Zürich – Centre de Romandie – Zürich – Centre de Romandie» primär Zentren, erst im Nachgang Patienten zugewiesen. Für den Fall, dass es einen prioritären Patienten gibt, werden die Austauschbedingungen («the conditions of exchange») direkt zwischen den Transplantationszentren ausgehandelt (Swiss Transplant 2001). Es fällt angesichts dieser Lösung schwer, nicht von einer menschenwürdevidrigen Instrumentalisierung von Leidenden zu sprechen. Zentrumsinteressen setzen das Gerechtigkeitsprozedere ausser Kraft: Statt dem Streben nach distributiver Gerechtigkeit für Patienten greift kommutative Gerechtigkeit unter Institutionen Platz – eine sachfremde Regelung, die aus einem offensichtlich durch fremde Interessen geleiteten Kategorienfehler entspringt.

Ordentliche Zuteilungskompetenz bei Transplantationszentren im gleichen Gerechtigkeitsraum wird mit einer Reihe von Argumenten eingefordert, von denen wir die wichtigsten kurz betrachten müssen. Denn steigert die eingeforderte Kompetenz die Zweckmässigkeit der Allokation, sind die Argumente, die vorgetragen werden, unmittelbar gerechtigkeitsrelevant.

Verlangt – und auf europäischer Ebene durch Eurotransplant praktiziert – werden regionale und nationale Austauschbilanzen. Wer ethisch geschult ist, wird bereits angesichts der Sprachwahl misstrauisch. Die Rede von Bilanzen entschleierte die Ökonomisierung eines Prozesses, der primär unter gerechtigkeitstheoretischen Gesichtspunkten zu regeln ist. Die Leidenden selber, die eigentlichen Adressaten der Gerechtigkeit von Allokationsverfahren, werden vernachlässigt zugunsten eines, wie bereits moniert, sachfremden Vorgangs mit dem Ziel der Tauschgerechtigkeit. Die in der medizinischen Ethik sonst führenden Prinzipien des Heilens und Helfens werden suspendiert. Das Interesse an einem Lastenausgleich unter Zentren, die sich einer vermutlich diskursiv, sicher aber rechtlich legitimierten Aufgabe annehmen, ist berechtigt; doch muss der Versuch, ihm zu Lasten der vom fraglichen Leistungssystem unmittelbar Betroffenen zu genügen, erneut als widersinnig qualifiziert werden. Finanzieller Ausgleich kann im Grundsatz leicht auf anderem Wege erzielt werden; die Prozedur ist gängig, man denke an den weithin und in verschiedenen Bereichen politisch institutionalisierten Finanz- oder Lastenausgleich zwischen Gemeinden wie zwischen Kantonen, auf EU-Ebene sogar zwischen Staaten. Dem Hinweis auf

die Notwendigkeit, Fachkompetenz und -erfahrung bei den Transplantierenden zu schaffen und zu erhalten, kann, wir haben darauf aufmerksam gemacht, durch Schwerpunktbildung, lies Reduktion der im Gerechtigkeitsraum etablierten Transplantationszentren entsprochen werde. Das Argument, Mediziner und ihre Kolleginnen würden sich kaum mehr um die Gewinnung von Spendenden bemühen, fehlte ihnen die Gewähr, in ihrem Zentrum anfallende Organe selber verpflanzen zu dürfen, muss, wie erwähnt, angesichts der international verankerten ärztlichen Ethik als sittlich verwerflich qualifiziert werden. Der Umstand, dass sich seine Geltung empirisch verifizieren lässt, ändert nichts am grundsätzlichen ethischen Verdikt. «Denn nichts kann Schädlicheres und eines Philosophen Unwürdigeres gefunden werden, als die pöbelhafte Berufung auf vorgeblich widerstreitende Erfahrung, die doch gar nicht existieren würde, wenn jene Anstalten zu rechter Zeit nach» Sinn und Bedeutung der für das Transplantationswesen einschlägigen Gerechtigkeitsidee getroffen würden (vgl. Kant, KrV B 374).

Aus den nämlichen Überzeugungen, wie sie eben vorgetragen wurden, erledigt sich das Argument, man möge an einem System, das sich bisher bewährt habe, festhalten. Das Gute wird nicht dadurch disqualifiziert, dass Besseres gefunden und in neuer, als angemessener erkannten Praxis umgesetzt wird.<sup>31</sup>

Von Ärzteseite wird vorgebracht, die Transplantationszentren arbeiteten im Hinblick auf ihre Patientinnen und Patienten mit einer rollenden internen Priorisierung, die sich gerade als strikt patientenorientierter Faktor im Allokationsprozess niederschlägt. Ein auch nur oberflächlicher Augenschein im Spital demonstriert überzeugend, wie wichtig dieses Vorgehen ist; es öffnet sich sowohl nutzen- wie gerechtigkeitsorientierten Abwägungen. Und es liegt ausschliesslich in der Kompetenz der mit Leidenden unmittelbar konfrontierten Ärztinnen und Ärzte. Allerdings liefert es kein zwingendes Argument dafür, den Transplantationszentren eine ordentliche finale Allokationskompetenz zuzuweisen. Die Übermittlung aktuellster Ergebnisse der rollenden Priorisierung an eine zentrale Entscheidungstelle lässt sich zeitverzugslos bewerkstelligen. Und

---

<sup>31</sup> Das Bürgerpanel im «Publiforum Transplantationsmedizin» (24.-27.11.2000), initiiert vom Zentrum für Technologiefolgenabschätzung beim Schweizerischen Wissenschafts- und Technologierat, hat seine sonst sehr lebendige ethische Reflexion in diesem Punkte zu wenig weit getrieben. Seine konservative Position ist zu vermerken, *in ethicis* jedoch kaum zu beachten. Vgl. B 1.2.5.

diese Instanz kann formell angewiesen werden, mit den in der Sache engagierten Transplantationszentren zu kommunizieren, um diskursiv die finale Entscheidung vorzubereiten. Die relative Kleinheit des schweizerischen Gerechtigkeitsraumes lässt erwarten, dass sich diese Prozesse in nützlicher Frist abspielen. Der Gewinn an Gerechtigkeit im ganzen Gerechtigkeitsraum, welcher auch dem Prinzip der Billigkeit folgende Entscheidungen nicht ausschliesst, nimmt dem vorgetragenen Einwand das nötige Gewicht. Dies umso mehr, als der Entwurf zum Transplantationsgesetz der dort vorgesehenen Nationalen Zuteilungsstelle die zeitgerechte Kommunikation mit den Transplantationszentren zur formellen Pflicht macht (Art. 18 Abs.2 Bst. b. TPG), deren Erfüllung mittels Kontrollen und Evaluationen überprüft, d. h. durchgesetzt werden soll (vgl. Art. 53 und 61 TPG).

Als Ergebnis können wir festhalten, dass dem Anspruch der Gerechtigkeit im Prozess der Organallokation nur die ausschliessliche Patientenorientierung sowie die Einrichtung einer für finale Attributionen im Grundsatz ausschliesslich zuständigen zentralen Instanz entsprechen.

#### 4.1.6 Diskriminierung

##### 4.1.6.1 Zum Stand der Diskussion

Vom Diskriminierungsverbot ist sowohl in der Botschaft zum TPG-Entwurf als auch allenthalben in der Literatur die Rede. Einigkeit besteht im Urteil, dass gerechtigkeitsorientierte Organallokation unter dem strikten Verbot der Diskriminierung stehe. In den vorab juristisch und rechtsphilosophisch angelegten Texten, entsprechend auch in der Botschaft, wird in erster Linie auf den Leitwert der Menschenwürde und seine Explikation in den Grundrechten rekuriert, um Diskriminierung vom Transplantationswesen auszuschliessen. Dies geschieht im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz als Kern unserer Gerechtigkeitsintuitionen in überzeugender Weise. Allerdings wird der Diskriminierungsbegriff in der Regel so verwendet, als liesse er sich nicht weiter differenzieren und bedürfe zur Klärung bloss der Explikation durch Beispiele. Ernst Tugendhat hat jedoch 1996 eine Unterscheidung zwischen *primärer und sekundärer Diskriminierung* eingeführt, welche für die Lösung von Zuteilungsproblemen im Transplantationswesen fruchtbar gemacht werden kann.

#### 4.1.6.2 Primäre und sekundäre Diskriminierung

In seinen Untersuchungen zur Frage, ob es eine moderne Moral gebe – eine säkulare und aufklärerische Moral, die weder auf Religion noch auf Metaphysik noch auf Tradition oder weltliche Autoritäten zurückgreift (1996, 323) –, argumentiert Tugendhat mit Erfolg für folgende These:

Wir leben in einer Welt, in der wir nicht von Übereinstimmung über das materiale Gute, insbesondere nicht über Gerechtigkeit in der Verteilung von allgemein benötigten Gütern ausgehen können. Auf Moral sind wir indessen angewiesen, denn ohne Kooperation und Koordination gibt es für uns kein nachhaltiges Überleben. Sinn der Moral ist die wechselseitige Berücksichtigung von Interessen auch ohne Sympathie (326 f.): er erfüllt sich darin, dass alle Mitglieder einer Gemeinschaft bereit sind, ein bestimmtes System wechselseitiger Forderungen anzuerkennen und zu leben (331). Darin verstehen sie sich als Gleiche und als einander gegenüber Gleichberechtigte. Formale Egalität und damit Symmetrie sind nicht begründungsbedürftig, sondern in der Struktur des Moralsystems angelegt (332). Im Gegensatz dazu bedürfen Asymmetrie begründende Regelungen der Rechtfertigung, die nur gelingt, wenn alle Glieder der Moral- bzw. der Gerechtigkeitsgemeinschaft ihr zustimmen: Moral erhebt den Anspruch auf Objektivität; diese verwirklicht sich in solcher Zustimmung.

Tugendhat illustriert seine Gedanken am bekannten Beispiel der Mutter, welche einen Kuchen unter ihre Kinder zu verteilen im Begriffe ist. Schneidet sie ihn in gleiche Stücke, ist die Gerechtigkeitserwartung aller erfüllt, eine Erklärung unnötig. Es mag gute Gründe geben, ungleiche Stücke zu verteilen, grösseren Hunger etwa, besondere Leistungen und dergleichen, jedenfalls Aspekte, die bei sorgfältiger Überlegung auch von jenen anerkannt werden, die mit weniger Vorlieb nehmen müssen (333 f.). Fazit: *Jede Rechtfertigung setzt die Geltung des Symmetriesatzes voraus*; formale Egalität ist immer schon Bedingung (334).

Für unseren Zusammenhang folgt zweierlei aus diesen Erläuterungen: In einem gerechten System der Distribution ist Diskriminierung aufgrund jedem einzelnen Angehörigen vorgegebener Eigenschaften – Geschlecht, geistige Fähigkeiten, Rasse, Religion und so fort – verboten; Diskriminierung aufgrund konvenierter Eigenheiten bleibt hingegen möglich, vorausgesetzt eben,

sie kann im Prinzip von allen «Systemelementen» gebilligt werden und trägt insofern objektiven Charakter.

Die erste, die verbotene Art der Diskrimination, bezeichnet Tugendhat als primäre, die zweite, konsensuell gefestigte als sekundär (333). Ein System distributiver Gerechtigkeit ist mit materialer Ungleichbehandlung kompatibel. Allein sekundäre Diskrimination setzt «in der Unparteilichkeit der Beurteilung die Nichtzulassung der primären Diskrimination damit auf der grundlegenden Ebene der Symmetrie voraus» (334). Das Kriterium, welches das System zum gerechten macht, ist formaler Natur; es verlangt «die unparteiliche Beurteilung aus der Interessensperspektive aller» (338). Die Anwendung in Einzelfällen mag strittig sein; sie muss über diskursive, im Prinzip alle Betroffenen mit gleichen Partizipationsrechten einschliessende Verfahren allgemein akzeptabel, d. h. objektiv gültig gemacht werden.<sup>32</sup>

#### 4.1.6.3 Anwendung auf die Organallokation

Tugendhats Überlegungen liefern, ohne jeden Rekurs auf positives Recht, ein starkes Argument für den Ausschluss jeglicher primärer Diskriminierung aus der Praxis der Organallokation. Sie bieten eine solide ethische Fundierung für von Art. 8 Abs. 1 BV ausgesprochene, in die Literatur übernommene und in der Botschaft zum TPG (B 2.4.4.2) geltend gemachte Diskriminierungsverbote.

Doch diese Gebote betreffen nicht immer gleichwertige Aspekte. So sind etwa Lebensform und soziale Stellung den Einzelnen nicht in gleicher Intensität bzw. Unausweichlichkeit vorgegeben wie Rasse, Geschlecht oder seit Geburt bestehende Behinderungen. Tugendhats Ansatz nötigt dazu, deklarierte Diskriminierungsverbote auf ihre jeweilige Begründung hin zu untersuchen.

Wo Verbote sich auf Konventionen stützen, muss nach ihrer ethischen bzw. politischen Rechtfertigung besonders aufmerksam gefragt werden. Verbote, die sich auf das in der

---

<sup>32</sup> Die dritte Forderung, welcher eine moderne Moral genügen muss, nämlich Universalität, brauchen wir hier nicht zu diskutieren. Tugendhat vermag seinen Argumenten dafür, die gesamte Menschheit als eine und einzige Gerechtigkeitsgemeinschaft aufzufassen, hohe Plausibilität zu verschaffen; vgl. 337 f.

Menschenwürde verankerte Autonomieprinzip stützen, etwa jene, welche die Religionszugehörigkeit oder die politische Ausrichtung betreffen, legitimieren sich leicht. Andere drängen sich normativ nicht in gleichem Masse auf oder öffnen sich bei näherem Zusehen der Abwägung und der Diskussion. Ersteres trifft beim Verbot, die soziale Stellung – das kann auch heissen die direkte Verantwortung für Dritte – zu berücksichtigen, zu; das Zweite lässt sich auf das absolut gehaltene Verbot, das Alter von Transplantationsbedürftigen zu beachten, beziehen.

Die Botschaft befindet sich in ihrer Wahl zwar in Übereinstimmung mit der Verfassung (und mit manchem einschlägigen Text in der Literatur); das heisst aber nicht zugleich, dass sie aller ethischen Befragung enthoben wäre. Auch Verfassungen sind, wir haben es in der Schweiz mit der Totalrevision 1999 der BV eben erlebt, nicht für die Ewigkeit geschrieben. In der Debatte um die Kriterien, welche den Weg zu gerechter Organallokation führen sollen, ist auch dies, aus ethischen Gründen, zu bedenken.

## **4.2 Eigentumsfragen**

### 4.2.1 Wem gehören die Organe? – Zu Eigentum und Persönlichkeitsschutz

Die «Spendeorgane gehören, wie auch das Bundesgericht festhält, den Spenderinnen und Spendern und nicht dem Bund». Ch. B. Blankart et al. (2002, 32) veranschaulichen beispielhaft, worum es geht, wenn die Behauptung, die Spendenden seien Eigentümer bzw. Eigentümerinnen ihrer Organe, verteidigt wird: um die Kompetenz, detailliert über die Verwendung der eigenen Organe zu bestimmen, und zwar in für Dritte, insbesondere für den Staat zwingender Weise.<sup>33</sup>

Die Möglichkeit, von Organen als Eigentum eines Menschen zu sprechen, setzt ein fragwürdiges Menschenbild voraus. In ihm trennt man, verführt durch den Selbstbezug, der menschliches Dasein auszeichnet, Person und Körper, so als gäbe es zwischen beiden ein Herrschaftsverhältnis, als wäre da nicht die körperlich-seelisch-geistig integrierte Einheit, als welche personhaftes Dasein sich uns in der Eigen- wie in der Fremderfahrung zeigt. Die Elemente dieser Einheit durchdringen, sie bestimmen und wandeln sich gegenseitig. Als Lebendspendende verfügen wir

---

<sup>33</sup> Inwiefern der Hinweis auf das Bundesgericht, konkret der Beizug von BGE 123 I 112 ff., gerechtfertigt ist, wird unten (4.2.2.3) erörtert.

nicht über eine Sache, die uns als unser Eigentum zusteht, vielmehr geben wir einen Teil von uns selbst weg, um einem anderen Menschen sein Dasein zu erhalten oder entscheidend zu erleichtern. Organe von Toten sind nicht anders zu beurteilen, weil und so weit Persönlichkeitsschutz, aus dem Prinzip der individuellen Menschenwürde hergeleitet, sich auch auf den Leichnam bzw. den für hirntot erklärten Menschen erstreckt.

Dem unglücklichen Ansatz, menschliche Existenz unter sachenrechtlichen Kategorien zu analysieren, folgt vermutlich bloss eine Minderheit. Er ist im Transplantationswesen auch gar nicht nötig, hält man Eigentumsrecht und Verfügungsrecht auseinander und bedenkt zugleich, dass zwar Eigentumsrecht Verfügungskompetenz impliziert, das Recht zu verfügen hingegen nicht mit dem Status von Eigentümerin bzw. Eigentümer verquickt zu sein braucht. Zu beachten lohnt sich ferner, dass auch Verfügen über Eigentum an einen letztlich ethisch getragenen und dann politisch gefestigten Rahmen der Rechtsordnung gebunden bleibt, etwa an die durch öffentliche Ordnung und gute Sitten gezogenen Grenzen. Den Sinn, von Eigentum an den eigenen Organen zu sprechen, versuchsweise doch einmal zugestanden, wäre erst wenig über die sittlich zulässige Nutzung solchen Eigentums ausgesagt.

Weist man die Eigentumsqualität von Organen als Irrtum ab, scheint unangebracht, von Organen als von Vermögensteilen zu sprechen (Birnbacher 2000, 292), über deren Weitergabe sich gleichsam in formellen letztwilligen Verfügungen bestimmen liesse. Doch auch sonst ist dies nicht tunlich. Zu offensichtlich unterscheiden sich Organe von dem, was üblicherweise unter Vermögen begriffen wird: sachen- und obligationenrechtliche Ansprüche (Tuor / Schnyder 1986, 549) oder, etwas einlässlicher, «die Gesamtheit der *Aktiva* [...], die einer natürlichen oder juristischen Person zustehen. Es sind dies alle Rechte [...], Forderungen und Rechtsverhältnisse, die entweder auf Geld gehen oder einen geldwerten [...] Inhalt haben» (Creifelds 1988, 1231). – Vermögen wird erworben, Organe sind natürlicherweise vorhanden; über Vermögen verfügen wir dank und im Rahmen gesetzlicher Bestimmungen, den Grundentschluss zur Organspende fassen wir völlig frei. Bei testamentarischer Weitergabe von Vermögen stehen uns möglicherweise zahlreiche Berechtigte gegenüber, zusätzliche Interessierte erhalten gegen unseren Willen keinen Zugang zu unseren Gütern; dagegen existieren uns als Organspendenden gegenüber keine Berechtigten, an Interessierten mit im Prinzip offenem Zugang zu unseren Organen herrscht

andererseits kein Mangel. Die Analogie von Organen und Vermögen, von Erblassen und Organspenden hält unvoreingenommener Prüfung nicht Stand.

Spendeorgane werden denn mehrheitlich auch nicht als Eigentum von Organspendern betrachtet. Massgebend ist hingegen die persönlichkeitsrechtliche Perspektive (für viele Ach 2000, 275). In ihr geht es vorrangig um die Klärung der Frage, «unter welchen Bedingungen Organe legitimerweise entnommen werden dürfen» (ebd.). Man kann allerdings auch unter dieser Perspektive untersuchen, wie weit sie ein ausschliessliches oder wenigstens primäres Verfügungsrecht begründet.

Im Falle der Lebendspende, von deren Betrachtung wir uns Hilfe bei der Untersuchung der Totenspende erhoffen, liegen die Dinge einfach: Organe sind Teile der leiblichen (nicht also nur körperlichen) Integrität einer Person. Ausschliesslich von deren Willen ist eine allfällige «extra-leibliche» Verwendung abhängig. Um die Persönlichkeit der Lebendspendenden zu schützen, sie vor Missbrauch und externem Druck zu bewahren, wird deren Engagement durch das öffentliche Recht in engen Grenzen gehalten (vgl. Art. 12-14 TPG). Die Selbsterhaltung geht vor, die Hilfsbedürftigkeit Kranker wird nachgeordnet. Das Transplantationswesen als öffentliche Einrichtung kann die Verletzung des Verbots, Menschen zu schädigen, nicht zulassen, auch nicht wenn Dritte davon profitieren sollten: In der Tradition der Ethik ist der Vorrang der negativen (vermeidenden) Pflicht vor positiven (leistenden) Pflichten unbestritten.<sup>34</sup>

Der Schutz der Persönlichkeit wird bekanntlich auch im Falle der Totenspende nicht einfach sistiert. So ist, in Beachtung des Autonomieprinzips, die Weigerung von Lebenden, ihre Organe nach dem Ableben für Transplantationszwecke zur Verfügung zu halten, eben so zu respektieren wie die deklarierte Spendebereitschaft. Lebenden wie Toten Persönlichkeitsschutz in gleichem

---

<sup>34</sup> Der negativen Pflicht, Schaden zu vermeiden, entspricht im gesellschaftlich-politischen Zusammenhang allerdings eine weitere aus dem Prinzip der Menschenwürde resultierende Pflicht: alles zu unternehmen, um für jede und jeden die Realisierung der «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» zu gewährleisten (vgl. BGE 90 I 29). Weniger juristisch formuliert: Die auf dem normativen Konzept der Menschenwürde beruhende Gerechtigkeitsgemeinschaft hat dafür zu sorgen, dass im Prinzip für alle ihre Glieder jene Funktionen gesichert sind, ohne welche deren Persönlichkeit als solche nicht in Erscheinung treten kann.

Ausmass zu gewähren erscheint jedoch weder sachgerecht noch entspricht es unseren moralischen Intuitionen. Der Persönlichkeitsschutz, primär Lebenden zudedacht, hat für alle Mitglieder einer Gerechtigkeitsgemeinschaft das zu gewährleisten, was eben zu den «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» zählt (BGE 90 I 29), ist also prospektiv, evolutionär konzipiert. Möglichst selbstbestimmte Lebensführung fällt für personales Dasein zweifellos darunter; sie mag die Sorge um das unmittelbare Geschick des eigenen Leichnams umfassen für jene, welche sich mit dieser Sorge tragen. Schon diese ist allerdings von begrenzter Bedeutung, insofern sich die Art des Todes und das Schicksal der sterblichen Hülle durch die betreffenden Personen nicht vorwegnehmen lassen. Über die präzise Verwendung der eigenen Organe verfügen zu können – von der Grundentscheidung, sie für Transplantationszwecke frei zu geben oder zu sperren, also abgesehen – kann darum kaum als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung gelten.<sup>35</sup> So erscheint es überzogen, das Recht auf Persönlichkeit nach Art. 10 BV zu bemühen, um einen Anspruch auf detaillierte Verfügung, ja gar auf Eigentum an den eigenen Organen zu begründen (Blankart 2002, 32).

Die Möglichkeit der Widmung (vgl. Art. 15 Abs 1 TPG sowie B 2.4.4.1, 3. Abschnitt) steht nicht in Widerspruch zu diesen Überlegungen. Auch die Lebendspende lässt sich als Widmung interpretieren, analog zur letztwilligen Zuweisung von Organen an eine eindeutig bestimmte Person. Zwar besitzt auch dieser letzte Wille Gerechtigkeitsrelevanz, soweit er das betroffene Organ (bzw. die Organe) dem öffentlichen Verteilungsprozess vorenthält, etwa auch Dritte einbeziehende Dringlichkeitserwägungen verhindert. Der Akt qualifiziert sich jedoch als punktuell und eindeutig bestimmt; er entspricht einer supererogatorischen Liebesleistung, die aus der existenziellen Bindung von zwei Personen entspringt. Als solcher überwiegt er nicht nur das bezüglich Empfangender unbestimmte, nicht an den Schutz von Autonomie und Persönlichkeit gebundene Interesse; seine Möglichkeit muss vom liberalen Staat sogar eingeräumt und gewährleistet werden. Die Kehrseite dieser Pflicht der öffentlichen Hand zeigt freilich eine weitere Pflicht: dem Missbrauch vorzubeugen und dafür zu sorgen, dass das geschmiedete

---

<sup>35</sup> Vgl. Gutmann / Land 2000, 106 f., die hier im Besonderen das Clubmodell diskutieren und verwerfen. Dann auch Schott 2001, 303 (wiewohl er hier etwas autoritär formuliert: über die allgemeinen Zustimmungserfordernisse hinaus «kann der Spender aber bezüglich der Verwendung seiner Organe nichts mehr verfügen.» Schott kennt natürlich und akzeptiert das Institut der Lebendspende, darüber hinaus heisst es jedoch: »Sobald ein gespendetes Organ nicht einer bestimmten Person gewidmet wird, verliert aber der Spenderwille jede Bedeutung.«)

Instrument nur zur Wirkung gelangt, wenn die Rahmenbedingungen – die einwandfreie sittliche Qualifikation der Widmung nachweislich verwirklicht werden.

#### 4.2.2 Wer soll über Organe verfügen?

Die Frage, wer über gespendete (nicht also über gewidmete) Organe verfügen soll, ist damit offen. Um die richtige Antwort zu finden, empfiehlt es sich, einen Blick auf den Kontext zu werfen, innerhalb dessen sie sich ansiedelt.

Das Gut, um dessen Verteilung es geht, betrifft terminal oder in ausserordentlicher Weise leidende Menschen innerhalb eines Gerechtigkeitsraumes. Deren Zahl übersteigt bei weitem die Menge der – im Übrigen je gesondert nach unterschiedlichen Kategorien zu beurteilenden – einzelnen Güter. Diese Güter *entstehen* nicht durch Arbeit Dritter. Dritte mögen durch entsprechenden Einsatz die *Zahl* der verfügbaren Güter steigern, der Einsatz *begründet* jedoch *nicht* die *Existenz* der Güter und insofern kein Eigentums-, aber auch kein Verfügungsrecht. Es gibt an den Organen der Leichen oder Hirntoten überhaupt kein Recht; auf sie bezogen gibt es seitens der Patientinnen und Patienten wohl, aber auch *nur* Hoffnungen und Erwartungen, seitens des Medizinalpersonals Hilfs-, Dienstleistungs- und, gestützt auf die fachliche Qualifikation, Berufspflichten.

Angesichts des Umstandes, dass in demokratischen, liberalen und sozialverpflichteten Gemeinschaften das moralische und dann auch das rechtlich verbürgte individuelle Recht auf Leben unbestritten ist, wäre es nicht zulässig, wenn Private die Zuteilung von fundamentalen Lebenschancen übernähmen. Diese kann gerechterweise nur von der Gemeinschaft als ganzer und über formalisierte diskursive Verfahren in ethisch zulänglicher Weise geschehen. Die Verfügung über Organe fällt mithin der Öffentlichkeit zu. Doch auch die öffentliche Hand besitzt kein Recht an verfügbaren Organen. Für sie resultiert aus ihrem Auftrag, für alle Glieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft in gleicher Weise Grundrechte, darunter das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), zu sichern, im Falle der Organallokation eine Treuhänder-Pflicht: dafür zu sorgen, dass die allzu knappen Güter nach Gesichtspunkten primär der Gerechtigkeit

(einschliesslich Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit), sekundär der Effizienz unter den Bedürftigen, für deren Wohlergehen sie unmittelbar Verantwortung trägt, zugewiesen werden.

Diese Pflicht ist spezifisch und lässt sich als solche nicht delegieren. Im *einen* Gerechtigkeitsraum gibt es nur *eine* Quelle der Gerechtigkeit – ein analytisch wahrer Satz. Wie die Gerechtigkeitsprozesse im Einzelnen organisiert werden; ob Gerechtigkeitsagenten eingesetzt werden und wer mit welcher Kompetenz und Verantwortung als solcher wirken soll, das festzulegen bleibt auch aus sittlich-politischer Perspektive Staatsaufgabe. Die Art und Weise, wie mit allzu knappen Gütern im Gerechtigkeitsraum umzugehen ist, bestimmt der Staat als Repräsentant allgemeiner Interessen. Auf die Organallokation angewandt, folgt daraus, dass es ungerecht wäre, fielen dabei auch andere als öffentlich legitimierte Vorkehrungen in Betracht. Autonome Verfügung über Organe ist Einzelpersonen und Institutionen benommen; die Bedienung anderer als dem Zweck des Helfens und Heilens *unmittelbar* verpflichteter Interessen ist, ethisch betrachtet, unzulässig.

Die Antwort auf die eingangs noch offene Frage ergibt sich denn zweifelsfrei: *Zu Transplantationszwecken frei gegebene Organe stellen ein öffentliches Gut dar. Über dessen Zuweisung an Bedürftige verfügt richtigerweise ausschliesslich die öffentliche Hand.* Sie legt die Kriterien und Verfahren fest, und sie bestimmt die Agenten der in diesem Feld geforderten distributiven Gerechtigkeit. Sie wählt die Wege, über welche dieses Ziel erreicht wird. Diese Wege schliessen sach- und fachkundige Beratung notwendig ein, denn auch diese ist unabdingliches Element des Gerechtigkeitsprozesses.

#### 4.2.3 Modelle auf Gegenseitigkeit

Gerechtigkeitsprobleme im Transplantationswesen stellen sich nicht nur, freilich ganz besonders wegen der Knappheit verfügbarer Organe. Eine Binsenwahrheit. Verschiedene Mittel, der Knappheit zu begegnen, wurden entworfen. Drei Konzepte stehen im Vordergrund, auf die auch die Botschaft eingeht (B 79 f.). Sie verdienen Analyse und Bewertung in

gerechtigkeitstheoretischer Perspektive.<sup>36</sup> Die Untersuchung lässt erkennen, dass, soll möglichen Missbräuchen im Rahmen der drei Modelle gewehrt werden, dem Staate erhebliche Abklärungs-, Beurteilungs- und Sicherungsaufgaben zu überbinden wären. Es scheint, dass die Realisierung der Modelle den Aufwand der öffentlichen Hand keineswegs entlasten, ihn vermutlich erhöhen würde, ohne dass deutlich gemacht wird, wie dieser Aufwand nach dem Verursacherprinzip zu entschädigen wäre. Ob die Modelle unter der Bedingung vernünftigen, d.h. auch verhältnismässigen Aufwands überhaupt praktikabel wären, bleibt also zu prüfen. Berücksichtigung verdient, dass der Prozentanteil von Transplantationsbedürftigen an der Gesamtzahl der Bevölkerung gering ist. Als weiteres Kriterium drängt sich die Abwägung der anfallenden Kosten gegenüber anderen prioritären Aufgaben des Staates auf. Hier ginge es also um Verteilungsgerechtigkeit auf der Makroebene.

Wichtiger als diese Bedenken ist jedoch eine grundsätzliche Überlegung: Die in irgendeinem Modus auf Gegenseitigkeit ausgerichteten Allokationsmodelle zielen *de facto* auf Auszeichnung nur eines Teils der Gerechtigkeitsgemeinschaft. Sie stehen damit grundsätzlich in Spannung zu vorgeordneten, auch verfassungsrechtlich geschützten Ansprüchen ausnahmslos aller Angehöriger einer Rechtsgemeinschaft. Diese Ansprüche gründen im obersten Wert des ganzen Rechtssystems, für die Schweiz explizit in der Menschenwürde nach Art. 7 BV und deren ersten Konkretisierungen im Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie in der Garantie des Rechts auf Leben und auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 1 und 8 BV). So gesehen, konstituieren sie einen «derivativen Teilhabeanspruch an den vorhandenen Transplantationskapazitäten», insbesondere an den für die Transplantation verfügbaren geeigneten Organen. Es handelt sich hierbei um einen grundrechtlichen bzw. verfassungsmässig verankerten Teilhabeanspruch (vgl. Gutmann 2003, 259). Weil die drei im Folgenden diskutierten Modelle in unzulässiger Weise in die Grundrechte und -freiheiten einer quantitativ unbestimmten, im Prinzip jedoch weit überwiegenden Mehrheit von Bürgern eingreifen, sind sie im Blick auf die Gerechtigkeitsintuitionen, auf denen ein liberaler und demokratischer Rechts- und Sozialstaat wie die Schweiz aufbaut, wenn überhaupt, dann im besten Fall an letzter Stelle als Entscheidungsinstrumente heranzuziehen.

---

<sup>36</sup> Für eine differenzierte Erörterung der im Folgenden besprochenen Modelle, insbesondere der mit diesen verbundenen Schwierigkeiten, vgl. neben Gutmann / Land 2000, 102-104, auch Schott 2001, 345-354.

#### 4.2.3.1 Zum Clubmodell als Allokationshilfe

Auf den Punkt gebracht, plädiert das Clubmodell für die Bildung von privaten Vereinen, in denen sich Spendewillige zusammenfinden, um im Falle eines konkreten Transplantationsbedarfs sich gegenseitig bevorzugt zu helfen. Im Prinzip fällt als Empfänger nur in Betracht, wer sich, noch bevor er eines Spenderorgans bedürftig wurde oder um eine entsprechende Wahrscheinlichkeit wusste, als potentieller Spender eingeschrieben hatte (Kliemt 1993; Gutmann / Land 2000, 102 f.). Zwar kann das Modell einschliessen, dass ein verfügbares Organ, fehlt ein Abnehmer im Clubverband, der Allgemeinheit überlassen wird. Doch je grösser die Anzahl der Clubs und je zahlreicher ihre Mitglieder, umso unwahrscheinlicher wird dieser Fall. – Wirkt das Modell auf den ersten Blick plausibel, zeigt sich bei angemessen komplexer Betrachtung, dass es Gerechtigkeitsaspekte in schwer wiegender Weise verletzt. Als Muster für die weitere Diskussion dient es hier in der Form, in der es Hartmut Kliemt verteidigt (2002; vgl. 1993); präzise und klar entfaltet, empfiehlt sich diese Präsentation für eine kritische Prüfung.

Auf die *ökonomische* Fundierung des Gedankengangs bei Kliemt sei nur kurz eingegangen – in erster Linie um die Behauptung mitzutragen (und damit einer Diffamierung von «Ethikern» entgegen zu treten), ökonomischen Überlegungen fehle es nicht an ethischer Relevanz (ebd., 1).<sup>37</sup> Sie laufen andererseits Gefahr, ethische Komplexität ungebührlich zu reduzieren und darum unreife Lösungen zu portieren. So wird man zustimmen, dass es auch im Transplantationswesen sinnvoll, ja angesichts der knappen einschlägigen Güter ethisch geboten ist, die Opportunitätskosten nicht über den Wert jener Alternative wachsen zu lassen, die man realisiert. Diese allgemeine Regel ist aber noch wenig hilfreich, denn sie lässt offen, welche Gerechtigkeitsaspekte man berücksichtigt und wie hoch man diese jeweils veranschlagt. So mag es ökonomisch richtig sein, bei einem Allokationsentscheid mit dem Blick auf die beste Gewebeverträglichkeit dem Prinzip der Nutzenmaximierung Vorrang vor dem Kriterium der Wartezeit zu geben (ebd., 6), doch bleiben dabei die Aspekte der medizinischen Dringlichkeit und der Chancengleichheit (etwa bei Patienten

---

<sup>37</sup> Im Gegenteil, mit dem Genfer Ökonomen Beat Bürgenmeier (1992, 1996, 1999) lässt sich zeigen, wie alle ökonomischen Theorien ethisch imprägniert sind und die ihnen folgende Praxis von Moral durchdrungen ist.

mit seltenen Gewebemerkmale) unbeachtet. – Oder: Die notorischen Argumente, mit denen für dezentrale Allokationskompetenzen geworben wird, bauen auf ein in der ökonomischen Theorie gängiges anthropologisches Konstrukt – auf das Modell des individuellen rationalen Egoisten –, dessen Angemessenheit in anderen Lebensbereichen zumindest fragwürdig ist.<sup>38</sup>

Von diesem Modell aus mag man in der Tat erwarten, dass der Eifer von Transplantationszentren, Organe zu beschaffen, sinkt, fällt das Verfügungsrecht nicht länger ihnen, sondern einer zentralen Stelle zu. Dem stehen indessen drei Einwände entgegen:

- Erstens verletzt ein derartiges Verhalten krass die ärztliche Ethik, die verlangt, *alles* zu tun, um Kranken zu helfen. Man darf also erwarten, dass die sittliche Pflicht obsiegt. Hier besteht kein Anlass, «dem zentralen ökonomischen Prinzip des «economizing on virtue»» (ebd., 11) zu folgen.
- Zweitens stammen zwar viele, nicht jedoch alle Organe aus den Transplantationszentren (Swiss Transplant 2002 a, 9). Betrachtet man die an Zahl geringen Lieferungen von Organen aus anderen Spitälern, scheint es erfolgversprechender, sich dort um spendenfördernde Massnahmen zu bemühen.
- Drittens falsifizieren, jedenfalls bis ins Jahr 2001, die Spitäler im Kanton Tessin die generelle Annahme: Hier ist die Spendenquote am höchsten, wobei kein einziges dieser Spitäler Transplantationen vornimmt.<sup>39</sup>

Die für das Clubmodell ins Feld geführten Argumente fussen auf drei aus der Menschenwürde als höchstem Wert fliessenden, also starken Prinzipien: Autonomie, Schutz der Persönlichkeit, Wohlwollen. Dazu stösst die liberale Regel, der Staat, subsidiäre Institution, solle sich dort nicht einmischen, wo private Initiative, insbesondere die vertragliche Regelung von gerechtigkeitsrelevanten Beziehungen, anstehende Probleme besser oder zumindest befriedigend löse.

---

<sup>38</sup> Zur Diskussion vgl. Sitter-Liver und Caroni (Hrsg.) 1998, Der Mensch – ein Egoist?...

<sup>39</sup> In ihrer Ablehnung einer Beschränkung der Anzahl Transplantationszentren mutmasst Swiss Transplant, Spitäler könnten «keine Organe mehr beschaffen, wenn sie diese nicht mehr für eigene Patienten nutzen» dürfen. Swiss Transplant spricht aber an eben dieser Stelle vom «Gegenbeweis», den «hier allerdings der Kanton Tessin» liefert (2002 b, 10).

Aus der Sicht des Prinzips des Wohlwollens, welches Institutionen ebenso verpflichtet wie Private, sind privatrechtliche Verträge, die beiden Partnern Vorteile bringen, nicht nur zu gestatten, sondern gar zu fördern. Das Clubmodell basiert auf derartigen Verträgen. An zwei Bedingungen sind sie zu knüpfen: Die Autonomie der Partner muss gewährleistet bleiben, und Abmachungen dürfen Dritte nicht schädigen (Kliemt 2002, 8 f.). Diesem abstrakten Ausgangspunkt wird man zustimmen, im Blick auf das Transplantationswesen jedoch Folgendes bedenken: Zwar trifft zu, dass, wird das Autonomieprinzip akzeptiert, man sich nicht gegen bedarfsorientierte Willenserklärungen wenden darf (ebd., 12). Doch das *Prinzip der Autonomie* verwirklicht sich stets nur in konkreten Handlungsfeldern. Für den Einzelnen erstreckt es sich so weit und greift so tief, wie dessen *Handlungskompetenz* reicht. Diese ist im Transplantationswesen stark beschränkt: Damit private Verträge sinnvoll, ja überhaupt realisierbar werden, bedarf es massiver Vorleistungen seitens der öffentlichen Hand, also der Gerechtigkeitsgemeinschaft insgesamt. Man denke an die Finanzierung von Spitälern, deren Ausrüstung, Personal, aber auch an die durch die Allgemeinheit getragenen Kosten für die Ausbildung (vgl. Gutmann / Land 2000, 103). Natürlich beteiligen sich auch die Vertragswilligen als Steuerzahlende an der Kostendeckung, doch immer nur zu einem vergleichsweise geringen Teil. Die Berufung auf individuelle Autonomie findet mithin Grenzen in öffentlichen Vorleistungen und entsprechend gerechtfertigten Interessen.

Das Gemeinwesen muss der privat vorteilhaften Nutzung öffentlicher Güter widerstehen, wenn diese wegen ihrer Knappheit nach allgemeinen Gerechtigkeitskriterien zu verteilen sind. Das gilt jedenfalls dort, wo, wie im Transplantationswesen, jegliches Verfügen nur dank den eben angesprochenen *Vorleistungen der ganzen Gerechtigkeitsgemeinschaft* möglich wird. Verfügung über knappe Organe in privaten Clubs ist mit diesen sozialetischen Überlegungen nicht verträglich. Persönliche Intentionen, etwa eine erklärte Spendebereitschaft, sind ohne Zweifel verdienstvoll, doch nicht generell und jedenfalls nicht mit Vorrang zuteilungsrelevant.

Ein gerechtigkeits-theoretisch nicht minder beachtlicher Einwand entzieht dem Clubmodell gänzlich den Boden. Andreas Brenner hat ihn, im Anschluss an John Rawls' Gerechtigkeits-theorie, formuliert um zu zeigen, dass Gerechtigkeits- gegenüber utilitaristischen Abwägungen den Vorrang verdienen (2001 a, bes. 142-144; 2003, 142 f.): Auch eine

Organspende mit rassistischer Auflage («Whites only») lässt die Warteliste schrumpfen, verbessert also die Position jener, die am Schlusse stehen. Doch bevorzugt sie einen Angehörigen einer definierten Klasse von Bedürftigen, ohne zu prüfen, ob nicht einer bedürftigeren Person zuerst zu helfen wäre. Sie arbeitet mit einer unstatthafter primären Diskriminierung. Die Zuweisung verletzt das zweite von Rawls statuierte – und in einer Transplantationsethik im Allgemeinen akzeptierte – Gerechtigkeitsprinzip: die Vorschrift, Distributionsregeln so zu fassen, dass sie primär dem am schlechtesten Gestellten zugute kommen: «Dieser Mensch, er ist nicht fiktiv, sondern real, ist derjenige, dem ein Schaden zugefügt wird [...] Das bedingte Spendeorgan zu akzeptieren ist gut für alle potentiellen Empfänger, mit Ausnahme desjenigen», dem aufgrund der Gerechtigkeitsregel Vorrang zukäme (ebd., 142 f. bzw. 143). Die bedingte Zuteilung steht im Widerspruch zum alle ärztliche Tätigkeit an vorderster Stelle leitenden ethischen Grundsatz, nicht zu schädigen (vgl. auch Blankart 2001, 21, Anm. 26).

Die Allokationsregel, wie sie das Clubmodell stipuliert, ist zwar nicht rassistisch, dennoch im Grundsatz nicht anders zu beurteilen Sie setzt persönliches Interesse sowohl über medizinische als auch über Gerechtigkeitsabwägungen; sie tut es überdies auf unfaire Weise, weil das Modell, wir haben es gesehen, sich nur dank Vorleistungen der Allgemeinheit, mithin aus dem Zusammenwirken aller Einzelnen realisieren lässt – einer Allgemeinheit, die einseitig die Lasten für das Modell zu tragen hat.<sup>40</sup>

Kliemt macht geltend, wir hätten beim Entwurf allgemeiner Regeln zunächst davon auszugehen, dass wir vernünftige, entscheidungsfähige und also auch verantwortliche Personen sind. Die erforderliche umfassende Information vorausgesetzt, wüssten wir darum, dass wir erstens ausserhalb eines Clubs im Bedarfsfall prinzipiell nachrangig bedient würden; zweitens dass wir mit fehlender Spendewilligkeit nichts zur Entschärfung des Organmangels beitragen. Als autonome Wesen nähmen wir die mit unserer Entscheidung verbundenen Nachteile bewusst in Kauf. Dieses schlüssig anmutende Argument hat mehr als einen, vor allem jedoch den folgenden Haken: Die Spendeerklärung setzt voraus, dass wir das Hirntodkonzept als Todeskriterium akzeptieren. Kliemts Argument ist also mit einer weltanschaulichen Hypothek belastet. Gerade

---

<sup>40</sup> «Die Frage der Zuteilung lebensrettender Ressourcen... völlig von der Vorstellung moralischer Solidaritätspflichten gegenüber Leidenden und Sterbenden abzukoppeln, ist kaum anders als zynisch zu nennen.» (Gutmann / Land 2000, 103).

das von ihm hoch gehaltene Prinzip der Autonomie – auch des Persönlichkeitsschutzes und der damit verbundenen Freiheiten – entzieht seinem Argument den festen Boden. Der Versuch, aus dem Solidaritätsgedanken, verbunden mit einer Güterabwägung, eine moralische Pflicht zur erklärten Spendebereitschaft herzuleiten, ist darum grundsätzlich abzuweisen (gegen Birnbacher 2000, 293 f.). Die liberale politische Gemeinschaft darf nicht zulassen, dass über Lebenschancen entscheidende Regeln und Einrichtungen entstehen, die einen Teil ihrer Mitglieder aus weltanschaulichen Gründen diskriminieren und schädigen (hierzu überzeugend B 80 f.). Das wäre offensichtlich unbillig. Auf der Suche nach Gerechtigkeit erweisen sich die Opportunitätskosten des Clubmodells als zu hoch.

Auch wenn man dieses Modell verwirft, bleibt doch der Grundgedanke, ein deklariertes Wille zur Spende sei zu honorieren, prüfenswert. Kliemt trägt ein Argument vor, das nicht nur plausibel klingt, sondern im Lichte der Billigkeit als der besseren Gerechtigkeit überzeugt: Gibt es zwischen zwei Personen, die gleichzeitig einer Transplantation eines zur Zeit nur in einem Exemplar verfügbaren Organs bedürfen, keinen medizinisch und auf den ersten Blick auch keinen ethisch relevanten Unterschied mehr; hätte hingegen die eine von beiden früher schon ihre Spendebereitschaft dokumentiert, die andere aus Fahrlässigkeit oder Nachlässigkeit eine entsprechende Erklärung unterlassen; dann wäre es in der Tat unbillig, dieser zweiten Person das Organ zu überlassen (ebd., 12). Das Argument der Fairness spricht eindeutig dagegen.

Wir sehen von den Schwierigkeiten, Fahrlässigkeit oder Nachlässigkeit (z.B. rechtzeitig) zu belegen, ab, um einfach festzuhalten, dass das Kriterium der Spendebereitschaft nicht in Bausch und Bogen verworfen werden sollte. Auch wenn der Fall nur selten eintreffen mag, kann es doch hilfreich sein, ohne im Übrigen die Rechtssicherheit zu gefährden. Es gestattet, die unerwünschte Notwendigkeit, den Zufall herrschen zu lassen, ein letztes Mal hinauszuschieben.

#### 4.2.3.2 Darf der Staat ein Motivationsmodell einführen?

Für das Motivationsmodell (vgl. z.B. B 79) spricht, dass es auf dem Fairnessgedanken fusst: Nutzen aus einem gemeinschaftlich alimentierten Organpool soll in erster Linie ziehen, wer die Last, verbunden mit der Schaffung und Vergrößerung dieses Pools, auch mitträgt. Soll das Modell sich vom Clubmodell wesentlich unterscheiden, muss es generalisiert, als staatliche

Institution, also gesetzlich verankert vorgestellt werden. Zu prüfen ist, ob diese Vorkehrung im Gerechtigkeitsraum der Schweiz und überhaupt ethisch tragbar ist.

Mit dem Reiz auf den ersten Blick teilt das Modell zwei der Schwächen, die dazu führten, das Clubmodell zu verwerfen. Sie brauchen nicht wiederholt zu werden. Was allerdings erschwerend dazu kommt, ist der Umstand, dass gerechtigkeitswidrige Vorkehren vom Staat als einer der Gerechtigkeit zwingend verpflichteten Institution ins Werk gesetzt werden. Der Staat kann sich diesen pragmatischen Widerspruch nicht leisten, ohne das Vertrauen seiner Bürgerinnen und Bürger in Rechtlichkeit und Rechtssicherheit zu untergraben. Rechtsethisch betrachtet, disqualifiziert sich das Modell also vorweg.

Dem Argument der Gleichbehandlung, als Einwand gegen die angestellten Überlegungen vorgetragen, mangelt Überzeugungskraft. Zwar ist richtig, dass es immer einschliesst, *wesentliche* Ungleichheiten seien zu beachten und durch entsprechende Ungleichbehandlung zu honorieren. Der springende Punkt liegt in der verlangten Eigenschaft «wesentlich»: Wo es um Leben oder Tod geht, verliert die Berücksichtigung guter Absichten ihr Gewicht.<sup>41</sup>

Eine Allokation von Anfang an auf das Vorhandensein guter Absichten zu stützen, widerspricht dem auch ethisch sanktionierten Gebot der Verhältnismässigkeit. Genau dies, die Missachtung der Verhältnismässigkeit, würde aber vorgesehen. Denn eine – von der Sache her unerlässliche – zentrale Warteliste teilt vorweg die Wartenden in zwei Klassen ein: in Transplantationsbedürftige mit und solche ohne Einwilligung zur Organspende. Sofern die Bedürfnisse der Mitglieder der ersten Klasse in jedem Fall vorweg befriedigt werden sollen, müssen Aspekte etwa der Dringlichkeit in der zweiten Klasse vernachlässigt werden. Das Nothilfegebot würde verletzt, ebenso die Forderung der Billigkeit, welche über die – im Übrigen

---

<sup>41</sup> «Es ist daran festzuhalten, dass die Zuteilung existenznotwendiger Güter für Reziprozitätserwägungen prinzipiell gesperrt ist» (Schott 2001, 354). Grundansprüche – auf Nothilfe überhaupt, auf Gewährleistung der minimalen Bedingungen zur Entfaltung individueller Autonomie – gehen in jedem Falle vor.

ebenfalls von einer Weltanschauung abhängige – Berücksichtigung guter Absichten hinaus führte, zur besseren, weil ganz der Humanität verschriebenen Gerechtigkeit eben.<sup>42</sup>

Wir leben in einem zivilisatorischen Feld, in welchem die naturwissenschaftlich begründete Weltsicht als bevorzugtes, ja als Hort von Wissen schlechthin gilt. Dies ungeachtet der wissenschaftstheoretischen Erkenntnisse, die längst die kulturelle Prägung auch jener Einsichten nachgewiesen haben. Es ist deshalb nicht überflüssig, auf Voraussetzungen und Konsequenzen der Motivationslösung hinzuweisen, die es einem liberalen Rechtsstaat verbieten, diese Lösung verbindlich zu institutionalisieren.

Im «Hinblick auf Organtransplantationen» schuf die SAMW ihre «Richtlinien zur Definition und Feststellung des Todes» (1983, rev. 1996). Die klare Zwecksetzung macht deutlich, dass das ursprünglich führende Anliegen, moralische Sicherheit im Umgang mit irreversibel komatösen Patienten zu suchen, heute von geringerer Bedeutung ist. Vielmehr steht die Gewinnung von Organen im Vordergrund, und dazu bedarf es umsichtiger und sorgfältiger Festlegung der Bedingungen, die erfüllt sein müssen, um einem *im Sterben begriffenen* Menschen Organe entnehmen zu dürfen. Mit Bedacht wird hier nicht vom *toten* Menschen gesprochen. Der sogenannte Hirntod lässt sich nur unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Tode schlechthin gleichsetzen – mit Voraussetzungen, welche den Tod mit naturwissenschaftlichen Mitteln eindeutig beschreibbar machen, eben dadurch als kulturell zu relativieren sind und der Konkurrenz anderer Todesauffassungen offen stehen (Roelcke 2001; Hoffmann 2001).

Zwar ist vorstellbar, dass jemand seine Organe für die Transplantation zur Verfügung stellt und gleichzeitig das Hirntodkonzept verwirft (vgl. Blankart 2002, 37). Transplantationsmedizinisch sind indes Menschen, die aufgrund des endgültigen Versagens von Herz und Kreislauf als tot bezeichnet werden, weniger erwünscht; es wäre kaum aufrichtig und der laufenden Diskussion wenig angemessen, wollte man unterstellen, die Motivationslösungsziele nicht primär auf Menschen, die sich für Explantation nach diagnostiziertem Hirntod zur Verfügung halten. Man mag der damit einhergehenden wissenschaftstheoretischen, anthropologischen und

---

<sup>42</sup> Zur Humanität als der intervenierenden Solidarität mit den Schwachen und Hilflosen, die sich auch der Barmherzigkeit und dem Mitleid verbindet, vgl., für viele, Teutsch 1987, bes. 91 f.

weltanschaulichen Position zustimmen, *universal gilt sie darum nicht*. Sie kann niemandem aufgezwungen werden; dem steht das in der Menschenwürde verankerte Prinzip der Autonomie entgegen. Es ist darum sozial- und rechtsethisch richtig, wenn die Botschaft zum Transplantatongesetz festhält, der liberale Staat dürfe nicht eine bestimmte weltanschaulich konnotierte Haltung privilegieren, bzw. andere Haltungen sekundär<sup>43</sup> diskriminieren, er müsse «auch eine entgegengesetzte Haltung respektieren». Dies gebieten sowohl der «von der Bundesverfassung vorgeschriebene Schutz der Persönlichkeit sowie das Rechtsgleichheitsgebot» (B 80 f.).

Im allgemein ethischen Diskurs bleibt zwar der unmittelbare Rückgriff auf eine konkrete Verfassung verwehrt. Er ist aber auch nicht nötig. Das ethische Prinzip der Autonomie, d.h. hier der Gleichberechtigung unterschiedlicher weltanschaulich relevanter Positionen, steht der Berücksichtigung dieser Ungleichheiten entgegen: Sie sind im Blick auf die zu verhandelnde Sache nicht wesentlich.

Das trifft auch zu für jene Mitglieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft, die weder das Hirntodkriterium akzeptieren noch der Explantation von Organen nach endgültigem Versagen von Herz und Kreislauf zustimmen. Diesem Umstand kommt in plurikulturellen Gemeinschaften, in denen wir leben, besonderes Gewicht zu. Hirntod, möglicherweise gar das Transplantationskonzept sind *Errungenschaften in der europäischen Kulturgeschichte*. Eben darum aber darf ihre universale Anerkennung nicht vorausgesetzt, schon gar nicht durch konkrete staatliche Regelungen als Grundlage für Sonderrechte institutionalisiert werden. Der Fairnessgedanke stösst hier an seine Grenzen. Er trägt nur, soweit die Glieder einer Gerechtigkeitsgemeinschaft sich gleich sind. Gleichheit aber ist nur auf grundsätzlicher Ebene ein universales Prinzip und nur in grundsätzlichen Handlungen ausnahmslos anzuerkennen und zu gewährleisten. In Einzelbereichen kulturellen Daseins ist sie nicht zwingend gegeben, und aus *prinzipieller* Achtung für Gleichheit bleibt *konkrete* Ungleichheit zu respektieren.

---

<sup>43</sup> Geht man davon aus, dass das Hirntodkonzept aus *religiöser* Überzeugung abgelehnt wird, handelt es sich hier nicht bloss um eine sekundäre, vielmehr um eine primäre, also grundsätzlich verpönte Diskriminierung.

So ergibt sich denn das *Fazit* ganz zwanglos: Dem liberalen Staat ist es aus starken ethischen Gründen verwehrt, ein Motivationsmodell einzuführen.

#### 4.2.3.3 Zum Konzept der qualifizierten Warteliste

Der Vorschlag, die individuelle Spendebereitschaft als Massnahme rechtlich geschützter Vorsorge zu betrachten und ihr bei der Ausgestaltung der Warteliste Rechnung zu tragen, setzt die Berücksichtigung der guten Absicht als Allokationskriterium am umsichtigsten und zugleich zurückhaltendsten ins Werk. Auf den Punkt gebracht, sieht das Modell vor, jenen, die sich rechtzeitig zur allfälligen Spende bereit erklären, einen *relativen* Vorzug vor anderen Transplantationsbedürftigen einzuräumen. Sind keine vordringlicheren Fälle zu bedienen, bestimmt die Position auf der Warteliste die individuelle Prioritätsstufe. Diese bemisst sich nach dem Zeitpunkt, zu welchem eine Spendeerklärung erfolgte (Blankart 2000 und 2002).

Das Konzept verdient besondere Aufmerksamkeit. Um Missverständnissen vorzubeugen, empfehlen sich einige Klärungen:

- Der Wille zur Spende soll honoriert werden, *begründet jedoch keinen absoluten Vorrang*. Medizinische Kriterien, darunter jenes der Dringlichkeit, gehen vor: Der Bedürftige wird nicht generell bestraft, wenn er keine frühere Einwilligung zum Organspenden vorweisen kann (Blankart 2000, 5; 2002, 16, 27, 29, 48, 58).
- Ebenso wenig werden Personen systematisch benachteiligt, wenn sie, aus welchen Gründen immer, keine rechtsverbindliche Spendeerklärung abgeben können (z.B. Kinder, geistig Behinderte; ebd., 49).
- Entscheidungsfreiheit, also *persönliche Autonomie, bleibt gewahrt*: Der Austritt aus der Gruppe der sich zur Spende formell Verpflichtenden steht offen (ebd., 22).
- Die weltanschaulichen – und damit für den Persönlichkeitsschutz bedeutsamen – Probleme, die sich mit dem Hirntodkonzept verknüpfen, werden umgangen: *Die Freiheit der Erklärungswilligen erstreckt sich auf die Wahl des Todeskriteriums* (ebd., 37).

Trotz dieser Vorzüge wird man dem Vorschlag nur in engen Grenzen entgegenkommen können. Das ist zu zeigen. Vorweg sei darauf hingewiesen, dass er sich mit einer unnötigen Hypothek beschwert: Er stützt sich auf die Annahme, nicht der Staat könne in erster Linie über

Spendeorgane verfügen, denn diese gehörten ihm nicht (z.B. 2002, 51). Nicht unterschieden wird hier zwischen Eigentumsrecht und Verfügungsrecht. Wir haben indessen gesehen, warum, von Lebendspenden und ethisch zulässigen Widmungen abgesehen, das Verfügungsrecht über sämtliche Organe dem Staate zufällt.

Ein weiteres Bedenken betrifft den *unverhältnismässigen administrativen Aufwand*, der sich mit der Umsetzung des Konzepts verbindet (vgl. Blankart 2000, 6). Die Transplantationsmedizin ist für Betroffene und mit ihr Befasste ohne Zweifel von grosser Bedeutung, beschlägt jedoch bloss einen geringen Teil des Gesundheitswesens und fällt noch weniger ins Gewicht, misst man sie an den Staatsaufgaben insgesamt. Zum ungünstigen Verdikt über die Verhältnismässigkeit führt weiter der Versuch, den Aufwand für öffentliche Informationstätigkeit abzuschätzen, der gerechterweise betrieben werden müsste, wollte man das System in unserem Gerechtigkeitsraum einrichten.<sup>44</sup> Nicht nur gälte es, unterschiedlich aufnahmefähige Personen der autochthonen Bevölkerung zu belehren; es müssten hunderttausende Angehörige anderer Kulturen und Sprachen umfassend unterrichtet werden. Denn gehören sie zu den Bewohnern dieses Landes, stünde ihnen das gleiche Recht auf Gesundheitsversorgung wie allen andern zu, und sie müssten über Mittel und Wege, dieses Recht zu verwirklichen, ins Bild gesetzt werden.

Der Aspekt der Verhältnismässigkeit drängt sich umso mehr auf, als die Grundhypothese, welche den Vorschlag in der Form, in der Blankart ihn ausarbeitet, trägt, bezweifelt werden darf: Behauptet wird, die Spendebereitschaft steige, werde sie mit einer Prämie verbunden (dem nur formell gesicherten relativen Vorrecht im Falle eines Organbedarfs). Wiederholen wir, dass auch ohne Vorsorgeprinzip und Prämiensystem die proportionale Spendewilligkeit im Kanton Tessin sich bedeutend gewichtiger ausnimmt als in anderen Teilen unseres Landes (Swiss Transplant 2002 a, 6, 10). Das Verdienst liegt offensichtlich beim Medizinalpersonal und dessen gezielter Ausbildung.

---

<sup>44</sup> Die Einführung eines Spenderausweises oder -registers setzt voraus, dass alle Mitglieder eines Gerechtigkeitsraumes um diese Institutionen wissen. Andernfalls verkäme der Spenderausweis zu einem Mittel primärer Diskriminierung, die, weil gerechtigkeitswidrig, ethisch verboten ist. Vgl. hierzu, im Prinzip zustimmend, auch Blankart 2002, 29, Abs. 2 und 30, Anm. 36.

Eine zweite, den Vorschlag stützende Behauptung geht davon aus, der Organmangel werde sich verschärfen, wenn kein Prämiensystem eingerichtet werde. Das Gewicht eines Prämiensystems zur Behebung des Organmangels wird nicht hoch veranschlagen, wer wahrnimmt, dass der Fortschritt von Forschung, Technik und Erfahrung die Transplantationsmedizin zu einem Routinegeschäft hat werden lassen, auch wenn sie nach wie vor zur Spitzenmedizin zählt. In der Steigerung der Produktivität dürfte ein bedeutender Faktor des Mangels an «Rohstoffen» liegen. Zugegeben, auch dies sind Mutmassungen. Doch wenn man schon mit solchen argumentiert, möge man eine weitere berücksichtigen: Auch dem Vorsorgeprinzip im Transplantationswesen liegt das Versicherungsdenken zu Grunde, also das – durchaus aner kennenswerte – Bestreben des Einzelnen, sich vor Schaden zu bewahren. Dort, wo es um Hilfe an Bedürftige geht, ist jedoch eine andere Haltung vorstellbar (und faktisch oft genug bezeugt): der vom Mitleid oder, zieht man dies vor, vom karitativen Impetus getriebene Wille, ohne Ansehen der Person und von deren möglichen Verdiensten dem Bedürftigen als Bedürftigem zu helfen – und dies seiner- bzw. ihrer wegen, ohne auf eigenen Vorteil zu zielen. Dieser Haltung liefe die Einführung einer qualifizierten Warteliste zuwider. Erneut stellt sich die Frage, ob der liberale Staat hierzu Hand bieten dürfe; sie ist zu verneinen.

Noch ein Bedenken, das im Vorschlag Blankart nicht ausgeräumt wird, erhebt sich angesichts der Tatsache, dass spendende mit zur Spende bereiten Personen in einen Topf geworfen werden (z.B. 2002, 14, 15). Diese Gleichsetzung ist jedoch verfehlt: Die spendende Person gibt in der Tat ihre Organe hin; die spendewillige stellt erst in Aussicht, sie werde dies tun. Honoriert wird im System also die – möglicherweise später modifizierte – Absicht, nicht die effektive Tat. Was abgewogen wird, ist nicht Tat gegen Tat, also nicht Gleichgewichtiges. Zudem fällt beim «normalen» Versterben eine Spende vermutlich dahin. Das Vorsorgesystem beruht im Grunde genommen auf einer Fiktion, die in einen Kategorienfehler mündet.<sup>45</sup> Um «symmetrische» Gegenseitigkeit, wie Becchi unterstellt (2003, 10), kann es sich gar nicht handeln. Es ist sophistisch zu behaupten, demjenigen, der gibt, werde gegeben werden, ohne genauer

---

<sup>45</sup> Der Kategorienfehler ist bereits in einer Leitmetapher bei Blankart angelegt. Sie gibt vor, «Spendewillige und Organbedürftige» könnten nicht «zueinanderfinden». Das können sie in der Tat nicht; denn die spendewillige Person muss zuerst einmal sterben, und zwar auf eine transplantationsmedizinisch günstige Art, bevor ihre Organe weitergegeben werden können. Vgl. Blankart 2002, 8.

hinzusehen, was denn das ist, was da gegeben wird. Ein Bibelzitat (ebd.) hebt diese Pflicht in der Argumentation nicht auf.

Mit dem im Entwurf zum Transplantationsgesetz getroffenen Entschluss, die Position auf der (nicht qualifizierten) Warteliste als Allokationskriterium gleich nach Klärung von medizinischer Dringlichkeit und ebensolchem Nutzen in Anschlag zu bringen, teilt das Konzept Blankart (auch in der Version von Becchi 2003, 10) die Schwäche, dass weitere relevante und möglicherweise vorrangige Gesichtspunkte keine Berücksichtigung finden. Das gilt für den Aspekt des biographischen Alters sowie der unmittelbaren und nicht substituierbaren Verantwortung für Dritte. Nur dass jetzt, im Unterschied zum TPG, der deontologischen Position – der Absichtserklärung bzw. Gesinnung – vor dem teleologischen, folgenorientierten Ansatz Vorrang eingeräumt wird, und zwar ohne Begründung. Je nach Umständen dürfte jedoch existenziell bedeutsame Verantwortung für Dritte die Abwägung gegen eine gute Absicht für sich entscheiden.

Blankart bewehrt seine Position allerdings mit starkem Geschütz. Er macht verfassungsrechtliche Gesichtspunkte geltend, sodann einen Entscheid des Bundesgerichts als der höchsten richterlichen Instanz der Schweiz. Zwar sind positiv-rechtliche und gerichtliche Erwägungen für ethischer Reflexion verpflichtete Bemerkungen nicht unmittelbar relevant.

Gerechtigkeitstheoretisch motiviert, verlangen sie wieder Beachtung. Wir wenden uns ihnen darum kurz zu.

Viel Gewicht legt Blankart auf das verfassungsmässige – ethisch und insbesondere gerechtigkeitstheoretisch gut begründete – Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV). Es ist für die Organallokation unmittelbar von Belang (vgl. Art. 16 TPG und B 2.4.4.2). Allerdings vernachlässigt er die Unterscheidung von primärer und sekundärer Diskriminierung, damit die Möglichkeit verfahrensmässig legitimer Ungleichbehandlung. Wir können uns Differenzierungen allerdings ersparen, weil der Hauptvorwurf nicht trifft: Es ist schlicht irreführend zu behaupten, das TPG verletze «ein fundamentales Persönlichkeitsrecht, über das Schicksal seines toten Körpers bestimmen zu dürfen» (2002, 11). Wir lassen beiseite, dass die generelle Aussage die Wirklichkeit verfehlt, weil immer nur das kurzfristige Schicksal überhaupt gemeint sein kann. Der Körper zerfällt; die Erstreckung von Bestimmung ist begrenzt; wie weit

sie reicht, bleibt im politischen Prozess auszumachen. Die für Gesetz und Rechtsprechung massgebende Perspektive erfasste hauptsächlich das Recht auf würdige Bestattung. Viel wichtiger ist, dass es in unserem Zusammenhang nicht um den Körper schlechthin geht, sondern um Organe als dessen Teile. Nirgends hindert das TPG jemanden daran, seine Organe zum Nutzen Anderer frei zu geben; es verhindert einzig, aus der Bereitschaft dazu ein Vorrecht im krankheitsbedingten Bezug von Organen abzuleiten. Es reiht die Bedürftigkeit Dritter teleologisch vor das deontologische Verdienst einer Absichtserklärung ein. Allenfalls schafft es damit, wenn man will, eine sekundäre, politisch auszutragende Diskriminierung, die freilich mit einer Diskriminierung von zur Spende Bereiten nichts zu tun hat.

Schwieriger scheint es sich mit dem Rückgriff auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1997 zu verhalten (BGE 123 I 118). Er befasst sich mit dem Prinzip bzw. dem Recht der persönlichen Freiheit, welche alle elementaren Freiheiten betrifft, die zur Entfaltung der menschlichen Person unerlässlich sind. Der Gerichtsentscheid präzisiert, die persönliche Freiheit bzw. deren Schutz, auf den Blankart et al. insistieren, erstrecke sich bis zu einem gewissen Ausmass auch auf den Verstorbenen, es handle sich um eine Schutzbestimmung zur Garantierung der Würde des Verstorbenen. Wir lesen, was Blankart et al. zitieren: «Le défunt doit être considéré comme le titulaire prioritaire des droits protégeant sa dépouille contre des atteintes contraires aux mœurs et aux usages.» Der Satz lässt ethische Fragen offen, so die wichtige nach der Bestimmung des Sinns von «dépouille». Der Kontext – und eben diesen lassen Blankart et al. beiseite – macht allerdings deutlich, dass die Verfügung über die Organe des einmal eigenen, jetzt toten Körpers nicht im Blick der höchstrichterlichen Instanz war. Es geht im BGE nicht um die Freiheit, über das Schicksal der einst eigenen Organe nach erlittenem Tod zu verfügen, sondern generell um das Recht der Person, über das Schicksal ihrer sterblichen Hülle, also des Leichnams insgesamt vorbestimmen zu dürfen. Dabei wird insbesondere über die freie Wahl der Bestattungsart nachgedacht (BGE 123 I 117; wichtig auch S. 119). Um eine *Abwehrbestimmung* handelt es sich im Text, nicht um die Zuweisung einer auf Organe bezogenen *Entscheidungskompetenz*.

Geschützt werden soll nicht in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht des ehemals Lebenden, vielmehr die noch fortdauernde, vom Lebenden her stammende Würde des jetzt Toten. Im BGE wird also nichts direkt ausgesagt über den Schutz einer Willenserklärung zu Lebzeiten, sollte

diese ethischen und moralischen Bedenken gegenüber nicht standhalten. Genau dies aber kennzeichnet die gezielte Spende mit dem Zweck der Vorsorge oder der Befriedigung des Eigennutzes, wenn damit potenziell Hilfsbedürftige geschädigt bzw. benachteiligt werden sollten. Man mag die Position von Blankart et al. eng auslegen und daran festhalten, dass ein Vorzug nur dann spruchreif wird, wenn zwei um ein Organ konkurrierende Patienten im Übrigen völlig gleich gestellt sind. Dann freilich ist der Beizug von BGE 123 I 112 gar nicht nötig; es genügt, sich die Frage zu stellen, ob die Spendeabsicht als Verdienst noch honoriert werden sollte, bevor zum Würfel gegriffen wird. Diese Interpretation verträgt sich ohne weiteres mit dem zitierten Entscheid, in dem wir lesen «Toute personne a ainsi le droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort» (vgl. Blankart 2002, 18-82).

Es scheint genug Gründe zu geben, das Konzept der qualifizierten Warteliste gänzlich zu verwerfen. Indessen, dies wäre unbillig. Denn von einem gerechtigkeitsethisch zentralen Gedanken bleibt es getrieben: von der Idee der Fairness, die auf dem Ausgleich von Nutzen und Lasten innerhalb der Gerechtigkeitsgemeinschaft beharrt. Zudem wird das Konzept zum guten Teil mit grosser Umsicht und Sorgfalt vorgetragen. Unter anderem bestätigt es, dass die «Freiheit, über seinen eigenen Körper zu verfügen, [...], dort eine Grenze» findet, «wo die Verwendung gegen die guten Sitten verstossen würde. Dazu gehört auch die Spende an Angehörige bestimmter Rassen und Religionen» (Blankart 2002, 21, Anm. 26). Mit dem unmittelbar anschliessenden Satz kann man sich allerdings nur unter einer engen Bedingung einverstanden erklären. Wir lesen: «Doch gegenseitige Hilfe nach dem Vorsorgeprinzip kann schwerlich gegen die guten Sitten verstossen.» Der *allgemeinen* Aussage, die ja nicht absolut und nicht exklusiv gehalten ist, mag man zustimmen. *Konkret* gewendet und auf die Organallokation bezogen, bleibt sie aber nur dann richtig, wenn sie ein allerletztes Kriterium etabliert, bevor im Falle einer Konkurrenz zwischen zwei Transplantationsanwärtern zum Würfel gegriffen wird. Die persönliche und frühzeitig erklärte Bereitschaft zur Organspende rechtfertigt einen Vorzug; und sie entspricht der Forderung, die moralischen und ethischen Fähigkeiten vernünftiger Menschen auch im Falle der Transplantationsmedizin auszuschöpfen, bevor Zuflucht zum Zufall als *ultima ratio* gesucht wird.

### 4.3. Existenziale Endlichkeit<sup>46</sup>

#### 4.3.1 Endlichkeit

In der biomedizinischen Ethik taucht das Konzept der Endlichkeit noch selten auf.<sup>47</sup> Das ist erstaunlich, denn in unseren Anstrengungen, Begrenzungen menschlichen Daseins, also auch Sterben, ja Sterblichkeit schlechthin zu überwinden, bilden existenziale und faktische Endlichkeit die Voraussetzung.<sup>48</sup> – Vielleicht ist dieses Faktum zu evident, vielleicht hat der privilegierte Glaube an Fortschritt und Machbarkeit den Sinn für Endlichkeit schwinden lassen (vgl. Mieth 2002, 438 f.).

##### 4.3.1.1 Zum Begriff der existenzialen Endlichkeit

Wird der Begriff der Endlichkeit noch selten verwendet, so favorisiert man dagegen verschiedene Formen des wohl ebenfalls existenzial angelegten Unsterblichkeitsstrebens.<sup>49</sup> Umso mehr bedarf er darum einer kurzen Klärung.

---

<sup>46</sup> Vgl. zu diesem Abschnitt Sitter-Liver, 2002.

<sup>47</sup> Als Indikatoren dienen das Lexikon Medizin, Ethik, Recht (MER), 1989; das Handbuch der christlichen Ethik (HCE), 1978-1982: Das Stichwort «Endlichkeit» sucht man in den Indices vergeblich. Im Text stoßen wir aber auf «Sterben in der technischen Welt» (HCE 396) und «Bestimmung zum Tod» (HCE 488 u.ö.) sowie «Einstellung zum Tod», «Tod», «Sterben» (MER 175 ff.). Das Lexikon der Bioethik, 1998, greift hingegen den Terminus auf, referiert auch M. Heidegger, all dies jedoch unter den Stichwörtern «Sterbebeistand/ Sterbebegleitung» und «Sterbehilfe». Das Fazit: Die Reflexion auf praktische Konsequenzen existenzialer Endlichkeit für biomedizinische Ethik und Praxis ist auch hier kein Thema. Für weitere Nachweise vgl. Sitter-Liver 2002, 209, Anm. 5.

<sup>48</sup> Der Ausdruck «existenzial» spricht unsere ontologische Verfassung an, bezeichnet, anders ausgedrückt, eine anthropologische Konstante. Er wird hier in Anlehnung an Martin Heideggers Existenzialanalyse in «Sein und Zeit» (1963) verwendet. Im Unterschied zu «existenzial» bezeichnet «existenziell» die konkrete Verfasstheit eines Individuums in einer geschichtlich-einmaligen Situation.

<sup>49</sup> Für viele: Rapp 1978, 189 f. (Säkularisierung – Fortschrittsglaube – Erlösungswunsch); Mutschler 1998/99, 52 ff., bes. Anm. 9, 62 f. (Unendlichkeits- und Unsterblichkeitsstreben in Technik und Naturwissenschaft).

«Existenziale Endlichkeit» verweist auf die persönliche Endlichkeit menschlicher Existenz. Der Tod ist nicht einfach etwas, was den Menschen unglücklicherweise einmal zustößt. Deren Sein ist vielmehr Sein hin zum eigenen Ende (Heidegger 1963, §§ 49-53). Der Tod ist das Siegel unserer Endlichkeit. Die verschiedenen Wege im Streben nach Unsterblichkeit, die länger schon, doch insbesondere heute propagiert werden, vermögen die ontologische Verfassung menschlicher Existenz zwar zu verschleiern, nicht jedoch zu umgehen. Sie entsprechen der hartnäckigen Zurückweisung der Auseinandersetzung mit dem eigenen oder dem Tod eines anderen.

Diese (hier nur grob umrissene) existenziale Bedeutung bleibt massgebend, wenn im Folgenden der Terminus «Endlichkeit» verwendet wird. Grenzen intellektueller Kraft und moralischer Kompetenz, limitierte Willensstärke, Empathie und Sympathie und anderes mehr gründen in dieser existenzialen Verfassung menschlichen Daseins, lassen sich darum nicht ein für allemal überwinden. Das heisst nicht, dass man sich nicht mit ihnen auseinandersetzen sollte, auch im Bestreben, sie auszuweiten, insbesondere im Bemühen um moralische Verständigung und diskursive ethische Reflexion. Dann erst schöpfen wir mögliche Authentizität und wahre Autonomie aus, wenn wir, von wichtigen Gründen getrieben, darum ringen, Kontroversen und Spannungen zu überwinden, ohne dabei zu vergessen, dass unsere Einsichten endlich, Lösungen also vorläufig und immer offen für Veränderung bleiben. Endlichkeit fungiert hier als Quelle von Freiheit, die nicht geschenkt wird, sondern ergriffen werden muss. Einsichten und Lösungen sind Stufen einer Treppe zu vergleichen, die wir begehen können und die erst im Tode endet.

Analysieren wir die praktischen Konsequenzen existenzialer wie existentieller Endlichkeit, lassen sich Kriterien gewinnen, die uns in die Lage versetzen, uns über moralische Dilemmata zu verständigen, denen wir in der biomedizinischen Praxis und darum auch in der Transplantationsmedizin begegnen.

#### 4.3.1.2. Grenzen der Pflicht zu helfen und zu heilen

Die Pflicht, Menschen in Notlagen zu helfen, Krankheit zu heilen und Leiden zu tilgen, ist von Beginn weg Herzstück der medizinischen Ethik. Diese Verpflichtung ist kostbar, kann aber auch missbraucht werden. Wird sie absolut gesetzt, läuft sie Gefahr, zur Absurdität zu verkommen. Besinnung auf existenziale Endlichkeit kann ihren verfehlten Einsatz korrigieren und erkenntlich

machen, dass auch das ärztliche Gelübde zu heilen seine Grenzen hat. In der Auseinandersetzung mit kritischen Situationen wird erfahrbar, wie weit das Prinzip des Helfens und Heilens sich sinnvollerweise erstreckt. Das gilt zwar nicht erst, doch in besonderer Weise heute; denn ärztliches Wissen und Können hat längst das Gebot, für die Hilfesuchenden alles zu unternehmen, was *möglich* ist, zur Maxime gewandelt, alles zu tun, was nach sorgfältiger Abwägung noch als *sinnvoll* erscheint.<sup>50</sup> Der Arzt muss hier «das Recht auf Leben gegen ein Recht zu sterben abwägen» (Schara 1998, 571).

Dies hat Auswirkungen für die bisweilen undifferenzierte Berufung auf den Hippokratischen Eid, welcher zuweilen dazu herhalten muss, beliebige Massnahmen in Forschung und Klinik ethisch zu legitimieren. Wenn existenziale Endlichkeit ernst genommen wird, verpflichtet dies die verschiedenen Akteure, die Ziele und Intentionen, welche ihre Handlungen leiten, genau zu analysieren und zu bewerten. Nur wenn sich diese Ziele auch unter der Perspektive der Endlichkeit als vernünftig erweisen, können sie ethisch befriedigen. Endlichkeit, wird sie zu einem praktischen Prinzip gemacht, reicht uns ein Gegenmittel gegen die normative Kraft der Routine, der Ambition und gegen fehlgeleiteten medizinischen Paternalismus. Wir dürfen erwarten, dass sie es vermag, als dilemmatisch wahrgenommene Situationen in faktischen oder reflexiv entworfenen Prozessen zu entschärfen und plausible Auswege zu weisen. Dies gerade auch auf dem Felde der Transplantationsmedizin mit seinen zahlreichen normativ aufgeladenen Stolpersteinen.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. für viele: Lexikon Medizin, Ethik, Recht 1989, V; einprägsam Holderegger 1995, 286-290.

<sup>51</sup> Vgl. zur Problematik auch Henne-Bruns 2000, 44 f. - Eindrücklich Demmer: Der Tod ist, «wie chiffriert auch immer, der stille Herrscher über die Zeit, er hält alle Fäden in der Hand. In Augenblicken der Krankheit macht jedermann die Erfahrung, wie er sich selbst genommen wird, im Tod gipfelt sie sich endgültig auf. Der Sterbende gibt sich selbst aus der Hand, und dazu bedarf es einer lebenslangen Einübung; die «ars vivendi» entpuppt sich unter der Hand als eine «ars moriendi». Wachheit des Geistes ist also verlangt, eine Wahrnehmungskompetenz für diese letzte, aber alles Zeitliche durchdringende Herausforderung. So kann es auch gar nicht anders sein, dass sittliches Handeln an dieser Grundspannung Mass nehmen muss. Gebote und Verbote sind auf diesen Fluchtpunkt hin transparent, sie erfüllen nichts anderes als eine Dienstfunktion; sie erinnern an das, was in den Grenzsituationen von Krankheit und Leid aller Art, wiewohl nur im Vorübergang, vorweggenommen wird. So gesehen ist der Anspruch des Sittlichen von Barmherzigkeit und Milde gezeichnet; er bedeckt mit einem gnädigen Schleier, was über die Länge und Breite des Lebens zur unerträglichen Last ausschlagen würde» (2003, 230 f.).

#### 4.3.2 Brauchen wir mehr Organe?

Was sucht die Frage, ob wir mehr Organe benötigen, ob wir darum die Spendebereitschaft in unserer Gesellschaft fördern müssen, in einer Studie zur Gerechtigkeit der Organallokation? - Eine erste Antwort ist rasch zur Hand: Das Problem der Gerechtigkeit bei der Verteilung knapper existenzieller Güter entschärft sich, geht die Nachfrage nach solchen Gütern zurück. Reduziert sie sich in erheblichem Ausmass oder wird sie still, verschwindet das Problem.

Die Nachfrage ist von wissenschaftlich-technischem Fortschritt abhängig, mitbestimmt von Erfolgen und Ambitionen praktizierender Ärztinnen und Ärzte, von ihrer Pflicht zu helfen und zu heilen; sie ist abhängig auch von wirtschaftlich motivierten Massnahmen. Zahlreiche Aspekte unserer Kulturgeschichte, darunter Säkularisierung und schwindender Transzendenzbezug, begleitet von der Tendenz, den Tod als absolute – d.h. wörtlich: von allen möglichen Gesichtspunkten losgelöste – Katastrophe aufzufassen, zählen zu den Faktoren. Das komplexe Feld von Einflussgrössen und deren Wechselbeziehungen zu bestimmen sowie historisch und systematisch zu analysieren, ist nicht Sache dieser Studie. Es genügt festzustellen, dass die Entwicklung sich zur Selbstverständlichkeit ausgewachsen hat, Leben sei praktisch um jeden Preis zu retten und zu erhalten. Im Transplantationswesen spiegelt sich diese Selbstverständlichkeit in der Wahl, der Rettung möglichst vieler Leben Vorrang vor jener möglichst vieler Lebensjahre einzuräumen (B 109; Gutmann / Land 2002, 95 f.), von der Beachtung von Lebensqualität und der Funktion individuellen Lebens für abhängige Dritte ganz zu schweigen. In der praktisch-philosophischen Reflexion darf als Spiegel die Konstruktion einer moralischen (nicht schon rechtlichen) Pflicht zur Bereitschaft, seine Organe zu spenden, gelten. Das Argument, das die Forderung stützt, lautet, zusammengefasst, so: Erheblich Leidenden kann durch die Organspende geholfen werden, ihr Leben lässt sich retten oder merklich verbessern. Ein «universal akzeptierter Wert» wird damit angesprochen. Wer die Spende verweigert, nimmt den Tod anderer in Kauf, wird, wiewohl (noch) nicht explizit, moralisch disqualifiziert (Birnbacher 2000, 293 f.).

Das Menschenbild und die Haltung, welche alle diese Überlegungen tragen, dürfen auf ihre Stichhaltigkeit und vor allem auf den mit ihnen einhergehenden Universalisierungsanspruch

befragt werden. Die Schwierigkeit solchen Fragens liegt darin, dass man ihm schnell mit dem Vorwurf begegnet, es untergrabe die hohe Pflicht, Hilfe zu leisten und Schaden zu vermeiden. Gröber lässt sich vernehmen, wer den Vorwurf der Fortschritts-, insbesondere der Wissenschafts- und Technikfeindlichkeit aufführt. Doch um nichts dergleichen ist es zu tun; wohl jedoch darum, das Prinzip der Verhältnismässigkeit – auch es unter anderem rechtsphilosophisch und gerechtigkeitsrechtlich gestützt – auch dann zu beachten, wenn es um die Bewältigung von extremen existenziellen Situationen geht. Es vermag zu Lösungen im Sinne der besseren Gerechtigkeit zu führen.

Erinnern wir also daran, dass es nicht nur aussichtslos, sondern unmenschlich ist, dem Tod um jeden Preis zuvorzukommen zu versuchen. Der Tod ist, «wie chiffriert auch immer, der stille Herrscher über die Zeit, er hält alle Fäden in der Hand». An der «Grundspannung», dass wir uns im Leben auch leidend ständig genommen werden, muss sittliches Handeln sein Mass nehmen (Demmer 2003, 230 f.; vgl. Anm. 51). Dies ist nicht eine Frage der Wahl, sondern der Wahrhaftigkeit, der Eigentlichkeit (M. Heidegger) oder Authentizität (J.-P.- Sartre). Insofern ist die fundamentale Endlichkeit unseres Daseins, ist der Tod «nicht unabänderliche Katastrophe, die es zu fliehen gilt, koste es, was es wolle; man muss ihm auch keine Freiräume, die er noch nicht besetzt hat, entreissen. Es gibt darum auch keine Flucht vor dem Tode in Restbestände des Lebens hinein» (Demmer, ebd., 232); sie wäre sinnlos. Dies gilt auch dann, wenn die Erfahrung der Existenz als Sein-zum-Tode nicht aufgehoben wird in einem Glauben an persönliche Auferstehung. «Niemals kann der Tod Gegenstand einer Wahl sein, trotzdem muss man ihm in jeder Wahl Rechnung tragen. Der Tod ist die letzte Bestimmung, er fliesst in jede Bestimmung des Vorletzten ein. Er wird angenommen in aller Gelassenheit, aber nicht angeeignet» (Demmer, ebd., 233).

Unser Selbstverständnis als Menschen und die Einstellung zu Leiden und Tod sind, *sit venia verbo*, höchstpersönliche Angelegenheiten. Das Prinzip der Menschenwürde, daraus fliessend die Grundsätze von Autonomie und Persönlichkeitsschutz, stehen jedem Versuch einer rechtlichen Regelung dieser Angelegenheiten entgegen. Sie wäre sittlich-politisch unzulässige Bevormundung. In einer der Gerechtigkeit verpflichteten politischen Gemeinschaft sind sie darum verboten. So ist denn dem Bundesrat entgegen der erfolgsorientierten Meinung von Swiss Transplant beizupflichten, wenn er den Passus aus dem ersten Entwurf zu einem

Transplantationsgesetz (vom Dezember 1999) gestrichen hat, der für das Gesetz auch den Zweck stipulierte «dazu beizutragen, dass mehr menschliche Organe, Gewebe und Zellen für Transplantationszwecke zur Verfügung stehen» (Art. 1 Bst. c.). Die Information der Öffentlichkeit hingegen, wie Art. 59 Abs. 2 des Entwurfs für ein TPG vom 12. September 2001 sie vorschreibt, ist zweckmässig: Sie bezieht sich auf die Möglichkeit, den eigenen Spendewillen zu bekunden, im Wissen um die Konsequenzen; und sie macht die gesetzliche Regelung und die Transplantationspraxis für alle politisch Verantwortlichen transparent. Sie dient der Selbstbestimmung und achtet die ihr vorgelagerte existenzielle Autonomie.

Noch eines ist zu bedenken: Das Problem des Organmangels und damit der Gerechtigkeit im Allokationsprozess wird sich kaum wissenschaftlich-technisch lösen lassen und auch nicht durch Werbung für Spendebereitschaft; ebenso wenig, bei aller Umsicht und Sorgfalt, auf gerechtigkeitstheoretischen und juristischen Wegen. Aussichtsreicher scheint zunächst die allgemeine kritische Vergewisserung der existenziellen Bedingungen unseres Daseins, die Leiden und Tod einschliessen; sodann die Pflege der Bereitschaft, aus gewonnenen Einsichten praktische Konsequenzen zu ziehen – jede und jeder für sich und alle gemeinsam für alle. Einen Schritt auf diesem schwierigen Wege kann ein rechtsverbindliches Konzept für gerechte, billige Organallokation tun, welches der Hinfälligkeit menschlichen Daseins ausdrücklich und entschieden Rechnung trägt.

#### ***4.4. Zum Umfang des Allokationsprozesses: Gerechtigkeitsorte***

Der in der Perspektive der Gerechtigkeit relevante Prozess der Allokation von Organen, die Toten entnommen werden, gliedert sich in folgende Phasen:

*1. Indikationsstellung und Zuweisung an ein Transplantationszentrum:* Hier wird zum ersten Mal aufgrund auch ethisch relevanter Überlegungen darüber entschieden, ob eine leidende Person Zugang zum Transplantationssystem erhalten soll (vgl. Lachmann / Meuter 1997, 168 f.; Largiadèr 1999 a, 48; B 153).

*2. Entscheid über Aufnahme in die Warteliste:* Der Beschluss, durch ein Kollegium im Transplantationszentrum zu fassen, ist offen für gerechtkeitsrelevante Überlegungen. So spielen

zum Beispiel das Prinzip der Gleichbehandlung oder das Verbot primärer Diskriminierung eine zentrale Rolle in dieser Phase des Allokationsprozesses.

*3. Feststellung und Bewertung der Dringlichkeit einer Transplantation:* Die Festsetzung, dass Leidende unter akuter Lebensgefährdung einen absoluten Vorrang genießen, ist selbst schon eine gerechtigkeitsrelevante Entscheidung. Sie ist die Grundlage der Beurteilung und allfälligen Priorisierung einzelner Leidenden.

*4. Selektion für die Zuteilung eines verfügbaren Organs:* In diesem komplexen «historischen Prozess», in dessen Verlauf «ständig Reevaluationen» der auf eine Transplantation wartenden Patientinnen und Patienten stattfinden (Lachmann / Meuter 1997, 169), siedeln sich die meisten ethisch geprägten Überlegungen und gerechtigkeitsrelevanten Entscheidungen an. Neben der allgemeinen formalen und materialen Gerechtigkeit spielt hier die konkretere Billigkeit – die «bessere Gerechtigkeit» – eine wichtige Rolle.

*5. Vollzugsmeldungen:* Verzugslose Meldungen – welchen Inhalts immer – an zuständige Allokationsinstanzen wirken sich unmittelbar auf die Möglichkeit gerechtigkeitsbezogener neuer Entscheidungen dieser Instanzen aus.

*6. Kontrolle:* Kontrollen über das gerechtigkeitsadäquate Verhalten sämtlicher am Allokationsprozess beteiligter Personen sowie Massnahmen, die sich auf die Kontrollergebnisse stützen, sind Bedingungen der Durchsetzung von Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und insofern selbständige Elemente innerhalb des als Gerechtigkeitsprozess verstandenen Allokationsgeschehens. Denn nicht allein die Kriterien, auch deren Operationalisierung müssen dem Gerechtigkeitsprinzip genügen (so etwa die internen Regeln der mit der Handhabung der Zuteilungskriterien betreuten Institutionen (Kostka 2002, 87).

*7. Evaluation:* Gleiches gilt für formelle und periodische Evaluationen des komplexen Allokationsgeschehens. Sie dienen dessen laufender Analyse, Bewertung und Modifikation im Hinblick auf bessere Gerechtigkeit. Es ist davon auszugehen, dass mit vertiefter Erfahrung nicht nur die Probleme des gesamten Prozesses sich deutlicher manifestieren, sondern dass zugleich die allseitige Kompetenz für Problemlösungen steigt. Die Evaluationen und die aus ihnen

entspringenden Massnahmen bilden insofern einen integrierenden Bestandteil eines auf Gerechtigkeit ausgerichteten Allokationsprozesses.<sup>52</sup>

#### **4.5. Probleme an zwei besonderen Gerechtigkeitsorten**

##### 4.5.1 Indikationsstellung

Den Weg zur Transplantation als einziger oder bester Therapie eröffnet die behandelnde Ärztin. Sie bzw. der Arzt entscheidet an erster Stelle darüber, ob eine leidende Person zur Adressatin von Gerechtigkeit im Transplantationssystem werden darf. Die Indikation ist mithin *gerechtigkeitsrelevant*. Stellt sie selber auch einen *Akt* der Gerechtigkeit dar?

##### 4.5.1.1 Indizieren ist kein Akt distributiver Gerechtigkeit

Argumentiert werden soll hier für die These, dass die Indikationsstellung keinen Akt der *distributiven* Gerechtigkeit darstellen darf, dass sie hingegen *sachgerecht* zu erfolgen hat. Was ist damit gemeint? – Angesichts des Organmangels könnte ein Arzt versucht sein, seinen Patienten aus sachfremden Gründen nicht zum Transplantationsanwärter zu machen, vielmehr das Leiden mit anderen Therapien zu bekämpfen. Eine den Transplantationserfolg in den Augen der Ärztin ausschliessende seelische Verfassung; persistenter Drogenmissbrauch, insbesondere – bei Leberversagen – trotz ernsthafter Bemühungen von Patient und Arzt nicht korrigierbarer hoher Alkoholgenuss; soziale Verwahrlosung der Leidenden und Ähnliches könnten dazu veranlassen, den mutmasslichen Verschleiss von Organen zu vermeiden (vgl. «Mütter bevorzugt» 1997). Mit solchen Erwägungen würden Ärztin oder Arzt den Boden distributiver Gerechtigkeit betreten; sie würden einen nicht ihnen, sondern dem Allokationsprozess als Ganzem vorbehaltenen Entscheid

---

<sup>52</sup> Zum Prozesscharakter einer auf Gerechtigkeit ausgerichteten Organallokation vgl. Lachmann / Meuter, bes. 168 ff.; *exemplarisch* auch ein Passus bei Schott 2001, 191, weil er weit über die dort angesprochene Frage der «Legitimation durch Verfahren» hinausweist: «Es gibt [...] keine eindeutigen, einzig richtigen Lösungen, die, einmal gefunden, unabänderlich sind und unbegrenzt gelten. Weil jede Lösung notwendigerweise *kompromisshaften* und *vorläufigen* Charakter hat, kann dem Gerechtigkeitsanspruch nur Genüge getan werden, wenn die bestehenden Regelungen [und die konkreten Abläufe] kontinuierlich in offenen Prozessen überprüft werden und dauernd nach neuen, besseren Ergebnissen gesucht wird.»

treffen, in schwer kontrollierbarer und kaum sanktionierbarer Weise, zum Schaden ihrer Patientin bzw. ihres Patienten.

Der Ausdruck «Schaden» deutet an, was wirklich vorläge: ein untragbarer Verstoß gegen das oberste Gebot der ärztlichen Ethik, welche nicht ein öffentliches, sondern das höchst private Geschehen zwischen zwei Personen, von denen die eine abhängig, die andere mit Macht gerüstet ist, regelt.<sup>53</sup> Nach dem Genfer Ärztegelöbnis aus dem Jahre 1948, das hier weitere international verbindliche Kodizes vertreten soll, lautet der Ärztin und des Arztes erste Pflicht «Die Gesundheit meines Patienten wird meine erste Sorge sein.»<sup>54</sup> Dass der Begriff der Gesundheit hier nicht weiter ausdifferenziert wird, tut der Pflicht, bei der Ermittlung eines körperlichen Leidens und der Feststellung der besten Therapie nun in der Tat allein von medizinischen Erwägungen auszugehen, keinerlei Abbruch (vgl. Largiadèr 1999 a, 262).<sup>55</sup> Führt die Abklärung zur Einsicht in die Transplantationsbedürftigkeit, lässt Sittlichkeit des Arzt-Patienten-Verhältnisses, jedenfalls nach der hippokratischen Regel, keine weiteren Überlegungen zu. Ob ein Organ zugesprochen und eine Transplantation wirklich vorgenommen wird, steht erst in den anschließenden Phasen des Allokationsprozesses zur Debatte. Selbst die Feststellung und die Berücksichtigung sogenannter Kontraindikationen müssen einem den behandelnden Ärztinnen und Ärzten nachgeordneten, interdisziplinären Konsilium vorbehalten bleiben.

#### 4.5.1.2 Gesetzgeberische Stärkung ärztlicher Ethik

Der Gesetzgeber vermag die Einhaltung ärztlicher Ethik nicht zu erzwingen. Hier sind die individuelle sittliche Autonomie und das entsprechende Gewissen führend. Zwei Mittel sind ihm immerhin an die Hand gegeben, um die ärztliche «Compliance» zu fördern. Er kann einmal

---

<sup>53</sup> Vgl. Der Eid, in: Medizin und Ethik 2000, 26, Nr. 2; in abweichender Übersetzung in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag 1999, 435.

<sup>54</sup> Siehe Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag 1999, 437.

<sup>55</sup> «Die Indikation zur Organtransplantation ist ein rein medizinischer und auf objektiven Fakten begründeter medizinisch zu verantwortender Vorgang. Ethische Fragen stellen sich deshalb beim <normalen> Patienten nicht.» (Largiadèr 1999 a, 262). Allerdings dürften dann auch keinerlei Aspekte der «Compliance» geltend gemacht werden, wovon Largiadèr bei der Definition von «medizinisch» jedoch nicht zurückschreckt, jedenfalls implizit nicht.

verpflichtend und sanktionsbewehrt vorschreiben, dass bei indizierter Transplantation Betroffene an die nächste Instanz im Transplantationssystem gemeldet werden, und zwar ohne Verzug, damit ihnen Chancengleichheit in einem mit dem Kriterium der Warteliste arbeitenden Allokationssystem gesichert werde (Art. 19 und Art. 67 Abs. 1 Bst. d. TPG; B 2.4.4.5). – Zum andern kann der Gesetzgeber Betroffenen die Möglichkeit verschaffen, gegen Arzt bzw. Ärztin wegen nicht gestellter Indikation zu klagen.<sup>56</sup>

Diese Möglichkeiten zu erwägen ist nicht selbstverständlich. Denn gerade wenn heute von verantwortungsbewussten Ärztinnen und Ärzten zu Recht erwartet wird, dass sie bei der Wahl ihrer Therapien alle Aspekte ihrer Patienten ausleuchten, und sich nicht einfach für das medizinisch Mögliche, sondern für das medizinisch Sinnvolle entscheiden, wird man fragen wollen, warum in der Transplantationsmedizin auf dieser Stufe Anderes gelten soll. Der Grund liegt darin, dass hier gerechte Distribution existenziell fundamentaler, aber knapper Güter geboten ist. Erst in einem komplexen und mehrstufigen Prozess ist dieses Ziel überhaupt zu erreichen. Der behandelnde Arzt ist durch die Menge und durch die Art der notwendigen Abklärungen überfordert, auch gar nicht in der Lage, das Schicksal seiner Patientin gegenüber jenem anderer Leidenden abzuwägen. Seine Zuständigkeit endet bei der Feststellung von Leiden und theoretisch bester Therapie; ihr folgt gegebenenfalls die Pflicht, den eröffneten therapeutischen Prozess in Gang zu halten.

---

<sup>56</sup> Im TPG selber ist diese Möglichkeit leider nicht vorgesehen.

## 4.5.2 Aufnahme in die Warteliste

### 4.5.2.1 Moralisches Recht auf Leben

Nach der Indikationsstellung ist der Entscheid, ob eine leidende Person in die Warteliste aller Transplantationsanwärter aufgenommen wird, der wichtigste Schritt. Er bestimmt darüber, ob jene Person Zugang erhält zu einem im Wesentlichen kompetitiven Verfahren, das auf die Wahrung oder Verbesserung ihrer Lebenschancen zielt. Abweisung bedeutet Einweisung in den abschüssigen letzten Teil unseres Weges zum Tode. Zwar haben wir alle diesen Weg gemein; dessen Verlauf liegt hingegen zu einem wichtigen Teil in unseren Händen – die Windungen unseres, in vielen Fällen auch des Pfades von Anderen gestalten wir mit. Die Überzeugung vom hohen, nicht verrechenbaren Eigenwert eines jeden Menschen, gefasst ins Konzept der Menschenwürde, das deren wechselseitige Achtung unabdingbar einschliesst und sich in den Prinzipien der Solidarität und des Helfens konkretisiert, verpflichtet uns, so wir es internalisieren, uns gegenseitig in unserem Dasein zu erhalten und zu fördern. Innerhalb der auf dem Menschenwürde-Konzept aufbauenden Gerechtigkeitsgemeinschaft kommt jedem ihrer Glieder ein moralisches Recht auf Leben zu, welches sich in der politischen Verfassung zum rechtlich verbrieften und durchsetzbaren persönlichen Recht verfestigt. Im Bereich der Transplantationsmedizin wird es zum positiven, «grundrechtlichen Teilhabeanspruch» am gemeinsamen «Organpool» (Gutmann 2003, 259).

### 4.5.2.2 Das Tor zur Warteliste möglichst weit öffnen

Sich diese Selbstverständlichkeiten vor Augen führen ist darum wichtig, weil sie im Prozess der Organallokation die Forderung generieren, den Zugang zur Warteliste so weit wie sinnvoll offen zu halten und, dies vor allem, ihn mit den Grundsätzen der Unparteilichkeit und der Gleichbehandlung zu bewahren. Beim finalen Entscheid, der in der Regel unter der Bedingung schwieriger Abwägung zu fällen ist, mögen mannigfache Aspekte Berücksichtigung erheischen. Der Weg hinein in diese Entscheidungssituation darf nicht durch andere als zwingende Barrieren versperrt werden. «Auf der Stufe des Zugangs der Patienten zur Warteliste darf mithin nur geprüft werden, ob der Bewerber *grundsätzlich* [Hervorh. Verf.] anspruchsberechtigt ist» (Gutmann 2003, 259). Dieser wichtige zusammenfassende Satz bedarf aus ethischer Warte einer

Präzisierung: Die moralische Berechtigung des Anspruchs ist in jedem Falle gegeben. Noch offen ist allein, ob sie aus Sicht der Gerechtigkeit honoriert werden darf oder ohne Folgen bleiben muss. Letzteres ist dann der Fall, wenn anders das Prinzip der Zweckmässigkeit verletzt wird. Dieses muss allerdings eng interpretiert werden; es dürfen nicht voreilig Aspekte berücksichtigt werden, welche erst in der Phase der finalen Allokation als Hilfen in dilemmatischer Situation herangezogen werden können.

#### 4.5.2.3 Was heisst «medizinisch»?

Zweckmässigkeit darf demnach ausschliesslich aus medizinischer Warte beurteilt werden. Doch ist der Ausdruck «medizinisch» mehrdeutig. Das illustrieren manche Stellen in der Literatur und Passagen in bestehenden ärztlichen Richtlinien. Belegt werden soll die Behauptung, stellvertretend, mit einem Satz aus der Botschaft. In B 2.4.4.6 lesen wir, dass für «den Entscheid über die Aufnahme in die Warteliste[ ...] nur medizinische Gründe berücksichtigt werden» dürfen. Zur Abklärung, so der übernächste Satz, ist auch zu prüfen, «ob die individuelle medizinische Gesamtsituation einen längerfristigen Transplantationserfolg erwarten lässt» (B 153). Zählen dazu auch das biologische Alter, erwartete Compliance, seelische Verfassung und beispielsweise bisheriges deviantes Sozialverhalten, auch persönliches Risikoverhalten?<sup>57</sup> Aus der Sicht der «holistischen» oder auch der «bio-psycho-sozialen» Medizin gewiss, und es soll hier gar nicht gefragt werden, ob und wie weit diese und ähnliche Gesichtspunkte an richtiger Stelle im Allokationsprozess als Ganzem eine Rolle spielen dürfen. Die Forderungen der Unparteilichkeit und der Gleichbehandlung machen sie an dieser Stelle allerdings unbeachtlich, sofern eine Transplantation indiziert ist. Der Ausschluss von weiteren Untersuchungen lässt sich nur verteidigen, wenn – aufgrund des körperlichen Gesundheitszustandes – eindeutige und schwerwiegende Kontraindikationen eine Transplantation als aussichtslos erscheinen lassen. Dazu zählen bestimmt nicht Krankheiten, die erfolgreicher therapeutischer Einwirkung offen stehen und im Laufe des Wartens relevant gemildert oder behoben werden können.

---

<sup>57</sup> Die Zitate haben *nur illustrativen Wert*. Die Sätze müssen selbstverständlich aus dem ganzen Text interpretiert werden. Klar wird dann, dass gerade für die Verfasser der Botschaft Aspekte wie Alter, Compliance, Sozialverhalten, sozialer Status etc. als ausschliessende Kriterien *nicht* in Frage kommen.

#### 4.5.2.4 Negative vs. positive Kriterien

Die Liste der in der Phase der Prüfung auf Eignung für die Warteliste ethisch unzulässigen Diskriminierungen muss demnach reich sein, primäre wie sekundäre Diskriminierungen umfassen, um die Aussicht der Leidenden auf fundamentale existenzielle Güter *so lange wie möglich* aufrecht zu erhalten. Um nicht in die Falle unangemessener Exaktheit zu treten, empfiehlt sich, wie üblich in der Ethik, der indirekt negative Weg: Genannt und erläutert werden dabei die allein beachtlichen Kriterien, ausgeschlossen sind damit alle anderen Gesichtspunkte, auch solche, deren Unangemessenheit zurzeit noch gar nicht erkannt wird.

Man mag bezüglich der Enge des Begriffs «medizinisch» geteilter Meinung sein. Fest steht jedenfalls, dass, solange der Ausdruck «medizinisch» nicht klar und deutlich fixiert wird, die Forderung nach Berücksichtigung «nur medizinischer Gründe» (Art. 20 Abs. 1 TPG) bzw. «rein medizinischer, auf objektiven Fakten begründeter und medizinisch zu verantwortender» Kriterien (Largiadèr 1999 a, 262) die ethischen Anforderungen an normative Bestimmtheit und Klarheit unterbietet.

Die Botschaft kennt den indirekt negativen Weg (B 2.4.4.3); sie ergänzt ihn, auf die Warteliste bezogen und Art. 20 Abs. 3 Bst. a. auslegend, durch einen positiven Pfad: In der das Gesetz ergänzenden Verordnung sollen jene Krankheitsbilder skizziert werden, bei deren Vorliegen die leidende Person einen rechtlichen Anspruch auf Aufnahme in die Warteliste genießt. Das ist im Blick auf Transparenz und Rechtssicherheit ein sehr hilfreicher Schritt. Ob er aller Willkür vorbeugt, bleibt unsicher. Die Präzisierung der Bedeutung von «medizinisch», auch auf der Verordnungsstufe, würde ihn von möglichem Mangel befreien.

#### 4.5.2.5 Fünf Konsequenzen

Die bisherigen Überlegungen zeitigen einige gerechtigkeits-theoretisch begründete Konsequenzen, die herausgehoben zu werden verdienen:

- Das Gebot der Gleichbehandlung macht es unabdinglich, dass in ein und demselben Gerechtigkeitsraum *eine einzige massgebliche Warteliste* geführt wird. Die für regionale Diagnosen und Erhebungen Verantwortlichen, deren zuverlässiges und rasches Mitwirken eine

umfassende zentrale Liste erst entstehen lässt, tragen Dienstleistungsverantwortung. Ihr Wirken begründet keinerlei ungebundene bzw. autonome Entscheidungskompetenz.

- Im ganzen Gerechtigkeitsraum sind die gleichen Aufnahme- bzw. Ausschlusskriterien in Anschlag zu bringen, und *ausschliesslich* diese. Lokale bzw. regionale Konsilien beraten über die Anwendbarkeit vorgegebener Kriterien, sie ergänzen diese nicht durch eigene Gesichtspunkte.
- Erhebung und Evaluation anscheinend vorliegender Ausschlussgründe dürften die medizinische Kompetenz einer einzelnen Fachperson überschreiten. Sachgerechte Entscheidung erfordert darum, was weithin Praxis ist, nämlich die *Zusammenarbeit in interdisziplinären Konsilien*. Hingegen sind Aufnahmeentscheidungen, wie immer sie ausfallen mögen, ethisch bedenklich, trifft sie eine einzelne Person.
- Beides, vorsorgliche wie verspätete Anmeldung von Personen, für die eine Transplantation in Aussicht genommen wird, ist ethisch verfehlt. In Systemen, in denen das Kriterium der chronologischen Position auf der Warteliste über Vorrang bzw. Nachordnung von Anwärterinnen und Anwärtern mit entscheidet, resultiert aus beiden Fehlern Ungerechtigkeit. Im ersten Fall verschafft die Verletzung des Fairnessprinzips einen unberechtigten Vorteil; im zweiten Fall wird nicht nur Fairness verfehlt, sondern überdies das Gebot, niemandem Schaden zuzufügen. Sittlichkeit verlangt, *Meldungen zeitgerecht abzusetzen*.
- *Dilemmata* werden nicht schon in der Abklärung der Eignung für die Warteliste bewältigt. Diese Aufgabe ist im Gerechtigkeitsraum dort anzusiedeln, wo am meisten und flächendeckend Informationen zusammen fliessen: *bei jener Stelle, welcher die finale Allokation obliegt*.

## **4.6 Allokationsprinzipien**

### 4.6.1 Vom Umgang mit Prinzipien

Die Frage nach der Gerechtigkeit in der Organallokation ist die Frage nach den Regeln, logisch zunächst nach den obersten Grundsätzen und Werten, welche den Prozess mit seinem Regelwerk anleiten sollen. Der Streit über Prinzipien, so wird oft unterstrichen, sei unergiebig, und er helfe wenig, in dilemmatischen Situationen, d.h. unter sehr konkreten Bedingungen eine richtige Entscheidung zu treffen. Doch die Verabschiedung der Frage nach den «first order principles» ist

voreilig; ethisch ist es unzulässig, sogenannte Kriterien mittlerer Ebene in Anschlag zu bringen, ohne ihre legitimatorische Verankerung auf übergeordneter Stufe zu sichern (vgl. Sitter-Liver 1992). Der gerechtigkeitsorientierte Allokationsprozess ruft ganz besonders nach einem Verteilungsmodus, «für den mehr spricht als ein pragmatischer Kompromiss».<sup>58</sup> Und es ist auch nicht konsistent, im Rückgriff auf frühe – und geschätzte! – existenzphilosophische sowie situationsethische Gedanken einerseits die Prinzipienethik zu kritisieren, andererseits zu betonen, «dass die Organtransplantation ethischer Handlungsprinzipien bedarf» (Kostka 2002, 97, 100).

Zum grundsätzlichen Einwand stossen eine wichtige Erfahrung und ein methodologischer Rat. Die Erfahrung lässt sich, immer wieder, in diskursiven, also weder strategisch noch taktisch verzerrten Kontroversen um leitende Grund- und Ansätze ethischer Begründung gewinnen. Annäherungen, ja das Zugeständnis von Komplementarität und wechselseitiger Bereicherung sind die Regel, wo Offenheit und Lernwille vorherrschen. Oft genug ereignen sie sich im Bemühen, Prinzipien anhand konkreter Fälle zu bewähren. Die gleichzeitig erhellende Funktion zweier oder mehrerer Prinzipien im Bestreben, Orientierung im Hinblick auf eine zu treffende Entscheidung zu finden, sticht hervor. Ein gutes Beispiel liefern situative Diskussionen um das Gewicht von Gesichtspunkten der Gerechtigkeits- und der dieser programmatisch entgegen gehaltenen Fürsorge-Ethik. Diese schafft mit ihrer Betonung von Beziehung, Zuwendung und Mitleid Billigkeit, jene sorgt für faire Berücksichtigung des weiteren Kontextes, in welchem sich die Bewältigung auch einer sonst «ineffablen» Situation halten muss.

Den methodologischen Rat erteilte, vor Jahren schon, Tom L. Beauchamp (1994, 5 f.). Er formulierte allerdings bloss, was sich seit langer Zeit bewährt hatte: Im Streit um Prinzipien ist es hilfreich, wenn die Kontrahenten nach einem übergeordneten Grundsatz suchen, auf den sie sich einigen können, weil er beide Gesichtspunkte umfasst. Von diesem Einverständnis ausgehend, lassen sich die Differenzen besser klären und auch abwägen; Übereinkunft im strittigen Fall wird möglich; stellt sie sich nicht ein, ist schon die Klärung und uneingeschränkte Offenlegung der Divergenzen ein Schritt hin zur späteren Verständigung oder deren Surrogat in einer Abstimmung.

---

#### 4.6.2 Prinzipien für die Organallokation

Die Prinzipien, auf welche im Prozess der Verteilung von Organen zurückzugreifen ist, wurden in den bisherigen Ausführungen berührt, nicht aber schon zusammengestellt. Wenn wir das jetzt nachholen, dann um dem Gebot der möglichst vollständigen Übersicht zu genügen. Viel Neues ist in diesem Abschnitt nicht zu erwarten; der Gegenstand findet sich in der Literatur ausgelotet. Eine Überlegung, die, soweit ersichtlich, so in der Literatur noch nicht auftaucht, können wir aber vorausschicken. Sie wird motiviert durch die da und dort ausgesprochene Hoffnung, die manchmal sogar die Form eines Zieles annehmen kann: dem Organmangel lasse sich durch geeignete Massnahmen beikommen. Was damit anvisiert wird, ist höchst unklar. Denn selbst wenn die Zahl und die organspezifischen Ansprüche der Transplantationsbedürftigen mit der Zahl und der Art der verfügbaren Organe übereinstimmen, müssten sich Allokationsprobleme stellen. Nicht jedes Organ ist ja für jede entsprechend bedürftige Person geeignet. Die Gerechtigkeitsprobleme im Zuteilungsprozess würden nicht verschwinden. Sagen wir offen, worum es geht: Dem Entwurf für ein Transplantationsgesetz vorzurechnen, er sei zu Unrecht defensiv gehalten, stelle Missbrauchsbekämpfung statt der Gewinnung zusätzlicher Organe in den Vordergrund, bleibt hinter dem ethisch und insbesondere an Gerechtigkeit orientierten Anliegen der Verfasser weit zurück.

Die Organallokation situiert sich in jenem Feld gesellschaftlich-politischen Handelns, auf welchem es um Hilfe an Bedürftige, konkret um die Erhaltung von Leben und die Verbesserung von Gesundheitschancen geht. Normativ leitet diesen Handlungsbereich die gleiche Achtung gegenüber jedem und jeder Einzelnen, die als Forderung aus dem obersten Leitwert der Menschenwürde fließt. Jeder Allokationsentscheid, primär jede mit einem solchen Entscheid verbundene Verweigerung von Lebens- und Gesundheitschancen, muss sich im Blick auf diese führenden Grundsätze vertreten lassen. Sie konkretisieren sich zunächst im Prinzip der Gleichbehandlung, welches weder primäre noch politisch nicht sanktionierte sekundäre Diskriminierungen gestattet und sich im Gebot, Chancengleichheit zu gewähren, präzisiert. Das

---

<sup>58</sup> Zu Ach et al. 2000, zit. bei Kostka 2002, 88. Vgl auch Schott 2001, 293: Der Rekurs auf übergeordnete Prinzipien ist unerlässlich, «um die Frage nach der Gerechtigkeit und Angemessenheit einer Güterverteilung zu beantworten.» - Auch Bondolfi 1998, 85.

Prinzip standardisierter, d. h. einheitlicher und im ganzen Gerechtigkeitsraum gesicherter Allokationsverfahren folgt unmittelbar aus diesen Grundsätzen; als Voraussetzung formaler Gerechtigkeit, die einer minimalen Forderung der Idee der Gerechtigkeit entspricht, ist es nicht verhandelbar.

Dem obersten Leitwert der Menschenwürde entsprechen drei weitere Prinzipien, von denen zwei neben der Gerechtigkeit zu den klassischen Grundsätzen der biomedizinischen Ethik zählen: das Prinzip der Autonomie und das Prinzip des Nichtschädigens. Beide drücken sich – unter anderem – im Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes aus. Das vierte klassische Prinzip,<sup>59</sup> Triebfeder auch der Transplantationsmedizin: Wohltun und Helfen, wird oft als Kehrseite des Nichtschädigens interpretiert. Beide sind aber mit Vorteil auseinander zu halten, denn der negativen Pflicht, niemanden zu schädigen, gebührt traditionellerweise der Vorrang vor der positiven Pflicht, einem anderen zu helfen und zu nützen.<sup>60</sup> Dieser Vorrang wird in der Transplantationsmedizin nicht dadurch einfach ausgesetzt, dass sich, insbesondere in dilemmatischen Situationen, die Wohltat für die eine mit dem Schaden für die andere Person verbindet. Vielmehr trägt er beispielsweise unstrittig zur Rechtfertigung des Entscheids bei, einer Person, deren Gesundheitszustand durch weiteres Warten auf ein Transplantat erheblich weiter geschädigt wird, trotz schlechterer Position auf der Warteliste den Vorzug zu geben. So bekanntlich im Falle von nierengeschädigten Kindern und Jugendlichen.

Das Prinzip der *Billigkeit*, verstanden als Motiv der besseren Gerechtigkeit, wurde oben (4.1.2) ausführlich diskutiert. Wir führen es nochmals auf, weil es als *Querschnittsprinzip* fungiert. Es begleitet die Anwendung sämtlicher Prinzipien, gleichsam als Prüfstein.

---

<sup>59</sup> Zu den klassischen Prinzipien der biomedizinischen Ethik vgl. für viele Beauchamp / LeRoy 1994, 22-20; Bondolfi 1999, 98-115.

<sup>60</sup> Das klassische Beispiel liefert der Vater, der nur über ein lebensrettendes Heilmittel verfügt, um entweder sein oder ein fremdes krankes Kind zu behandeln. Das Argument der Nähe erlaubt ihm, sein Kind dem anderen vorzuziehen. Ethisch verboten hingegen wäre sein Entscheid, in einer – jetzt nicht durch Heilmittelknappheit charakterisierten – Situation, die nur für sein Kind lebensbedrohlich ist, das fremde Kind zu benützen, d. h. zu schädigen, wenn nicht zu töten, um für sein Kind ein Mittel zur Rettung zu gewinnen.

Es bedarf der Umsicht, der Abwägung schon auf prinzipieller Ebene, also der *Klugheit als individueller Tugend*, um im Allokationsprozess, der sich selber durch *politische Tugend* auszeichnen muss, das Richtige zu wählen.<sup>61</sup>

Diese kurze Vergegenwärtigung der für die Organallokation grundsätzlich einschlägigen Prinzipien dient vor allem dem folgenden Zweck: Nicht einfach die Komplexität des Zuteilungsverfahrens soll vor Augen geführt werden, sondern die Vielfalt der zu berücksichtigenden Grundsätze, welche, obwohl jeder einzelne für sich als normativ ausgewiesen gelten darf, im Einzelfall zueinander in Spannung treten, ja konfliktieren können. Die sogenannten «tragischen Entscheidungen»<sup>62</sup> führen das vor Augen, in denen, wie angesprochen, Wohltun sich nicht ohne Schädigen verwirklichen lässt. Die *Herleitung* der Prinzipien mag einem auf Konsistenz überprüfbar Wege folgen; die *Anwendung* ist anderer Art: Charakterisiert sich jene primär durch *logische* Zuordnung und Unterordnung, so diese durch die Gleichzeitigkeit der Geltungsansprüche unterschiedlicher Prinzipien. Es ist darum nicht möglich, die Prinzipien theoretisch in eine für alle – immer geschichtlichen – Anwendungen verbindliche Rangordnung zu bringen. Einmal sind nicht für jeden Anwendungsfall sämtliche Prinzipien einschlägig; zum andern variiert ihr Gewicht, wie dies der Vorrang der negativen Pflicht illustriert.

#### 4.6.3 Gerechtigkeit vs. Nutzen

---

<sup>61</sup> Davon, dass die Prinzipien zu abstrakt sind, um *unmittelbare* Anwendung zu erlauben, haben wir noch gar nicht gesprochen. Wir lassen diesen wichtigen Aspekt beiseite, nicht ohne wenigstens in dieser Anmerkung am Beispiel des Gleichbehandlungs-Grundsatzes daran zu erinnern, worum es geht: Der Grundsatz der Gleichbehandlung sagt nichts darüber aus, *in Bezug worauf* von Gleichheit die Rede ist. Die kurze Auskunft, es müsse sich um *wesentliche* Aspekte der Gleichheit handeln, gibt zwar eine erste, jedoch keineswegs ausreichende Hilfe an die Hand. Die Hinsichten, die für die Erhebung von Gleichheit oder Ungleichheit das Mass geben, müssen öffentlich und verbindlich noch geklärt werden, und zwar ausreichend detailliert. Die Aussage beispielsweise, jede und jeder verfügen über das gleiche Recht auf Leben, ist nicht in jedem Fall gleich bedeutsam. Sie hilft nur in relativ abstraktem Kontext, etwa wenn es um die Ordnung des Zugangs zum Transplantationssystem geht. Im fortgeschrittenen Prozess bleibt sie die gesuchte Orientierung schuldig.

<sup>62</sup> Dieser Ausdruck findet sich in der Literatur immer wieder. Gutmann / Land, die ihn aufgreifen (2000, 87) beziehen sich auf Barry B. (1991), *Tragic Choices*, in: ders., *Liberty and Justice. Essays in Political Theory 2*, Oxford, 123-141; Calabresi, G., Bobbit, Ph. (1978), *Tragic Choices*, New York.

Gemeinhin gilt die Spannung zwischen Gerechtigkeitsorientierung und Nutzenmaximierung als das normative Grundproblem bei der Regelung der Organallokation (statt vieler B 1.3.5.5.6, zweiter Abschnitt; Gutmann / Land 2000, 92). Es stellt sich in allen Phasen des Zuteilungsverfahrens. Für die Bundesverfassung (Art. 119a Abs. 2), daher für den Gesetzesentwurf und die Botschaft gebührt dem Gerechtigkeitsprinzip der Vorrang. In der Literatur und in der Praxis nimmt sich diese Positionierung so eindeutig nicht aus. Die Regelungen in der Schweiz, die Austausch- und Vergütungsvorschriften von Swiss Transplant mit ihrer Einrichtung des «Pay-back», aber auch jene im Rahmen von Eurotransplant, die mit regionalen und nationalen Bilanzen arbeiten, mögen als Beleg genügen (wiewohl hier der Nutzen für Institutionen, nicht für die Patienten im Vordergrund steht, also sogar die Perspektive des Fremdnutzens gepflegt wird).

Unabhängig von diesen faktischen Vorgaben, wollen wir uns zunächst, anderswo breiter Ausgeführtes rekapitulierend, des *Prima facie*-Vorrangs der Gerechtigkeitsorientierung vergewissern, um in einem zweiten Schritt zu erläutern, inwiefern Gerechtigkeits- und Nutzenprinzip sich nicht nur nicht auszuschliessen brauchen, vielmehr zusammenwirken müssen, um «bessere Gerechtigkeit» zu erzielen.

#### 4.6.3.1 *Prima facie*-Vorrang des Gerechtigkeitsprinzips

Dass die Zuteilung von Organen Sache der öffentlichen Hand, nicht privater Gruppen oder Einzelner sein darf, ist bereits erarbeitete Einsicht. Verteilt wird ein spezifisches therapeutisches Gut, das im Rahmen der Gerechtigkeitsgemeinschaft im Prinzip allen Bedürftigen in gleicher Weise zusteht. Denn zwischen diesen als Erscheinungen eines sozial und politisch allgemein konzidierten absoluten Wertes: die Menschenwürde, gibt es auf ersten Blick keinen Unterschied bezüglich ihres Daseins und Soseins. Allen stehen öffentliche Ressourcen zu, wenn es um Erhaltung bzw. wesentliche Verbesserung ihrer Existenz geht. An dieser fundamentalen Gleichheit ändert sich nichts, mangelt es an jenen Ressourcen, so dass nicht alle Anspruchsberechtigten hinlänglich oder mit gleicher Intensität mit dem Nötigen versehen werden können. Als Gleiche und mit gleichen Bedürfnissen – verschieden nur nach Dringlichkeit und

Eingriffstiefe – haben sie eine öffentliche Gerechtigkeitsgemeinschaft eingerichtet bzw. sich zu ihr bekannt; sie erhalten diese Gemeinschaft und tragen die Lasten von deren vielfältigen Einrichtungen. Aus Fairnessgründen dürfen sie alle erwarten, dass knappe Güter, an denen sie partizipieren können müssten, um sich selber zu erhalten, nach allgemeinen Regeln verteilt werden, denen sie aus eigenem Interesse zustimmen können: Sie dürfen gerechte Verfahren erwarten, ohne Rücksicht auf den konkreten Nutzen, der aus der Anwendung dieser Regeln für die betroffenen Individuen resultiert. Die Unterscheidung von Gesamt- und Durchschnittsnutzen, wie sie die Utilitarismus-Debatte prägt, verändert dieses Fazit nicht. Vielmehr demonstriert es, dass die Einführung dieser Unterscheidung die Problemlage verzerrt: Es geht im Allokationsprozess weder um das eine noch um das andere; als angemessener Bezugspunkt kommt einzig der individuelle, wenn man so will, der atomisierte Nutzen in Betracht.<sup>63</sup>

Diese Überlegungen decken sich im Wesentlichen mit den Grundgedanken, wie sie John Rawls in seiner Gerechtigkeitstheorie schon 1971 expliziert hat, und sie entsprechen den Gerechtigkeitsintuitionen, wie sie für säkulare, liberale, sozial engagierte und zugleich pluralistische Rechtsstaaten charakteristisch sind (vgl. 4.1.1.2). Mit der Möglichkeit des Mangels an den fundamentalen, Existenz erst ermöglichenden Grundgütern setzt sich die Theorie von Rawls nicht eigens auseinander, impliziert indessen, dass dilemmatische Situationen in erster Linie gerechtigkeitsorientiert bewältigt werden. Denn lexikalisch vorgeordnet sind allemal die Anliegen persönlich-individueller Lebensgestaltung (bei Rawls in der Gestalt des Freiheitsprinzips); und es wird präzisiert, dass mit faktischen sozialen, wirtschaftlichen (wir ergänzen: und weiteren daseinsbezogenen) Unterschieden so umzugehen ist, dass ihre Ordnung «den am wenigsten Begünstigten den grösstmöglichen Vorteil» bringt (1979, 336). Das in unseren Gerechtigkeitsintuitionen präsente sozialstaatliche Element fehlt also nicht. Wir begründen es mit dem weithin anerkannten Prinzip der Solidarität, das wir (anders als in Rawls' Konstruktion, welche auf dem Modell des primär auf seinen Vorteil bedachten rationalen Einzelnen arbeitet) als von der Idee der Humanität als der «intervenierenden Solidarität mit den Rechtlosen und den Hilflosen» (Teutsch 1987, 92) getragen auslegen.

---

<sup>63</sup> Menschenwürde ist primär kein kollektiver, sondern ein individueller Begriff. Als solcher ist er, mag er heute auch übertragen, auf Gemeinschaften und deren Äusserungen ausgerichtet gebraucht werden, in der Geschichte errungen worden.

Im Allokationsprozess scheint mithin der Vorrang der Gerechtigkeit, präzisiert durch den Vorrang der Bedürftigsten, die angemessene Lösung der eingangs angesprochenen Grundspannung zu bringen. «Die prinzipielle Gleichberechtigung aller Patienten, ihr Anspruch auf die individuelle Zumutbarkeit der festzulegenden Auswahlkriterien und auf Chancengerechtigkeit» begründen das Verteilungssystem, «das in seiner Grundstruktur anti-utilitaristisch ist» (Gutmann 2003, 259). Nicht die Anzahl der geretteten Lebensjahre, vielmehr die Anzahl geretteter Leben zählt als Indikator für die Gerechtigkeit der Organallokation.<sup>64</sup>

#### 4.6.3.2 Lexikalisch geordnete Komplementarität statt Gegensatz

Die Idee der Gerechtigkeit schliesst Zweckmässigkeit als einen wesentlichen Aspekt ein (Radbruch 1970, § 9). Zweckmässigkeit erheischt zunächst, dass eine Massnahme nur ergriffen wird, wenn sie das Ziel, auf das sie gerichtet ist, auch erreichen kann – soweit sich das absehen lässt. Im Kontext der Verteilung mangelhaft verfügbarer Güter fordert Zweckmässigkeit überdies, dass Güter nicht verschwendet werden. Im Falle der Transplantationsmedizin würden andere dadurch für ihr Dasein zentraler Lebens- und Gesundheitschancen beraubt. Die Güter sind mithin so zu verwenden, dass sie möglichst vielen so gut wie möglich dienen. Dem Prinzip der Zweckmässigkeit zuwiderhandeln wäre im Falle der Organallokation doppelt ungerecht. Effizienz des Einsatzes verfügbarer Organe, das heisst aber Nutzenoptimierung, muss als Gerechtigkeitspostulat interpretiert werden. Das aber bedeutet, dass Gerechtigkeits- und Nutzenprinzip sich nicht grundsätzlich widerstreiten, sondern im Verhältnis der Komplementarität zu einander stehen.

Diese «Versöhnbarkeit» mag es erlauben, Fälle, in welchen die Berücksichtigung beider Prinzipien Entscheidungen schwer macht, von Eifer frei zu analysieren und zu beurteilen, unter Beizug sämtlicher einschlägiger Kompetenzen. Sie mag auch den Weg frei geben für den Einbezug bislang (zu) wenig bedachter Aspekte menschlichen Daseins oder auch von Kriterien, die, aus welchen Gründen immer, als verpönte Diskrimination vom Entscheidungsprozess der Organallokation ausgeschlossen wurden.

---

<sup>64</sup> Mit Interesse nimmt man zur Kenntnis, dass laut Umfragen, auch bei direkt Betroffenen, diese Gewichtung in der Bevölkerung geteilt wird; vgl. Gutmann 2003, 263-265.

Komplementarität impliziert nicht Gleichwertigkeit. Der lexikalische Vorrang der Gerechtigkeit lässt sich, ausgehend von den Erwägungen unter 4.6.3.1, nicht übergehen. Dies umso weniger, als sich, wie man weiss, mit der Operationalisierung des Nutzenprinzips ernste Schwierigkeiten verbinden, und zwar auch dann, wenn Nutzen streng patientenorientiert und individuell konzipiert wird. Zunächst ist unklar, was «Nutzen» umfasst: Nur die Überlebenszeit eines Transplantats? Ein wie immer ermitteltes Produkt aus dieser Überlebenszeit und der für jeweilige Patienten zu erwartenden Lebensqualität? Die Bedeutung des Überlebens von Patienten für Dritte und die daraus für diese Patienten resultierende Genugtuung, ja Freude, welche negativ zu verrechnende Aspekte der Lebensqualität kompensiert oder gar übertrifft? – Zum andern generiert, was in der Literatur verschiedentlich herausgestrichen wird (statt vieler B 1.3.5.5.6, dritter Abschnitt), Nutzenoptimierung verdeckte Diskriminierungen: Kranke, Anwärter auf eine Retransplantation, Ältere und Schwächere, überhaupt sogenannte Risikopatienten – sie unterliegen dem systematischen und nachhaltigen Ausschluss; denn Verpflichtung auf Effizienz – im Lichte des Zweckmässigkeitsprinzips, wie wir gesehen haben, sogar sekundär gerechtigkeits theoretisch gestützt – heisst Leidende bevorzugen, bei denen man aller Voraussicht nach mit nachhaltigem Erfolg rechnen darf.

Und dennoch sind Nutzenerwägungen nicht nur nicht von der Hand zu weisen, sondern im Entscheidungsprozess hilfreich und ethisch vertretbar. Der Extremfall des Patienten, bei dem ein Herzversagen vorliegt, auf Grund seiner allgemeinen Verfassung jedoch feststeht, dass er den Eingriff einer Transplantation nur kurz überleben würde, macht das anschaulich. Bei ihm wäre der Einsatz eines verfügbaren Herzens nicht vertretbar. Das im Prinzip gleiche Recht auf Leben genügt nicht, einen anderen Patienten, für welchen die Herztransplantation zwar weniger, doch immer noch dringlich ist, jedoch absehbar nachhaltigeren Erfolg zeitigte, nachrangig zu behandeln. Beide Patienten vermöchten zwar das abstrakte Gebot, Schaden zu vermeiden, anzurufen. Doch weil letale Schädigung schicksalhaft erzwungen wird, fehlt dem Gebot die nötige Kraft; das Nutzenprinzip darf, ja muss den Ausschlag geben. Es ist nicht zwingend, diese Situation so zu beschreiben, dass der Eindruck entsteht, hier würden Leben bewertet und unterschiedliche Lebenswerte miteinander verglichen. Kriterium ist die zu erwartende *Nachhaltigkeit* des Erfolgs, nichts Anderes. Verstärkt wird dieses Kriterium durch die erinnernde Vergewisserung existentialer Endlichkeit menschlichen Daseins, welche der Situation mindestens

ein Stück ihrer Dramatik, vielleicht auch der Tragik zu nehmen vermag: Unser Tod ist nicht Tragik, sondern Bestimmung unseres Seins. Eben diese Vergewisserung wird es im Falle besonders drückenden Organmangels ethisch vertretbar machen, einem mehr als 70jährigen Patienten mit doppeltem Nierenversagen eine Transplantation vorzuenthalten, um einen jungen Leidenden mit sonst intakten Lebensaussichten, jedoch schlechter Position auf der Warteliste, zu helfen. Der oben angesprochene und unterstützte Vorrang des Ziels, die Anzahl geretteter Leben zu erhöhen, nicht aber zuerst die Zahl geretteter Lebensjahre zu maximieren (vgl. B 109; Gutmann / Land 2000, 95 f.), gibt kein absolutes Kriterium an die Hand. Für dilemmatische Situationen ist dieses Kriterium zu grob, die mutmassliche zeitliche Erstreckung individuellen Lebens darf berücksichtigt werden. Der Rückzug auf formale Gerechtigkeit, d. h. der Griff zum Instrument des Loses, kann auch hier sehr wohl den Anspruch moralischer und ethischer Kompetenz in unzulässiger Weise unterbieten.

Die Behauptung, die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Güter sei zu fundamental, als dass anders denn formal verfahren werden dürfe, überzeugt nicht ohne weiteres. So liegt nicht auf der Hand, dass es *generell* in allen Entscheidungen, in denen es um fundamentale Angelegenheiten menschlicher Existenz geht, ethisch nicht akzeptabel «sei, im Vergleich zu der Tragweite der Angelegenheit sekundäre Gesichtspunkte» geltend zu machen, die den Ausschlag geben (Lachmann / Meuter 1997, 172). Gerade das «moralische Gewicht» einer Situation, so könnte man einwenden, verleiht nachgeordneten Gesichtspunkten besondere Bedeutung und mag über sie zu Lösungen zu führen, die *lebensgerechter* sind als was der lebensblinde Zufall durch das Los bestimmt. Die Rechtssicherheit, die formale Verfahrensgerechtigkeit schaffen mag, wiegt m. E. nicht so schwer wie die Billigkeit, die, wenn auch mühsam, doch zu erringen ist.

Wir müssen anerkennen, dass diese Überlegungen sehr allgemein gehalten sind; und wir erwarten, dass sich unschwer Beispiele beibringen lassen, in denen sie nicht weiter helfen oder wo ihnen überzeugend widersprochen werden kann. Doch um Richtigkeit in allen Fällen geht es nicht, sondern um eine grundsätzliche Orientierung, ohne welche die Lösung aus einem Patt in dilemmatischen Situationen unmöglich bleibt. Thomas Gutmann und Walter Land ist eine Formulierung geglückt, die wir als *Fazit* unserer Überlegungen in diesem Abschnitt übernehmen wollen: «Auch wenn man für eine grundsätzliche Abwägung zwischen den Prinzipien der Gerechtigkeit und der Nutzenmaximierung plädiert, bietet es [...] an, Gerechtigkeitsüberlegungen

für den Bereich der Verteilung von Organen als diskursiven Ausgangspunkt zu nehmen. Damit wäre die Regel verbunden, dass es vor allem Abweichungen vom Prinzip strikter Chancengleichheit sind, die der Rechtfertigung bedürfen.»<sup>65</sup> Die Möglichkeit gerechtfertigter Abweichungen wird mithin nicht ausgeschlossen.

## **4.7. Allokationskriterien**

### 4.7.1 Allgemeines

Formale Gerechtigkeit erfordert, dass in ein und demselben Gerechtigkeitsraum die gleichen Kriterien und ausschliesslich diese den Prozess der Organallokation bestimmen. Für zusätzliche Erwägungen seitens der als Gerechtigkeitsagenten wirkenden Funktionäre des Transplantationssystems gibt es keinen Raum. Ermessensentscheide, wie sie nach dem Prinzip der Billigkeit als der «besseren Gerechtigkeit» eingeräumt werden müssen, fallen im Prinzip in die ausschliessliche Kompetenz der final entscheidenden Instanz (vgl. aber 4.1.2). Der Gerechtigkeitsprozess liesse sich anders nicht als einheitliches Verfahren gestalten und nicht durch Kontrollen sichern. Transparenz fehlte, das erstrebte Vertrauen der Glieder einer Gerechtigkeitsgemeinschaft bliebe schwankend, die Stabilität der Gemeinschaft nähme Schaden. Aus sozialetischer Sicht sind dies alles dringlich zu vermeidende missliche Zustände der Gesellschaft.

Gerechtigkeitstheoretisch erscheint darum als unabdinglich, *die zulässigen Kriterien zentral und erschöpfend zu fixieren*. In der Literatur wird zusätzlich gefordert, der Gesetzgeber habe die Kriterien in eine Rangordnung zu bringen und ihr relatives Gewicht zu bestimmen. So auch der Entwurf zum TPG sowie die Botschaft, die allerdings nur entweder eine Reihenfolge oder eine

---

<sup>65</sup> 2000, 112; im Original ab «Gerechtigkeitsüberlegungen» kursiv. – Die beiden Autoren, die sich auf A. L. Caplan und M. J. Langford beziehen, formulieren im konkreten Umfeld der Allokationsproblematik, was Ernst Tugendhat ganz allgemein für eine moderne Moral gefordert hat: Symmetrie und Asymmetrie sind einander «normativ nicht gleichgestellt [...] Die asymmetrische Verteilung ist zwar möglich, aber muss begründet werden. Kann sie es nicht, ist die symmetrische Verteilung zwingend und erfordert nicht ihrerseits Begründung» (1996, 333). «Ich kann also resümieren, dass die symmetrische oder gleiche Verteilung [auch von Chancen,

Gewichtung vorsehen (Art. 17 Abs. 3 TPG; B 2.4.4.3, letzter Abschnitt). Doch diese auf die Sicherung der Gerechtigkeit bedachte Forderung vernachlässigt die bereits mehrfach berührte Mahnung des Aristoteles, in praktischen Angelegenheiten nicht eine Genauigkeit anzustreben, die aus logischen wie aus empirischen Gründen nicht zu erlangen ist. Man verfällt also, um mit R. Lachmann und N. Meuter zu sprechen, dem «Fehlschluss der unangemessenen Exaktheit» (1997, 170, 172).

Den Kriterien kann, je nach Situation, unterschiedliches Gewicht zukommen, wie es das Kriterium der Wartezeit demonstriert, das im Falle von «Super urgent»-Patienten (Herz und Leber) belanglos ist und bei besonders sensiblen Patienten ausgesetzt werden kann (Vorzug hoch immunisierter Leidender, bei Nierenversagen von Kindern und Jugendlichen; vgl. Art. 17 Abs. 2 TPG; B 2.4.4.3). Zudem scheint es vorsichtig, selbst organspezifisch nicht davon auszugehen, dass in allen Fällen sämtliche Kriterien zum Zuge kommen. Wie sich gegebenenfalls die wechselseitige Zuordnung der verbleibenden Kriterien gestaltet, ist nicht mit Sicherheit abzusehen.<sup>66</sup> Vorsorglicher dürfte es sein, die jeweilige Festlegung dem Ermessen der final entscheidenden Instanz zu überlassen. Diese Lösung lässt sich vertreten, wenn vorweg jene Aspekte bezeichnet werden, die als Kriterien nicht zum Zuge kommen dürfen – also durch möglichst umfassende und präzise Diskriminierungsverbote (vgl. aber oben, 4.1.6). Erstellt man eine derartige Liste, bleibt allerdings dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es nicht ausgeschlossen ist, ein Kriterium zwar als primären Ausschlussgrund zu verwerfen, es aber dennoch als Gesichtspunkt in nachgeordneten Abwägungen zuzulassen (Lachmann / Meuter 1997, 171). Solche Kriterien hätten dann ihren Platz in einer positiven Liste, wären dort aber deutlich als sekundär, allenfalls als noch weiter zurückgestuft zu kennzeichnen.

---

Verf.] geboten ist, wenn keine besonderen Gründe für eine Ungleichverteilung vorliegen. Die Beweislast – das *onus probandi* – liegt bei der Ungleichverteilung» (ebd., 224.)

<sup>66</sup> Dazu instruktiv und klar Lachmann / Meuter 1997, 174: In einer dilemmatischen Situation ist «auf der Grundlage (1) einer Vergegenwärtigung der bekannten erfolgsfunktionalen Abhängigkeiten und (2) des egalitaristischen Grundsatzes» zu klären, «welche Kriterien in welchem Umfang für welche Allokationsentscheidungen verwertet werden dürfen». Die Autoren gehen davon aus, dass, je höher der existenzielle Wert der Entscheidung für konkurrierende Patienten sei, umso gewichtiger müsse sich die beachtenswerten und also entscheidungsrelevante Differenz des erwarteten Erfolgs ausnehmen; ebd., 172-175.

Im Übrigen gilt auch für die Kriterien, was bei Allokationsprinzipien moniert wurde: Ihre Bedeutung ist situationsabhängig; es wird darum kaum möglich sein, sie in eine ein für allemal feste Rangordnung zu bringen. *Nur relative, nicht jedoch absolute Gewichte lassen sich ausmachen, und dies bloss im Sinne einer ersten Orientierung.* Teilt man diese Beurteilung, wird man Punktesysteme und Verrechnungsalgorithmen mit einer tüchtigen Portion Skepsis betrachten.

#### 4.7.2 Zur Diskussion einzelner Kriterien

Die Frage, welche Kriterien die Organallokation bestimmen dürfen, kann man auf zwei Wegen beantworten. Man geht, erstens, mit Th. Gutmann und W. Land davon aus, dass, nachdem das prinzipielle Gebot umfassender Gleichbehandlung aller Glieder einer Gerechtigkeitsgemeinschaft als gesichert gelten darf, die Grundfrage gerechter Organallokation zu ermitteln sucht, «welche Ungleichheiten unter den Patienten berücksichtigungswürdig sind», also «nach ungleicher Behandlung» verlangen und einen «Vorrang bei der Allokation» von Organen begründen (2000, 95). Dieser Weg führt zur Auflistung und Diskussion verschiedener anspruchsbegründender Gesichtspunkte, wie sie den Besonderheiten der verschiedenen Organe entsprechen. Oder man identifiziert, zweitens und wie unter 4.7.1 vorgeschlagen, Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung verwehrt bleibt, weil sie mit dem Prinzip der Menschenwürde und den Normen, die dieses generiert, konfliktieren. Dieser Weg führt zu Diskriminierungsverboten. - Beide Wege stehen gleichzeitig offen; sie müssen begangen werden, will man das ihnen gemeinsame Ziel genauer erfassen.

Auf einen Durchgang durch sämtliche Kriterien wird hier verzichtet. Die umfangreiche Literatur hat vielfältige und in wesentlichen Punkten übereinstimmende Einsichten hervorgebracht. Deren Wiederholung erübrigt sich. Insbesondere die kritische Erhebung des Standes der Debatte durch Th. Gutmann und W. Land aus dem Jahre 2000, die Vertiefungen und Klärungen in den von Th. Gutmann et al. 2003 vorgelegten «Grundlagen einer gerechten Organverteilung», schliesslich die 2001 aufgelegte und für die schweizerischen Verhältnisse repräsentative Dissertation von M. Schott erteilen umfassend und anregend Auskunft. Abweichende Überlegungen sind zwar möglich, da und dort nötig. Die eingehendere Auseinandersetzung ist indes im Rahmen dieser Studie weder zu leisten noch gefordert. Wir beschränken uns darum im Folgenden auf die

Diskussion einiger besonders wichtiger Punkte, in denen wir eine andere Meinung vertreten – auch etwa in Abweichung von TPG-Entwurf und zugehöriger Botschaft.

Die Diskussion darüber, inwiefern Allokationskriterien zwar auch strikt medizinische Aspekte einschliessen, im Wesentlichen jedoch ethischer und dann politischer Natur sind, halten wir für abgeschlossen, auch wenn zurzeit in Deutschland auf gesetzgeberischer Ebene die erforderlichen Konsequenzen nicht gezogen wurden und Ungereimtheiten, ja Verstösse gegen das Grundgesetz zu diagnostizieren sind (vgl. Gutmann 2003, 257 f.). Der Entwurf des schweizerischen TPG vermeidet derartige Pannen; und wenn auch hierzulande die Auseinandersetzung um diesen Entwurf noch Unsicherheiten in der Abgrenzung zwischen medizinischen, ethischen und politisch zu verankernden Kriterien aufdeckt, darf doch erwartet werden, dass diese in der parlamentarischen Debatte die erforderliche Klärung erfahren.

#### 4.7.3 Zum Umgang mit dem Konzept der Menschenwürde

Darauf, dass das Konzept der Menschenwürde auch das Transplantationswesen überdacht, wurde schon mehrfach hingewiesen. Man macht an der herausragenden normativen Position dieses höchsten Wertes keinerlei Abstriche, wenn man zum umsichtigen Umgang mit ihm anhält. In konfliktreichen Situationen liegt es nahe, diesen «nicht verrechenbaren Wert» (gegen Schopenhauers Kritik halten wir an dieser Redeweise Kants fest) unmittelbar für die Legitimierung von Lösungswegen heran zu ziehen. Das birgt die Gefahr in sich, dass man eine Option verficht, zu der es bessere, weil humanere Alternativen gibt, welche gerade als solche Menschenwürde nicht minder achten.

Menschenwürde begründet die «Inkommensurabilität des menschlichen Lebens» (Schott 2001, 79); menschliches Leben lässt sich mit nichts verrechnen. In dilemmatischen Situationen, auch auf dem Gebiete der Organallokation, hilft diese Vergewisserung nicht weiter – es sei denn, sie diene eben, wiewohl ungewollt, dazu, eine voreilige Lösung im Sinne bloss formaler Gerechtigkeit zu untermauern. Wenn, *ceteris paribus*, für zwei gleich dringlich zu versorgende Patienten ein einziges lebensrettendes Organ greifbar ist, dann stehen beim Entscheiden, abgesehen vom Prozess als solchem, nicht Wahrung oder Missachtung von Menschenwürde zur Wahl. Beider Patienten Menschenwürde wird respektiert, gesetzt in einer Abwägung wird die

persönliche Situation eines jeden gleichermaßen umfassend und eingehend erhoben, analysiert und gewürdigt. Das schliesst die vergleichende Beurteilung von Lebenschancen und beispielsweise der Bedeutung von deren Verwirklichung für Dritte nicht aus; von einem Lebenswert-Vergleich zu sprechen, wäre insofern unbillig, als sich mit diesem Konzept, jedenfalls für viele, die moralische Disqualifizierung dieses Aktes automatisch verbindet. Gerade in extremen Situationen ist es aus ethischen Überlegungen geboten, möglichst keine sprachlichen Bilder zu verwenden, welche zu raschen und fälschlicherweise für evident genommenen Urteilen verleiten. Es mag gute Gründe geben, auch bei Entscheidungen von fundamentaler existentieller Bedeutung Gesichtspunkte zu beachten, die sonst nachrangig erscheinen mögen. Der «moralische Punkt» bzw. die moralische Intuition, die von ihrem Gewicht her akzeptable von nicht länger relevanten Faktoren der Entscheidung trennt, lässt sich nicht berechnen, vielmehr nur diskursiv festlegen (Lachmann / Meuter 1997, 172-174). So formuliert Schott denn einerseits zu absolut, andererseits mithilfe eben jenes suggestiven Bildes, wenn er unterstreicht, es verstosse «gegen die Würde des Menschen, wenn bei einer Verteilungsentscheidung die Leben verschiedener Menschen gegeneinander abgewogen und Lebensrechte bemessen werden (Schott 2001, 79). Gerade darum braucht es nicht zu gehen. Die Respektierung von Rechten steht nicht auf dem Spiel, sie ist von vornherein konzediert. Um eine letztlich vor dem eigenen Gewissen vertretbare, also möglichst rationale, das heisst immer auch für das menschliche Umfeld hilfreiche und überzeugende Bewältigung eines Dilemmas ist es zu tun.

#### 4.7.4 Lebenszeit und soziale Pflichten

Zwei Beispiele – in der Literatur kontrovers abgehandelt und vom TPG-Entwurf sowie von der Botschaft negativ beschieden – sollen die abstrakten Überlegungen veranschaulichen (vgl. auch unten 5.2.3.4).

##### 4.7.4.1 Chronologisches Alter als Allokationskriterium

Die Norm, der gemäss Zugehörige der menschlichen Gattung kraft Eigenwert und Würde das gleiche Recht auf Leben geniessen, wird oft genug nur absolut betrachtet, also ohne die geschichtlichen Bedingungen, insbesondere die zeitliche Dimension der Verwirklichung dieses als solchen unbestrittenen Rechts zu bedenken. Menschliches Leben wächst sich indessen, jedenfalls in der Regel, nicht als abstrakte Grösse, sondern als leibliche, als körperlich-seelisch-geistige, als dialogische und kommunikative Entfaltung in Geschichte und Zeit. Leben vollzieht sich als Akkumulation erfüllter und frustrierter Präferenzen einer Existenz, der es, um mit Martin Heidegger zu reden, in ihrem Sein um dieses selbst geht, die aber unausweichlich als Sein zum Tode in dieser Welt da ist. Ohne besondere Modi der Existenz auszeichnen zu wollen, darf man festhalten, dass, jedenfalls im Prinzip, auch die zeitliche Erstreckung des Daseins Auskunft über dessen Chancen der Sinnerfüllung erteilt. Oder einfach gesagt: Wer länger gelebt hat, genießt im Allgemeinen grösseren existenziellen Reichtum.

Man kann diese Sätze nicht schreiben, ohne Leserinnen und Leser um Nachsicht zu bitten. Sie klingen sehr allgemein, sind das Resultat einer Reduktion, die sich Einwänden zuhauf ausgesetzt sieht. Dies zugestanden, liefern sie dennoch den Grund für das folgende Postulat: In dilemmatischen Situationen der Organallokation, wenn scheinbar keine berücksichtigungswerten materialen Differenzen zwischen konkurrierenden Leidenden mehr vorliegen, nun aber ein lebenserhaltender bzw. verweigernder Entschluss zu fassen ist, soll das chronologische Alter als sekundäres Kriterium dienen. Ein erheblicher Altersunterschied zwischen den Konkurrenten muss gegeben sein, dessen erforderliche Länge situativ bestimmt wird. Das Postulat ruht auf dem Prinzip der Solidarität, folgt aber auch dem Ziel ausgleichender Billigkeit: Wem relevant weniger Gelegenheiten, Präferenzen zu erfüllen, offen standen, soll Vorrang geniessen. Der Ausweg, welchen Tom Regan vorgeschlagen hat, nämlich in analogen Fällen danach zu fragen, welchem

der konkurrierenden Betroffenen, würde er bzw. sie übergangen, das grössere Unheil oder Unglück zugemutet würde, und diese Person dann zu bevorzugen (nach dem «worse off-principle» also zu verfahren), wirkt plausibel<sup>67</sup>.

Über die Operationalisierung des Kriteriums des chronologischen Alters lässt sich kaum Konkreteres sagen; sie muss der Umsicht und dem Gewissen der für die finale Zuteilung Zuständigen anvertraut werden. Als in der Regel nicht selber unmittelbar Betroffenen darf man ihnen die zusätzliche Last, welche die Berücksichtigung dieses Kriteriums mit sich bringt, aufbürden. Die Fälle, in welchen es Anwendung heischt, werden nicht häufig sein. Die Beeinträchtigung der Rechtssicherheit, die das Kriterium impliziert, wird gemildert dadurch, dass immer dieselbe, nämlich die final entscheidende Instanz mit der Abwägung befasst wird; und sie wird wett gemacht durch den Gewinn an Humanität.

#### 4.7.4.2 Verantwortung für Dritte

Für das zweite Beispiel knüpfen wir an die «anthropologische Vergewisserung» im Abschnitt 4.1.4.3 an. Die Beschreibung des menschlichen Individuums als Teil eines «intrinsischen Beziehungsgeflechts», in dem es in wechselseitiger Auseinandersetzung mit Anderen erst sein Selbst gewinnt, so zwar, dass auch diese mit aus der Beziehung zu ihm zu dem werden, was sie sind – diese Beschreibung bejaht die Frage, «ob es auf dem Gebiet der Verteilungsgerechtigkeit überhaupt ein Jenseits des Individualitätsprinzips geben kann» (Gutmann / Land 2000, 100).

Wenn das Individuum in seiner Integrität und Personalität angemessen nicht anders denn durch Beziehungen zu Anderen, deren Integrität sich mit aus ihm konstituiert, vorgestellt werden kann, dann ist sein Leben immer auch das Leben Anderer, ist Rettung seines Lebens ein Stück weit Rettung anderer Leben. Diese Dritten erweisen sich dadurch als gerechtigkeits-theoretisch relevant.

---

<sup>67</sup> Regan 1985, 324; vgl. 309: «To show equal respect for the equal rights of the two, one must count their equal harms equally, not their unequal harms equally [...] Precisely because M and N are equal in inherent worth, because the two have an equal prima facie right not to be harmed, and because the harm M faces is greater than the harm N faces, equal respect for the two requires that we not choose to override M's right but choose to override N's instead».

Die Beschreibung hilft, für die Gerechtigkeitsfrage einschlägige von nicht bedeutsamen Dritten zu unterscheiden. Existenziell zentrale, nicht bloss instrumentelle Beziehungen stehen im Vordergrund, und es muss sich gleichzeitig um essentielle wechselseitige Beziehungen handeln. Sie lassen sich nicht sinnvoll unter den Begriff des «social worth» subsumieren. Um bei einer Gegenüberstellung zu bleiben, die man so oder ähnlich in der Literatur verschiedentlich trifft: Die junge Mutter von drei Kindern ist mit dem «besonders qualifizierten Arzt» (Gutmann / Land 2000, 100) nicht gleichzustellen. Ist dieser vertretbar, mit einer grossen und sich verändernden Gruppe von Patienten befasst, diesen insofern nur lose verbunden, qualifiziert sich die Mutter durch ihren unmittelbaren und nicht ersetzbaren, wohl auch nicht adäquat (nämlich über Jahre hinweg) vertretbaren Bezug zu ihren Kindern. Bezogen auf den Arzt, der innerhalb einer Gerechtigkeitsgemeinschaft wichtige Funktionen trägt, trifft denn zu, dass er als Arzt, bei sonst gleichen Gegebenheiten, einem alleinstehenden Junggesellen gegenüber keinen Vorrang beanspruchen kann: «ein Mensch [hier der Junggeselle] darf» nicht «zur Erreichung kollektiver Ziele instrumentalisiert werden» (Schott 2001, 170). Die junge Mutter hingegen ist dem Arzt, *ceteris paribus*, vorzuziehen, und zwar ihrer existenziellen Beziehungen und familiären Funktionen wegen.

M. Schott schreibt im eben gelieferten Zitat «niemals» statt «nicht». Versteht man die Familiengemeinschaft als Kollektiv, dann wäre das absolute Adverb verfehlt. Der Satz ist allerdings auch so schon problematisch, bedürfte der Präzisierung des Grades der Instrumentalisierung. Partielle Instrumentalisierung zugunsten von Kollektiven ist nicht nur gängig und vielfach ethisch legitimiert, sie ist auch notwendig für das Überleben und das Wohlergehen von Einzelnen in humanen Kollektiven, nicht weniger von diesen Kollektiven selber.

#### 4.7.5 Spendebereitschaft

Mit der Frage, ob und an welcher Stelle Spendebereitschaft als Kriterium im Sinne einer positiven sekundären Diskrimination Eingang in den Allokationsprozess finden darf, haben wir uns unter 4.2.3.1–4.2.3.3 eingehend befasst. Wenn wir hier daran erinnern, so weil eine Differenz zur in der Literatur überwiegenden Meinung besteht, vor allem aber auch zur Beurteilung, die dem TPG-Entwurf zugrunde liegt. Das Gewicht, das wir dem Kriterium im Vergleich zu den

anderen beimessen, ist gering: Es soll gerade noch vor dem Zufallsentscheid durch das Los zum Zuge kommen. Gerechtigkeitstheoretisch wird es hingegen durch ein selber zentrales Prinzip legitimiert, durch den Grundsatz der Fairness nämlich, und insofern verdient es besondere Aufmerksamkeit. In seiner bloss erhofften Funktion als Promotor der Spendebereitschaft in der Bevölkerung hingegen ist es gerechtigkeitstheoretisch unbeachtlich.

#### 4.7.6 Das Problem richtiger und angemessener Differenzierung

Geht man, wie hier, davon aus, dass es nicht möglich ist, zum Vornherein und in definitiver Weise alle anwendbaren Kriterien, die eine positive Determinierung begründen können, aufzulisten und in ihrem Gewicht gegeneinander abzuwägen, dann wird man sowohl in der Suche nach als auch in der Anwendung von Kriterien verpflichtet, sachgerechte und situationssensitive Differenzierungen vorzunehmen. Vor allem wird man sich davor hüten müssen, vorschnell bestimmte Gesichtspunkte zu verabsolutieren. Das aber kann geschehen, wenn man an sich einschlägige Prinzipien entweder übersieht oder vernachlässigt. Stets wird man auch prüfen müssen, ob sonst aus guten Gründen abgewiesene Gesichtspunkte im zur Entscheidung stehenden Typus oder Einzelfall nicht doch relevant sind. Zum Beispiel mögen sonst unbeachtliche Verdienste mit einem Mal Beachtung erheischen und den Weg zur billigen Lösung in dilemmatischen Situationen ebnen.

Worum es geht, lässt sich anhand der sorgfältigen Erörterung der Allokationsrelevanz einer früheren Lebendspende bei M. Schott veranschaulichen (2001, 343-345). Zwar fragt er «generell, in welchem Ausmass sich eine Bevorzugung von ehemaligen Lebendspendern rechtfertigt», scheint also die Möglichkeit der Legitimation vorauszusetzen. Im Endeffekt verwirft er sie allerdings. Uns interessieren die Gründe. Vorweg ist festzustellen, dass das aufgeworfene Problem sich unter dem Aspekt der Fairness beleuchten lässt, was hier nicht geschieht. Der Gedanke, dass jemandem analog vergolten wird, was er für Andere geleistet hat, gilt in der Gerechtigkeitsgemeinschaft auch dann, wenn der entsprechende Akt, wie bei der Lebendspende wohl die Regel, durch persönliche Bindung motiviert wurde (von Blut- und Knochenmarkspenden sehen wir ab). Gerechtigkeitstheoretisch ist es nicht erforderlich, auf das Prinzip der Solidarität zu rekurrieren, um den Akt der Lebendspende zureichend zu qualifizieren. Insofern sind Spendeentscheid und Spendeverweigerung sicher moralisch, dann aber, unter

Fairnessgesichtspunkten, auch rechtlich nicht gleichwertig. Rechtlich kann die Lebendspende in der Tat keine Diskriminierung der verweigernden Person begründen, wohl hingegen einen Vorrang jener Person, die zum Funktionieren des Transplantationssystems essentiell Unterscheidendes beigetragen hat. Die Lebendspende ist nicht allein für die empfangende Person eine Erleichterung, sondern indirekt für die ganze Gruppe der auf ein entsprechendes Organ Wartenden. Die Zahl der Bedürftigen wird herabgesetzt, dadurch deren Allokationschancen generell erhöht.

Um die eben vorgenommene Unterscheidung von Diskriminierung und Vorrang nachvollziehen zu können, ist es allerdings nötig, die traditionelle *Lehre von der Doppelwirkung einer Handlung* heran zu ziehen (vgl. Anm. 84): Die objektiv negative Nebenwirkung einer Handlung gilt als ethisch akzeptabel, wenn sie, selber nicht angestrebt, sich als unvermeidliche Folge einer ethisch legitimerweise erstrebten Hauptwirkung einstellt. Es geht also nicht, um eine geläufige Analogie zu verwenden, um die optimistische bzw. pessimistische Beschreibung eines zur Hälfte gefüllten Glases; die Intension der Beschreibung ist vielmehr eindeutig bestimmt und gefordert.

Für das Folgende ist wichtig, sich vor Augen zu halten, an welcher Stelle im Allokationsprozess das Verdienst der Lebendspende überhaupt Beachtung findet. Es gibt, so weit ist der Zurückhaltung von M. Schott beizupflichten, nicht mehr als ein Hilfskriterium letzter Position an die Hand, welches den Rekurs auf den Zufall mit gutem Grund hinauschiebt. In dieser Funktion vermag es m. E. sogar dann zu dienen, wenn, immer *ceteris paribus*, die Priorität zwischen zwei hochdringlichen Leidenden zur Entscheidung steht.<sup>68</sup> Der Akt der Lebendspende erfasst die spendende Person in existenzieller Weise und so tief, dass er auch in scharf zugespitzten Situationen in die Waagschale gelegt werden darf. Ein ausserordentliches Verdienst im Einzelfall und billigerweise zu honorieren, setzt nicht voraus, dass alle anderen Glieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft «die gleiche tatsächliche Möglichkeit hatte[n], sich verdient zu machen».<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. Schott 2001, 344, Anm. 1552.

<sup>69</sup> So Lachmann / Meuter 1997, 220, zustimmend zit. durch Schott 2001, 345, in Anm. 1156. Die von den Autoren gestellte Bedingung scheint überzogen und nicht sachgerecht.

Genau davon geht M. Schott aber aus, wenn er urteilt, es «entbehre jeder Fairness», würden Wartende ohne Gelegenheit, durch eine Lebendspende Verdienst zu erringen, gegenüber ehemaligen Lebendspendenden benachteiligt. Er weiss, dass seine Position «unnötig streng erscheinen» mag, verteidigt sie aber mit dem Hinweis, nur sie verwirkliche «den Anspruch auf unterschiedslose und gleiche Beachtung der Bedürfnisse der verschiedenen Patienten». Das trifft zu; nur liegt die Schwäche des Arguments darin, dass es sich auf eine *petitio principii* stützt. Offen ist nämlich, ob es richtig ist, in der gegebenen extremen Situation ausschliesslich die Bedürfnisse zu berücksichtigen. Das Wort «ausschliesslich» wird hier von Schott zwar nicht verwendet, trägt hingegen implizit die Gültigkeit seines Arguments.

Der in Schotts Argument rekapitulierten grundsätzlich richtigen Forderung lässt sich entsprechen, auch wenn man zusätzliche Aspekte bei der Entscheidungsfindung beachtet. Gerechtigkeit ist zwar universelle Idee, verwirklicht sich hingegen immer in einzelnen Lebensbereichen und -situationen. Hier bewegen wir uns im Bereich der Transplantationsmedizin, genauer in der Organallokation. Als verteilungsrelevant können hier nur Verdienste gelten, welche in diesem Bereich erworben wurden. Es fällt daher keineswegs schwer, «die Beachtung [...] eines spezifischen Verdienstes einer Person hier und nur hier zu begründen». Gerade in der Spezifität des Verdienstes liegt der gesuchte Grund.

Diese Spezifität bezieht sich auch auf den Spendefall. Gegenstand der Fairnessbetrachtung sind Notlagen, die sich auf Grund einer besonderen Leistung ergeben. Ethisch akzeptable, weil nicht missbräuchliche Lebendspenden erfolgen in aller Regel nicht an ein Transplantationssystem ganz allgemein, sondern an eine persönlich identifizierte und mit dem Spender verbundene Person. Aus ihr erwächst kein Anspruch auf irgend ein Organ bei beliebigem Bedarf, hingegen auf Hilfe in der Not, die aus dem Fehlen von weggegebenen Ressourcen resultiert: Der Nierenspender besitzt kein Vorrecht im Falle eines Herzversagens, wenn dieses sich nicht ursächlich mit der Nierenspende verknüpfen lässt. Gerechtigkeit im Transplantationssystem verlangt nicht Prämierung des guten Willens oder von Solidarität schlechthin. Der Grund der Erkrankung ist bei der Bevorzugung von Lebendspendenden – um diese geht es, und nicht um Kranke überhaupt – gerade entscheidend, anders als Schott dies sieht.

Worin liegt der Zweck dieser längeren Diskussion von Schotts anregenden Überlegungen zum Kriterium der zurückliegenden Lebendspende? Ganz einfach in der *Veranschaulichung der Schwierigkeiten*, die sich mit der unabdinglichen Differenzierung beim Anwenden bzw. Verwerfen von Allokationskriterien verknüpfen. Sie verlangen Berücksichtigung in der der Gerechtigkeit, das heisst eben auch der Billigkeit verpflichteten Legiferierung im Gebiete der Transplantationsmedizin. Wie das auf den einzelnen Stufen der Gesetzgebung zu lösen ist, bleibt offen. Es wird jedoch nötig sein, im Vollzugsbereich ausreichend Ermessensspielraum zu gewähren. Im Hinblick auf Gerechtigkeit in ein und demselben politischen Raum scheint es empfehlenswert, diesen Spielraum bei der für finale Entscheidungen zuständigen Instanz, nicht bei vorgelagerten Stellen einzurichten.

## ***Exkurs: Evaluation und Kontrollen als Gerechtigkeitsfaktoren***

Die allokationsethische Diskussion in der Literatur lässt erkennen, dass eine Reihe von Kriterien im Allgemeinen anerkannt wird, die weil andere umstritten bleiben, in ihrer Geltung schlechthin oder dann in ihrem Gewicht. Th. Gutmann und W. Land haben die einschlägigen Gesichtspunkte zusammengestellt und nach diesen beiden Kategorien in einer Weise geordnet, der man im Sinne einer heuristischen Wegleitung folgen kann (2000, 92–94 und 95–105). Wie weit man alle Erwägungen übernimmt, darf im Augenblick dahingestellt bleiben. Wir gehen bei einem gegebenen Gerechtigkeitsraum davon aus, dass es gelingt, über formale, allerdings auf Menschenwürde und deren Korollarien abgestützte Verfahren zu einem Konsens bezüglich der zu verwendenden Kriterien vorzustossen. Auch die mit diesem Prozess noch verbundenen Schwierigkeiten dürfen wir übergehen; denn nur darum ist es jetzt zu tun herauszufinden, welche Vorkehrungen im Interesse der Gerechtigkeit über die Festlegung der Kriterien hinaus getroffen werden müssen, will man den Überlegungen im vorhergehenden Abschnitt Rechnung tragen.

Es leuchtet ein, dass – muss das konkrete Allokationsverfahren als nicht in allen Einzelheiten vorwegnehmbarer, sondern als von Ermessensspielräumen durchsetzter Prozess verstanden werden – nicht allein die Kriterien, sondern auch deren Operationalisierung durch die verschiedenen Gerechtigkeitsagenten ethischer Rechtfertigung bedürfen (Kostka 2002, 87). Die primären Regeln, denen die Agenten folgen, sind dabei das Eine; das konkrete Vorgehen im einzelnen Anwendungsfall das Andere. Das erheischt Rechtfertigung auch bezogen auf die einzelnen Fälle, also Kontrollen und Evaluationen *post festum*, angesetzt und abgeschlossen von dem Allokationsgeschehen selber externen Instanzen.

Es ist wichtig, die Kontroll- und Evaluationsmassnahmen so einzurichten, dass sie nicht missverstanden werden. Ihr Ziel – das gemeinsame Ziel einer gerechten Allokation verpflichteten Akteure – sind optimale Herstellung und nachhaltige Verwirklichung distributiver Gerechtigkeit unter Bedingungen von Unsicherheit und Ungewissheit. Als Instrumente der Vorsorge fungieren Kontrolle und Evaluation damit selber als Gerechtigkeitsfaktoren. Moralisch für jedermann verpflichtend, bedürfen sie rechtlicher Positivierung, in der auch Sanktionen eine Rolle spielen. Sanktionen dienen dem Schutz gegen Vernachlässigung oder Missachtung; sie kehren sich nicht gegen die sittliche Autonomie der Gerechtigkeitsagenten, korrigieren bloss allfällige Schwächen.

Schwächen zu beheben, ist treibendes Motiv aller am Gerechtigkeitsprozess Beteiligten, den Willen zu konkludentem Verhalten vorausgesetzt. Angesichts der Komplexität und Unsicherheit der zur Überprüfung stehenden Strukturen, Verfahren, Entscheidungen und Legitimationen darf es für niemanden darum gehen, Recht zu *haben*, sondern ehrlicherweise nur darum, *gemeinsam Recht zu finden*. Evaluationsprozesse, welche künftiges Vorgehen steuern, bedürfen eines formellen Abschlusses, der autoritativen Feststellung dessen, was vorläufig gilt. Kann nicht ein von allen Betroffenen gemeinsam erarbeiteter Konsens zur Autorität werden, entscheidet die das gesamte Verfahren leitende Instanz. Auch ihr Verdikt ist aber so zu gestalten, dass es dem Einspruch und der Berichtigung aufgrund neuen Wissens und geschärften Gewissens zugänglich bleibt.

Wie genau Kontrollen, Evaluationen, gemeinsame Erhebungen, Besprechungen und Entscheidungen ins Werk gesetzt werden; wer mit welchen Kompetenzen ausgestattet wird; wer welchen Pflichten nachzukommen hat, bleibt umsichtig und transparent zu bestimmen. Entscheidend ist, dass sämtliche Agenten, mithin auch eine Nationale Zuteilungsstelle, zu Objekten der Untersuchung gemacht werden – auch dann, wenn sie selber mit Kontroll- und Evaluationsaufgaben gegenüber ihnen im Prozess vorgeordneten Stellen betraut sind. Die oberste Leitung und die letzte Beurteilung kann im Gerechtigkeitsraum nicht bei einer privaten, sie muss bei einer öffentlich-rechtlichen Instanz angesiedelt werden; denn was im Spiel steht: formale wie materiale Gerechtigkeit und Billigkeit im System der Organallokation, ist ein hochrangiges öffentliches Gut. Die Herstellung und Sicherung dieses Gutes ist letztinstanzlich Prärogativ, allerdings auch öffentlich zu verantwortende Pflicht der öffentlichen Hand (zu Kostka 2002, 102).

#### 4.7.7 «Super urgent»-Patientinnen und -Patienten

Eindringlicherer Diskussion bedarf der Fall von Transplantationsanwärterinnen und -anwärtern, deren Leben unmittelbar bedroht ist, können sie nicht innert weniger Tage ein Transplantat erhalten. Sie genießen allgemein höchste Priorität. Swiss Transplant spricht von «Super urgent»-

Patienten, Eurotransplant folgt dem gleichen Prinzip («High urgency»-Patienten); in der Literatur findet es vorwiegend Zustimmung.<sup>70</sup>

Die hohe Priorität der Regel, unmittelbar gefährdetes Leben nach Möglichkeit zu retten, leuchtet ein, und als *Prima facie*-Prinzip ist ihr nicht zu widersprechen. Der Relativierung steht sie dennoch offen, ist doch ein Transplantat ohne Aussicht auf nachhaltigen Erfolg weder zweckmässig noch, im Blick auf andere Bedürftige, denen geholfen werden könnte, ethisch vertretbar.<sup>71</sup> Und erwägt man die Situation, in der zur gleichen Zeit zwei Personen, medizinisch gleich qualifiziert, als «Super urgent»-Patientinnen klassiert werden, wird evident, dass dieses Prinzip *allein* nicht ausreicht, um dilemmatische Situationen zu bewältigen. Die heute gängige Lösung, den Vorrang nicht direkt einer der leidenden Personen, vielmehr einem Transplantationszentrum einzuräumen, jenem nämlich, in dem sich auch die spendende Person befindet (B 101), mag praktisch sein, liegt jedoch ausserhalb gerechtigkeitsrelevanter Überlegungen und ist deshalb aus ethischer Warte abzulehnen. Weiterführende Überlegungen, welche das Prinzip der medizinischen Dringlichkeit generell auf seine Tragfähigkeit befragen, finden sich in B 109 (auch Largiadèr 1999 b). Die Frage stellt sich, ob allein die Zuhilfenahme des Zufalls, das Los, einen gerechtigkeitskonformen Ausweg biete. Sie ist zu verneinen.

Das Los als Hilfsmittel gewährt gewiss formale Gleichheit: Die Chancengleichheit für die Betroffenen wird gewahrt. Doch der Unterschupf bei der formalen Gerechtigkeit wird zu früh gesucht. Noch stehen materiale Gesichtspunkte zur Verfügung – vorausgesetzt, man fixiert den Blick nicht auf isolierte Individuen, sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass Menschen durch die vielfältigen Beziehungen, in denen sie stehen, zu dem werden, was sie jeweils sind, so erst

---

<sup>70</sup> Für viele Largiadèr 1999 a und 1999 b, hier kritisch befragt.

<sup>71</sup> «Super urgent gelistete Patienten haben [...] Priorität vor allen mit normaler Dringlichkeit gelisteten Patienten», schreibt das Universitätsspital Zürich (Viszeral- und Transplantationschirurgie) in einer Stellungnahme zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (8.1. 2001). Doch auch hier gelten «in aller Regel sinngemäss» folgende Bedingungen: Blutgruppen (ABO System)-Identität; «Size match»; positives Ergebnis einer interdisziplinären und an den UNOS-Kriterien orientierten «rollenden internen Priorisierung». Das Prinzip der Lebensrettung findet sich nicht explizit angeführt, wohl aber wird die Möglichkeit seiner Umsetzung im Ernstfall sorgfältig abgewogen. Im Unterschied zu Largiadèr (1999 b, 264 f.) und B 109 verweist die Stellungnahme ausschliesslich auf patientenbezogene Kriterien.

ihre Identität und Integrität gewinnend (vgl. 4.1.4.2). Man braucht sich nicht kommunitaristischen Theorien zu verpflichten, um zu verstehen, dass der – sonst hilfreiche – Ansatz der Gerechtigkeitstheorie beim als rationaler Egoist verstandenen Menschen mit einem Phantom (im Sinne der im Erste-Hilfe-Unterricht verwendeten Puppen) operiert.

Worum es geht, vermag ein Blick in die Tierethik zu verdeutlichen. – Der Fall, dass für die Zuteilung eines einzigen verfügbaren Organs an einen von zwei Patienten *prima facie* keine entscheidungsrelevante materiale Differenzierung mehr möglich scheint, vergleicht sich dem in der ethischen Literatur diskutierten Rettungsboot-Beispiel («lifeboat case»). Tom Regan hat ihn in nützlicher Weise präzisiert: Ein Boot trägt vier Personen, der Rettung harren vier Menschen und ein Hund. Alle fünf zählen als selbstzweckliche Zentren eines Lebens («subjects-of-a-life») – sind Träger inhärenten Wertes, haben *insofern*, d.h. auf diesem hohen Abstraktionsgrad, *prima facie* das gleiche Recht auf Leben. Welches der fünf Wesen zu opfern ist, ergibt sich aus dem bereits angesprochenen «Worse off-Principle», welches besagt, dass Vorrang genießt, wer den grösseren Schaden davon trüge, würde man ihn zugunsten eines anderen opfern. Die Vielfalt, ein erfülltes Leben zu führen, ist bei Menschen signifikant höher als beim Hund. Wiewohl alle fünf den gleichen inhärenten Wert aufweisen, ist darum der Hund nachrangig zu behandeln (Regan 1985, 324; vgl. 309).<sup>72</sup>

Regans Argument arbeitet zwar ebenfalls mit isolierten Individuen. Aber es macht doch eines ersichtlich: Vorrang soll geniessen, wer über erwartbar mehr und reichere Lebenschancen verfügt. Nicht an einen Nutzenkalkül ist dabei gedacht, sondern an die Schaffung eines grösseren oder geringeren Guten in dieser Welt. Dieser Gesichtspunkt erlaubt, kann man die Fixierung auf isolierte Individuen aufbrechen, den Einbezug von Erwartungen und Interessen *Dritter* in die Erwägung, soweit diese Dritten auch für die Identität – und Integrität! — der betroffenen Patienten von erheblicher Bedeutung sind. So wird man eben, in der Not der Triage, einer für

---

<sup>72</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Überlegungen von Friedo Ricken, 1987. Einen gemässigten Biozentrismus vertretend, entwickelt er ein Kriterium, welches erlaubt, zwischen sonst gleich qualifizierten Lebewesen zu entscheiden. Differenziert wird nach dem Grad der Selbstbezogenheit humaner und nichthumaner Wesen; sie stehen auf der *scala naturae* offensichtlich nicht auf gleicher Stufe. Der sonst gültige Vorrang der negativen Pflicht, eher nicht zu schädigen als jemandem etwas Gutes zu tun, gilt nicht, wenn das Wohl von Wesen unterschiedlicher Stufenhöhe auf der Lebensleiter auf dem Spiele steht (1987, 17-21).

unmündige Kinder verantwortlichen Mutter den Vorrang vor einer alleinstehenden Frau einräumen (das Standardbeispiel in der Literatur). Dies nicht zu tun, wäre unbillig, die material bessere Gerechtigkeit würde ohne Not und ohne Beeinträchtigung der Rechtssicherheit der abstrakten formalen Gerechtigkeit geopfert. Mit dem generellen Diskriminierungsverbot geriete diese Lösung nicht in Konflikt. Denn ist sie in der Gerechtigkeitsgemeinschaft einmal akzeptiert, handelt es sich um eine sekundäre, sittlich-politisch legitimierte Diskriminierung.

Das hier entwickelte Argument bedarf zwar der Vertiefung und Überprüfung. Mindestens eine *praktische Konsequenz* zeitigt es hingegen schon jetzt: Ein Allokationsentscheid allein aufgrund der Klassierung als «Super urgent»-Patient kann unbefriedigend ausfallen. Neben strikt medizinischen Erfolgsbedingungen sind in Konfliktfällen auch andere gewichtige Aspekte zu berücksichtigen: Die erwarteten Lebenschancen gilt es zu ermitteln, wobei darunter nicht allein das individuell-isolierte Überleben zählt; beachtlich ist vielmehr auch die Bedeutung jener existentiellen Bezüge, welche die Identität und umfassend interpretierte Integrität der zu transplantierenden Person im Wesentlichen ausmachen. *Wo Lebenschancen gering sind oder gar fehlen, ist die Qualifizierung als «Super urgent»-Patient zu relativieren*, der Patient einer besser ausgewiesenen Patientin nachzuordnen. Der Rückgriff auf den Würfel wäre nicht nur voreilig, sondern unfair, also ungerecht.

#### 4.7.8 Auslosen – letzter Ausweg?

Verschiedentlich sind wir dem Los als Mittel der Entscheidungsfindung begegnet (bes. 4.7.2.1). Wir haben die Zuhilfenahme des Zufalls bei Allokationen skeptisch, ja eher ablehnend kommentiert. Dafür ist noch etwas einlässlicher zu argumentieren.

Auf dem Boden der Zurückhaltung treffen wir uns mit zahlreichen Autoren (für viele Lachmann / Meuter 1997, 203; Gutmann / Land 2000, 104; Schott 2001, 178 f., 381 f.). Das Los wird als *ultima ratio* akzeptiert; erst dann lässt sich sein Einsatz ethisch rechtfertigen, wenn in der Konkurrenz zweier oder mehrerer gleich dringlich transplantationsbedürftiger Personen keine materialen Differenzen auszumachen sind, deren Berücksichtigung moralisch zulässig ist und zwingende, eindeutige Ergebnisse zeitigt.

Der Rückgriff auf Zufallsentscheide, darin besteht Einigkeit, muss «einer sachorientierten Klärung der Situation nachgeordnet werden». Ethisch zureichend lassen sich Zufallsentscheide nur dann rechtfertigen, wenn keine «akzeptablen Gründe» mehr vorliegen, die eine Verteilungssituation zu klären und zu bewältigen gestatten (Lachmann / Meuter 1997, 203). Nicht evident ist, woran die Klärung sich halten darf; was als akzeptabler Grund gelten soll; wann die Berücksichtigung objektiv bestimmbarer Differenzen moralisch zulässig ist. Die mehrheitlich vertretene Meinung mögen folgende Sätze illustrieren:

a) «Keine menschliche Eigenschaft rechtfertigt die Verweigerung elementarer Gesundheitschancen.» Ist «zwischen zwei oder mehr Patienten keine Differenzierung nach dem Bedarf mehr möglich», bleibt «nur die Zuteilung nach dem Los» (Schott 2001, 381).

b) Es gibt einen «moralischen Punkt», ab dem «erfolgswirksame» Differenzen zwischen konkurrierenden Bedürftigen so gering ausfallen, dass «für die Verteilung von elementaren medizinischen Gütern, wie sie Organe darstellen, nur ein egalitaristisches Verteilungsprinzip in Frage [kommt], durch welches der moralischen Grundanschauung der Gleichheit aller Menschen und zugleich der existenziellen Bedeutung der Situation ein angemessener Ausdruck verschafft wird» (Lachmann / Meuter 1997, 203 f.).

Die unter a) aufgeführten Überlegungen lassen erkennen, dass das isolierte kartesianische Individuum im Blick steht. Dass persönliche Integrität sich nur im Netz der Wechselwirkungen zwischen Personen konstituiert, spielt keine Rolle, ebenso wenig der Umstand, dass mit dem Leben eines Patienten die Leben unmittelbar und existenziell Abhängiger betroffen sein könnten. Die Fokussierung auf den Bedarf, der, wird von der Zuteilung von Lebens- und Gesundheitschancen gesprochen, als medizinischer Bedarf des Individuums ausgelegt werden muss, verstärkt diesen Mangel und verengt den Blick. Damit erfolgt der Griff zum Los zu schnell. Die Vielfalt der Aspekte menschlichen Daseins zu berücksichtigen und zu würdigen, ist auch im Zusammenhang der Allokationsproblematik geboten, soll sachgerecht entschieden werden.

In den Überlegungen unter b) werden erfolgswirksame Kriterien bzw. Differenzen angesprochen. Auch hier obsiegt der verengte Blick: Erfolg meint, so jedenfalls steht zu vermuten, individueller Transplantationserfolg, wie er sich als Dauer des Transplantatüberlebens

und verbesserte Lebensqualität der Behandelten messen lässt. Soziale Verpflichtungen fallen ebenso ausser Betracht wie die individuellen Funktionen in der wechselweisen Konstituierung persönlicher Integrität – ein Aspekt, der zum Wirkungsbereich des Prinzips Menschenwürde gehört. Er ist m. E. wesentlicher als die dem Losentscheid als «egalitaristisches Verteilungsprinzip» zugeordnete Funktion, Gleichheit der Menschen und existenzielle Bedeutung der Situation auszudrücken. Warum wesentlicher? Ganz einfach weil eine auf die Allgemeinheit ausgerichtete (in anderem Zusammenhang kaum zu überschätzende) symbolische Funktion hier weniger wiegt als unmittelbar lebensweltliche, der Humanität verpflichtete Auswirkungen.

Das Spiel mit dem Zufall, kommt es zu früh, ist allemal verfehlt und wird in der Tat zur *Verweigerung eines moralisch möglichen Entscheids*. Zutrifft, dass «nur wenn mit guten Gründen ein materiales Kriterium ausgewählt werden kann, welches zwangsläufig eine eindeutige und gerechte Ordnung der Ansprüche ergibt, [...] ganz auf einen Zufallsentscheid verzichtet werden» kann (Schott 2001, 359). Ungeklärt bleibt in diesem Satz allerdings, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit von Zwangsläufigkeit, Eindeutigkeit und Gerechtigkeit die Rede sein kann. Stimmt man dem Konzept der Billigkeit als der besseren Gerechtigkeit zu; versteht man Billigkeit im Sinne von I. Tammelo auch als Barmherzigkeit und Mitleid, als offen also für Bestimmung durch besondere Zuwendung und Gefühl, dann sind auch moralisch legitime Differenzierungen tunlich, die sich, wie üblich in ähnlichen dilemmatischen Situationen, nicht mehr in universeller Weise rationalisieren lassen – auch wenn sie in der Überzeugung getroffen werden, dass jede und jeder in der gleichen Situation ebenso mitfühlen, urteilen und entscheiden würden. Sie sind darum sittlich nicht minder relevant. Erst wo die entscheidende Instanz – ein Einzelner oder eine Gruppe – durch eine derartig persönliche Inanspruchnahme überfordert wird, oder wo die Situation keinen existenziell eindeutigen Entscheid mehr zulässt, hat das Los seinen sittlich legitimen Ort. *Der Gewissensentscheid entspricht praktischer Menschenwürde; der Griff zum Los anerkennt blossmenschliche Endlichkeit.*

Mit der Bereitschaft, die moralische Fähigkeit nicht eher enden zu lassen, als bis sie an die ihr inhärenten Grenzen stösst, werden Entscheidende herausgefordert, ihre Menschenwürde praktisch zu bewähren. Die Menschenwürde der Betroffenen wird durch diesen Akt nicht missachtet, es steht nicht Menschenwürde gegen Menschenwürde (vgl. 4.7.3). Die gleiche Würde

zeichnet Akteure und Patienten aus, nur tritt sie in jenen als *erfüllte Pflicht*, in diesen als *Anspruch* auf die Bühne.

Wer diese Position vertritt, wird auch dafür plädieren, den Kreis der materialen Kriterien, nach denen über konkurrierende Behandlungsansprüche befunden wird, weit zu ziehen. Er wird aber nicht fordern, dass dieser Kreis auch dann ausgeschritten werde, wenn die Füße nicht mehr weiter tragen. Einmal mehr gilt der trostreiche Satz *«ultra posse nemo obligatur»*.

Wer die Verantwortung, entscheidungsrelevante materiale Differenzen so weit wie sinnvoll (die Bestimmung von «sinnvoll» ist noch zu liefern) aufzufinden und zur Geltung zu bringen, auf sich nimmt, den bzw. die bindet eine weitere Pflicht: die Aufgabe, sich und anderen gegenüber Rechenschaft abzulegen darüber, wie man im Einzelfall den Kreis der Kriterien gezogen hat – im Falle des dilemmatischen Allokationsentscheides verbunden mit dem Eingeständnis, dass man dem Zufall das letzte Wort überlassen musste.

Wir wollen diese Überlegungen mit einer Bemerkung schliessen, die bereits Angesprochenes noch einmal aufgreift: *In schwieriger Verständigung über kontroverse Blickpunkte ist es besonders wichtig, auf die Sprachformen, insbesondere die Bilder zu achten, derer man sich in der Debatte bedient.* Dass in dilemmatischer Situation aus ethischer Pflicht entschieden und einem von zwei oder mehreren Leidenden die einzige greifbare Lebenschance zugeteilt werden muss, folgt aus dem Gebot der Hilfe in Notlagen, soweit diese möglich und dem Helfenden zumutbar ist. Sind Güter zur Befriedigung existenzieller Grundbedürfnisse knapp, geht dies nicht an, ohne anderen als den bedachten Personen diese Güter zu versagen. Das ist zwar ein bewusster Akt, er hat jedoch nichts mit «Verweigerung» (Schott 2001, 381 f.) zu tun. Der Ausdruck «verweigern» ist dann am Platz, wenn, was vorenthalten wird, verfügbar wäre. Genau dies ist nicht der Fall; um die Unmöglichkeit von gleicher Zuteilung an alle Anspruchsberechtigten geht es, nicht darum, einem oder einigen von ihnen etwas zu verwehren. Die sonst treffliche Erinnerung an das Verbot, elementare Lebenschancen unter Menschen ungleich zu verteilen, wirkt angesichts der dilemmatischen Situation unangemessen, wenn daraus hergeleitet wird, jede mögliche Wahl verstosse gegen jenes Verbot. Man mag, mit M. Heidegger, von existentialer Schuld sprechen, wenn man denn will; doch diese ontologisch-phänomenologische Charakterisierung darf nicht mit moralischer, schon gar nicht mit rechtlicher Schuld verwechselt

werden: *Die Bedingung der Möglichkeit moralischen Versagens ist nicht selber schon solches Versagen.* So bedeutet einer Handlungsanweisung nicht folgen zu können nicht einen Verstoß, sondern ein Unvermögen. Die Tragik der Entscheidung ist nicht die Tragik des von dieser Betroffenen, sondern die Tragik derer, die diese treffen. Eben darum steht ihnen das moralische Recht zu, solcher Tragik so gut wie möglich die Stirne zu bieten - konkret: so oft wie möglich unter ethischer Anspannung zu im Prinzip universalisierbaren, wiewohl jeweils in einer einzigartigen Situation gewonnenen Entscheiden zu finden. Dass ihr Unvermögen sie immer wieder einholt, verbürgt die existentielle Endlichkeit menschlichen Daseins.

Von diesen Gedanken führt eine nur kurze Strecke zur These, im Hinblick auf *Menschenwürde*, die nicht bloss Ansprüche, sondern eben immer auch die Pflicht der praktischen Bewährung begründet, sei ein Stichentscheid als Gewissensentscheid der Distribution anhand des Loses vorzuziehen. Die besondere Leistung des Auslosens liegt nicht darin, dass es einen Entscheid herbeiführt – dieser lässt sich auch auf anderem Weg herbeiführen –, sondern dass es die Entscheidungskompetenten entlastet. Und vielleicht ist es in dieser Funktion tatsächlich unersetzbar; Menschen als endliche Wesen kann man auch moralisch überfordern. Doch die «bessere Gerechtigkeit» ist auf fremdem Wege nicht zu haben. Sie überwiegt aber die Chancengleichheit als sonst wichtiges Element der Gerechtigkeit.

Pragmatisch überdacht, wird man den Zufall aus dem Prozess der Organallokation nicht wegstreichen. Man wird sich allerdings vor Augen halten müssen, dass *Auslosen* und die über dieses anvisierte Chancengleichheit allem Anschein nach nicht rein formal und *jedenfalls nicht neutral* sind: Der Entscheid für das Losverfahren ist immer auch ein Entscheid zum Verzicht auf weiteres Abwägen, auf mögliche Billigkeit; auf die Leidenden bezogen, entspricht er dem Willen, sie einem anonymen Schicksal preiszugeben. Dieser Wille bedarf ethischer Rechtfertigung. Ob und wie er sich mit dem Prinzip der Menschenwürde vereinbaren lasse, soll hier dahingestellt bleiben.

## 5. Zu den Fragen

### *5.1 Anforderungen an eine gerechte Organallokation, aus ethischer Sicht*

Will man in einem ersten Überblick – und nur darum kann es sich in diesem Abschnitt handeln – die wichtigsten Forderungen sammeln, die sich, aus ethischer Sicht, an ein Allokationssystem stellen lassen, ist es unerlässlich, sich eingangs der Rahmenbedingungen des Prozesses der Zuteilung von Organen an Transplantationsbedürftige zu vergewissern. Das soll kurz geschehen, im Rückgriff auf das in den «Grundlagen» (Kap. 4) Erarbeitete.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass ein wie immer konstruierter *Marktmechanismus* als Zuteilungsinstanz ausgeschlossen werden muss: Bei der Allokation von lebenserhaltenden bzw. wesentlich lebensverbessernden Gütern sind alle Empfänger als Träger von Menschenwürde gleichberechtigt. Unfair, ja inhuman wäre es, den Ausgleich konkurrierender existenziell fundamentaler Interessen einer Einrichtung zu überlassen, welche den Stärkeren (beispielsweise im Hinblick auf Information, Bildung oder Finanzen) honoriert. *Der Allokationsprozess hat nichts mit einem privatrechtlich gesteuerten Tauschvorgang zu tun*, wohl hingegen mit einem nach allgemein akzeptablen Regeln geordneten öffentlich-rechtlichen Distributionsgeschehen.

Um Verteilungsgerechtigkeit also geht es. Sie muss im Prozess der Zuteilung von Organen unter der Bedingung nicht einfach knapper, sondern in erheblichem Masse unzureichend verfügbarer Güter angestrebt werden. Dabei zeichnen sich diese Güter dadurch aus, dass sie

1. für jede und jeden Einzelne(n) im Prinzip unersetzbar, weil lebenserhaltend sind oder
2. unersetzbar dadurch, dass nur über sie eine substantielle Verbesserung der aktuell stark belastenden individuellen und sozialen Lebenssituation gewonnen werden kann.
3. Zudem handelt es sich um prekäre Güter insofern, als die Empfangenden sie möglicherweise unmittelbar nach der Zuteilung oder aber innert kürzerer bis längerer Frist verlieren, wobei

4. ein verlorenes Gut endgültig unverfügbar geworden ist, nicht also auf einen weiteren Empfänger übertragen werden kann.

#### 5.1.1 Zweckmässigkeit

Im Lichte dieser Rahmenbedingungen erhält Zweckmässigkeit als wesentlicher Aspekt von Gerechtigkeit besonderes Gewicht. So zwar, dass von einer Zuteilung von Organen immer dann abzusehen ist, wenn der Zweck der Allokation mit Sicherheit oder doch mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht erreicht werden kann. Die Gründe für die Ermittlung einer derartigen Situation sind in erster Linie medizinischer Natur, erhalten aber jetzt ethische Relevanz. Sie mögen im aktuellen Gesundheitszustand potentieller Empfangender liegen oder aber in physiologischen Eigenheiten, die als zwingende Kontraindikationen angesehen werden müssen.

Erwartungen bezüglich des postoperativen Verhaltens von Empfangenden zählen nicht unter die Kontraindikationen. Sie sind prognostischer Natur, also mit Ungewissheit behaftet. Tiefgreifende Verhaltensänderungen, herbeigeführt durch einschneidende existenzielle Erfahrungen (die unausweichliche Konfrontation mit der eigenen Endlichkeit), lassen sich nicht ausschliessen. Im Falle von Entscheidungen über Leben und Tod bzw. über eine wesentliche Verbesserung von Lebensqualität erlauben es Mutmassungen, ethisch gesehen, nicht, vom Grundsatz des *«in dubio pro vita sive aegrotis»* abzuweichen.

#### 5.1.2 Absehbarer Erfolg

Der Verzicht auf Zuteilung ohne Aussicht auf zureichenden Erfolg rechtfertigt sich nicht allein über das Zweckmässigkeitsargument. Der mit einem hohen Lebensrisiko behaftete Einsatz von Organen verletzt ein – nicht nur im Kontext der medizinischen Ethik – hochrangiges Prinzip: nicht zu schädigen (*nil nocere*). Allgemein geschädigt würden aber all jene, die ebenfalls als Empfangende in Frage kommen; präzise wird jene Person verletzt, welcher, nach sorgfältiger Abwägung, das verlorene Organ zugesprochen worden wäre (vgl. Brenner 2003, 142 f.).

### 5.1.3 Menschenwürde, Anspruchs- und Freiheitsrechte

Für alle weiteren Schritte wird vorausgesetzt, dass die individuell verstandene Menschenwürde als absoluter Wert, der in allen das Transplantationswesen ausmachenden Handlungen verwirklicht werden soll, unbestritten ist. Diese Setzung lässt sich durch die weltweite Existenz internationaler wie nationaler Kodifikationen bzw. Deklarationen, welche sich zur Menschenwürde als jenem absoluten Wert bekennen, ethisch ausreichend plausibilisieren. Die von Individuen wie von Gesellschaften unterschiedlichsten Zuschnitts eingeforderte Achtung der Menschenwürde entspringt einem Bekenntnis und zugleich dem Willen, einer entsprechenden Praxis zu folgen. Zur Erinnerung: Beide, Bekenntnis und Wille, konkretisieren sich in einem für jedes Subjekt der Menschenwürde geltenden Anspruchsrecht, das die Grundlage der mit Würde verbundenen Freiheitsrechte sichert: das Recht auf jene minimale Versorgung, welche die Existenz als autonomes Wesen in Gemeinschaft allererst erlaubt. Eben darin besteht jene fundamentale Gleichheit und Symmetrie der Menschen, welche keinerlei primäre Diskriminierung verstattet (vgl. Tugendhat 1996, 333-335). Das lässt sich unmittelbar auf die Transplantationsmedizin übertragen, insofern sie dem Ziel verschrieben ist, den wohl grundlegendsten Teil jener Bedingungen für Autonomie zu sichern: das pure oder aber ein ausreichend günstig qualifiziertes Dasein.

### 5.1.4 «Transplantationsmedizinische Egalität»

Nach dem Prinzip der Zweckmässigkeit kommt darum an erster Stelle das Prinzip der transplantationsmedizinischen Egalität zum Tragen. An den Gütern, die zur Disposition stehen, hat niemand ein Vorrecht. Die Grundsätze der Gleichbehandlung (auf die Empfangenden bezogen) und der Unparteilichkeit (auf die Zuteilenden bezogen) müssen daher den Allokationsprozess beherrschen. Weil alles Zuteilungshandeln unter der Bedingung der Insuffizienz steht, es also nicht möglich ist, alle im Grundsatz gleich berechtigten Ansprüche zu befriedigen, verlangt ethische Konsistenz, Gleichbehandlung und Unparteilichkeit durch das Prinzip der Chancengleichheit weiter zu präzisieren: Gerecht kann nur ein Transplantationssystem heissen, das allen Bedürftigen in seinem Rahmen im Prinzip die gleichen Aussichten gewährt, in den Genuss eines nur in ungenügender Menge verfügbaren existenziellen Gutes zu gelangen.

### 5.1.5 Von formaler zu materialer Gerechtigkeit

Diese *primären Aspekte* eines Transplantationswesens, das sich Gerechtigkeit zum Masse nimmt, sind *formaler Natur*. Insofern das Transplantationssystem zu einem als Gerechtigkeitsraum charakterisierten sozialen Umfeld gehört, bedürfen sie der Ergänzung durch *sekundäre formale Aspekte*. Ein gerechtes Transplantationssystem ist der Rechtssicherheit verpflichtet, muss sich mithin durch öffentlich im diskursiven Prozess ermittelte Verfahren auszeichnen, die ihrerseits drei Bedingungen zu genügen haben: Die Verfahren müssen *überall* im Gerechtigkeitsraum den Allokationsprozess formal und material strukturieren; sie müssen dies überall *in gleicher Weise* tun; sie müssen der Kontrolle sowie der Evaluation offen stehen, im Hinblick auf Zweckmässigkeit ebenso wie auf Einheitlichkeit und Effizienz. Dies geschieht – wiederum zweckmässiger- und also gerechterweise – am besten durch Einrichtung einer für den ganzen Gerechtigkeitsraum zuständigen Zuteilungs-, Kontroll- und Evaluationsinstanz. Dezentrale Zuständigkeiten unterbieten dagegen den Gerechtigkeitsanspruch.

Das Formale bildet nur die eine Seite der Gerechtigkeit. Fassbare Gestalt gewinnt diese über materiale Bestimmungen. Die Tradition hält wenigstens deren sechs bereit, die Ch. Perelman (1967, 16) folgendermassen rekapituliert:

1. Jedem das Gleiche.
2. Jedem gemäss seinen Verdiensten.
3. Jedem gemäss seinen Werken.
4. Jedem gemäss seinen Bedürfnissen.
5. Jedem gemäss seinem Rang.
6. Jedem gemäss dem ihm durch Gesetz Zugeteilten.

Die erste Konzeption lässt sich nicht verwirklichen; die Anzahl der benötigten Güter reicht nicht zur Deckung des gesamten Bedarfs. Die zweite Konzeption verträgt sich nicht mit dem Gebot, für jeden und jede die minimalen Bedingungen individueller Autonomie zu gewährleisten. Der Mangel an benötigten Organen bildet nicht den einzigen Grund; existenzielle Endlichkeit und der Widerfahrnischarakter menschlichen Daseins, der jegliche Garantie verunmöglicht, sind

wenigstens gleich wichtig. Zumindest *prima facie* sind Verdienste belanglos, und das gilt ebenso für Werke, also für die dritte Konzeption. Die vierte Konzeption spricht hingegen Zentrales an, denn bedarfsgerechte Zuteilung ist eine Forderung der Zweckmässigkeit; sie schliesst in der Transplantationsmedizin Aspekte der *Dringlichkeit* ein. Das Problem dieser Konzeption liegt im unbestimmten Fürwort: Der Organmangel schliesst die Berücksichtigung von jeder und jedem aus. Die fünfte Konzeption enthält eine angesichts der fundamentalen Notlage der Betroffenen ethisch nicht akzeptable sekundäre, allenfalls gar primäre Diskriminierung. Bleibt die sechste Konzeption, der man zustimmen kann, die jedoch keine Auskunft über die ethisch erforderliche materiale Ausgestaltung des Allokationsprozesses erteilt. Sie fokussiert auf Rechtssicherheit, lässt hingegen offen, mit welchen Zielen und auf welchem Wege das Gesetz als Referenzgrösse ausgestaltet wird.

#### 5.1.6 Funktion traditioneller Konzepte

Diese erste Analyse wirkt zunächst ernüchternd. In ein anderes Licht gerückt und bezogen auf Gerechtigkeitsorte im Allokationsprozess, gewinnen jedoch wenigstens vier der sechs Konzepte Aussagekraft. So bindet in einem gerechten Transplantationssystem das *Bedarfsprinzip* sowohl den behandelnden Arzt wie die im Transplantationssystem für die Warteliste Zuständigen, nicht weniger die Zuteilungsinstanz. Das *Gleichheitskonzept* formuliert ein Gebot für die Aufnahme in die Warteliste, während das *Verdienstkonzept* wenigstens dazu auffordert, die Berücksichtigung von einschlägigen Verdiensten im Allokationsprozess wenigstens zu prüfen. Wir lassen es bei diesen unvollständigen Erwägungen bewenden, nicht jedoch ohne aus ihnen eine generelle Anforderung an ein der Gerechtigkeit verpflichtetes Allokationssystem gewonnen zu haben: Dem Gerechtigkeitsanspruch genügt ein Allokationssystem nur dann, wenn es zulässt, an einzelnen Stellen des Prozesses und – dies vor allem, das verlangt das Prinzip der Billigkeit – auf der Stufe konkreter Entscheidungen *traditionelle Konzeptionen heranzuziehen, wenn sie helfen, die ethische Konsistenz und Kohärenz eines zu fassenden Beschlusses zu verbessern.*

### 5.1.7 Die (den) Bedürftigste(n) bevorzugen

Eine weitere Überlegung nimmt die prekäre Situation der Organallokation schärfer in den Blick, um weitere Anforderungen an ein gerechtigkeitsorientiertes Zuteilungssystem zu gewinnen. Dabei können wir uns auf eine breit geführte Diskussion in der einschlägigen Literatur stützen, die sich zu gut begründeten Präferenzen verfestigt (und entsprechend auch in der Botschaft niedergeschlagen) hat: Zu helfen und nicht zu schaden ist das Leitmotiv auch der Transplantationsmedizin. Abgesehen von Triagesituationen, rückt sie die vorrangige Berücksichtigung des bzw. der Bedürftigsten in den Vordergrund. Hier geht es darum, eine akute Lebensgefahr zu beseitigen. Dies entspricht der traditionellen ärztlichen Ethik ebenso wie dem Differenzprinzip und insbesondere der darin hervorstechenden Regel, den Vorteil des bzw. der am schlechtesten Gestellten zu maximieren, wie sie John Rawls in seiner Gerechtigkeitstheorie expliziert hat.<sup>73</sup>

Eine Präzisierung tut hier not: Der Gleichheitsgrundsatz – das erste Konzept in der oben wiedergegebenen Aufzählung – verlangt, dass Bedarf und insbesondere Dringlichkeit *bezogen auf den Gerechtigkeitsraum als ganzen* ermittelt werden. Das impliziert erneut die gerechtigkeitsethisch unterlegte Erwartung, dass Zuteilungen von einer einzigen Stelle für den ganzen Gerechtigkeitsraum vorgenommen werden.

Eine essentielle Voraussetzung für die zweckmäßige Ausgestaltung dieser Lösung springt nun allerdings ins Auge: In der zentralen Zuteilungsstelle müssen ausreichende Daten über sämtliche auf eine Transplantation Wartende laufend auf dem neuesten Stand gehalten werden. Nur wenn die erforderlichen Informationskanäle eingerichtet und die Informationspflichten rechtlich zwingend geregelt werden, lässt sich Verteilungsgerechtigkeit überhaupt anstreben. Und ein Allokationssystem ist nur dann als gerecht zu qualifizieren, *wenn es zeitverzuglose Kommunikation zwischen allen von einem konkreten Zuteilungsgeschehen betroffenen Stellen garantieren kann* – und zwar vor einem (allenfalls ersten) Entscheid der Zuteilungsstelle. Das Konzept eines Vernehmlassungs- bzw. Konsultationsverfahren, wie Schott es entwirft, entspricht

dieser Gerechtigkeitsforderung. Es erlaubt, «kurzfristige Änderungen im Gesundheitszustand eines Patienten oder logistische Probleme» zu berücksichtigen, reduziert damit den Raum, in welchem Billigkeit Platz greifen kann, zugunsten des Prinzips der Rechtssicherheit (2001, 362).

#### 5.1.8 Ermessen, Billigkeit, Kontrolle, Rekurse

Bei der Verteilung zu knapper Güter erhält das Gerechtigkeitselement der Zweckmässigkeit besondere Bedeutung. Es lässt sich, wie wir gesehen haben, mit dem Nutzenprinzip vermitteln: Eine auf Dringlichkeit ausgerichtete Allokation, die ihren Zweck nicht zu erreichen vermag, ist nicht nur ineffizient, sondern verletzt berechnete Ansprüche – also Rechte – Dritter, denen vorenthalten wird, was anderwärts ohne Erfolg verloren geht (vgl. 4.7.2.1). Ein gerechtigkeitsorientiertes Transplantationssystem wird danach die situationsspezifische Beachtung und Vermittlung mehrerer Kriterien zum Prinzip erheben, mit Wegleitungen zur Lösung komplexer oder gar dilemmatischer Entscheidungssituationen arbeiten, ohne jedoch relevante Gesichtspunkte – also Kriterien – in eine eingefrorene Rangfolge zu zwingen. Sie muss, stufengerecht, Spielraum für Ermessen definieren. Insbesondere ist angesichts der Komplexität, aber auch der Geschichtlichkeit, und das heisst: der Einmaligkeit von Allokationsentscheidungen der Billigkeit Raum zu geben – der besseren Gerechtigkeit, die, wie wir gesehen haben, nicht nur der Füllung von Regelungslücken dient, sondern auch Platz für Mitleid, Verständnis, Wohlwollen, ja Liebe lässt (Tammelo 1977, 82); für Entscheidungen, die richtig sind, selbst bzw. gerade wenn sie festgeschriebenen Regeln zuwiderlaufen (vgl. Nussbaum 1997, 37–42). Diese Sicht schliesst ein, dass die Ansprüche von Rechtssicherheit und insbesondere von Praktikabilität so stark wie möglich zurückgeschnitten werden. *Ungerechtigkeit von vornherein in Kauf zu nehmen, ist aus ethischer Warte nicht annehmbar*. Der Gesichtspunkt der Praktikabilität rechtfertigt sie nie. Auch die Rechtssetzung muss sich die Einsicht zu eigen machen, dass ohne angemessene Überforderung der Weg zur besseren Gerechtigkeit versperrt bleibt.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> «Insgesamt haben sich egalitäre Theorien [...] als problemsensibler gezeigt; im besonderen scheinen Ansätze, die methodisch an Rawls' «Theorie der Gerechtigkeit» anschliessen, bislang am vielversprechendsten» (Gutmann / Land 2000, 105).

<sup>74</sup> Zum Thema vgl. Sitter-Liver 1992, 1320-1322.

Freilich ist von einem Gerechtigkeitsystem zu verlangen, dass es Kontrolle und Besprechung solcher Entscheide im Nachhinein vorschreibt – um zu lernen, zu modifizieren, allenfalls zu intervenieren.<sup>75</sup> Das verlangen sowohl das Prinzip der Rechtssicherheit als auch jenes der Fehlerfreundlichkeit bzw. leichten Revidierbarkeit von Regelungen in komplexen, unübersichtlichen, aus verschiedenen Gründen rasch sich wandelnden Handlungsfeldern, zu denen die Transplantationsmedizin gehört.

Zur Gerechtigkeit des Allokationssystems gehört die *Durchsetzung von Gerechtigkeit*, d.h. nicht allein die Transparenz von Kriterien und Verfahren, sondern die formell gesicherte Möglichkeit für Betroffene, gegen faktisches Vorgehen und Entscheide zu rekurrieren, um sie überprüfen, gegebenenfalls neu aufrollen, bereinigen bzw. aufheben zu lassen.

Schliesslich wird sich ein gerechtigkeitsorientiertes Allokationssystem die Frage gefallen lassen müssen, *ob es bloss abstrakter oder auch konkreter Gerechtigkeit verpflichtet ist*. Wenn, wie wir, zustimmend, bei Rawls lesen, eine «Gerechtigkeitstheorie [...] aufgrund der uns bekannten Bedingungen des menschlichen Lebens gerechtfertigt sein» muss, soll sie *überhaupt* gerechtfertigt werden können (1979, 494), dann lässt sich dies auch als Anforderung an ein Allokationssystem lesen: Konkret wird es unter anderem dann, wenn es die existenziale Endlichkeit menschlichen Daseins beachtet. Es sollte also billigerweise Spielraum lassen für einen Zuteilungsentscheid, welcher, überzeugende Gründe vorausgesetzt, sich nicht am fiktiven Ziel eines möglichst gleich hohen Gesundheitsniveaus für alle Kranken (anders Schott 2001, 369) orientiert. Zwar gilt fürs Erste der Grundsatz, dass jedem Menschen kraft seiner Würde das gleiche Daseinsrecht zusteht. Und insofern genießt eine Verteilung, welche die grössere Anzahl von Leben rettet, *prima facie* Vorrang (Schott 2001, 374). Doch dieser Grundsatz lässt in Triagesituationen angemessene Differenzierungen zu – so, wie wir unten (5.4.7.2) zeigen, mit Blick auf das biographische (oder chronologische) Alter. Der bedürftigere Patient, der zugleich signifikant älter ist als sein Konkurrent, dessen physiologische Eigenschaften einen ins Gewicht fallenden besseren Transplantationserfolg erwarten lassen, kann darum für sich nicht mehr ins Feld führen, seine Behandlungschancen würden bei Vorzug seines Konkurrenten in unzulässiger Weise verringert. Zwar werden sie in der Tat herabgesetzt, in der Folge möglicherweise gar

---

<sup>75</sup> Vgl. Gutmann / Land 2000, 122; zum ganzen auch sehr klar Schott 2001, 387, 190 f.

aufgehoben; doch von unzulässig lässt sich nur reden, wenn die Lebenserhaltung, ganz abstrakt genommen, unbedingten Vorrang vor Lebenserwartung genösse. So nur hat die Meinung Bestand, die Allokation dürfe «erst dann nach der [individuell ausgewiesenen] Erfolgsquote vorgenommen werden, wenn auszuschliessen ist, dass durch die Behandlung Interessen irgend eines in der Warteliste eingetragenen Patienten unwiderruflich verletzt werden» (Schott 2001, 371).

Dass ein Zuteilungsentscheid, welcher sich nicht blind an der «absoluten Priorität» (ebd., 374) der Rettung des einzelnen Lebens orientiert, aus Gründen der Gleichbehandlung wie der Rechtssicherheit immer nur von der zentralen Zuteilungsinstanz getroffen werden darf, sei bloss der Vollständigkeit halber nochmals erwähnt.

Einzuräumen ist, dass die Beachtung der existentialen Endlichkeit Entscheidungen schwieriger macht. Die den hier vorgetragenen Überlegungen widersprechende Lösung Schotts hat den Vorteil der Eindeutigkeit und relativen Einfachheit. Sie empfiehlt sich im Blick auf Transparenz und Rechtssicherheit. Doch sie trägt den «bekannten Bedingungen des menschlichen Lebens» weniger gut Rechnung und ist (nur!) insofern gerechtigkeitsdefizitär.

Mit diesen Hinweisen lassen wir es bewenden. Die Diskussion der aktuellen Praxis sowie der im Entwurf des Transplantationsgesetzes enthaltenen Vorkehrungen werden weitere Gelegenheit bieten, Anforderungen an ein auf Gerechtigkeit ausgerichtetes Allokationssystem zu erläutern.

## ***5.2 Zum Vergleich der aktuellen Praxis mit dem Konzept im Entwurf des Transplantationsgesetzes***

### 5.2.1 Grundsätzliches

Dem Vergleich des Gerechtigkeitsbezugs der heutigen Allokationspraxis mit jenem des im Entwurf zu einem Transplantationsgesetz (TPG) ausgeführten Allokationskonzeptes sind drei Überlegungen vorzuschicken: Erstens wird offenbar eine erprobte mit einer zunächst nur entworfenen, der Bewährung noch harrenden Praxis verglichen. Zum andern unterstellt sich auch die gängige Praxis explizit dem Gerechtigkeitsanspruch; die in ihr Tätigen verdienen

Anerkennung in ihrem Bestreben, die Idee der (Verteilungs-) Gerechtigkeit so gut wie möglich Wirklichkeit werden zu lassen (stellvertretend Swiss Transplant 2002a, 5). Schliesslich dient der Vergleich dem Ziel, ein gemeinsames Anliegen noch besser umzusetzen, nicht der Herabsetzung bisheriger Anstrengungen.

Was die erste Bemerkung betrifft, gilt es einem methodologischen Missverständnis vorzubeugen. Es geht nicht darum, eine eingespielte Praxis direkt mit einem theoretischen Konzept zu vergleichen. Vielmehr wird jene Praxis auf ihre theoretischen Voraussetzungen und Implikationen befragt. Erst diese sind dann Gegenstand des Vergleichs.

Gerechtigkeit von Institutionen und Prozessen lässt sich nur ermitteln, wenn diese einsichtig und durchsichtig sind. Erst dann auch kann sich gelebte Gerechtigkeit sozial auswirken, insbesondere Vertrauen schaffen. Nicht anders ist es, soll Gerechtigkeit in ihrer Konkretisierung und in ihrem Ausmass überprüft werden. Transparenz muss vorausgesetzt werden; sie ist selber ein Element im Gerechtigkeitsprozess, der zu verstehen ist als soziales Ereignis und Errungenschaft. Die Forderung nach Transparenz im auf Gerechtigkeit ausgerichteten Allokationsprozess kehrt denn in der Literatur auch ständig wieder (für viele Gutmann / Land 2000, 116; auch B 31).

Von Transparenz lässt sich nicht sinnvoll sprechen, ohne dass wenigstens präzisiert wird, 1. für wen etwas durchsichtig werden soll und 2. in welchem Umfang und in welcher Tiefe Transparenz zu gewährleisten ist. – Die erste Präzisierung fällt leicht: Adressaten von Transparenz sind im Falle der öffentlich und allgemein verbindlichen, für ein Gemeinwesen zu regelnden Organallokation im Prinzip sämtliche Mitglieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft. Schwieriger gestaltet sich die zweite Klärung. Vielstufig und komplex nimmt sich der Allokationsprozess aus (für viele Lachmann/Meuter 1997, 168 f.). Er ist unter anderem mit Phasen und Elementen verbunden, in denen hohe Spezialkompetenzen, aber auch Schutz der Persönlichkeit eine wichtige Rolle spielen. Es gibt mithin in der Sache selbst liegende, dann aber auch im Lichte der Menschenwürde zu beachtende Grenzen des Transparenzgebotes. Ohne dass wir ins Einzelne gehen müssten, dürfte aber Einigkeit darüber bestehen, dass für alle Mitglieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft im Prozess der Organallokation die folgenden Elemente durchsichtig zu gestalten sind:

- die Phasen des Allokationsprozesses;
- die für die einzelnen Phasen zuständigen und entscheidungsberechtigten Instanzen und Personen;
- die Regeln, nach denen sich die Phasen gestalten und zusammenhängen;
- die Grundsätze und Kriterien, nach welchen Entscheidungen getroffen werden;
- das Ausmass der Einheitlichkeit dieser Grundsätze und Kriterien im Gerechtigkeitsraum;
- die Wege und Mittel, die es direkt Betroffenen gestatten, auf die Phasenabläufe Einfluss zu nehmen, zumindest jedoch für sie persönlich relevante Entscheidungen überprüfen, gegebenenfalls modifizieren oder aufheben zu lassen;
- die Wege und Mittel, geschaffen, um die Übereinstimmung des faktischen Allokationsgeschehens mit den Forderungen der Gerechtigkeit zu überprüfen, zu entwickeln und zu verbessern.

In Abschnitt 4.4 haben wir festgehalten, dass zu den gerechtigkeitsrelevanten Phasen im Allokationsprozess bereits die Indikationsstellung durch den behandelnden Arzt zählt, weil die Indikation, ein medizinischer Meilenstein, zur Überweisung an ein Transplantationszentrum führen soll. Die behandelnde Ärztin ist – abgesehen von der hippokratischen Pflicht, alles für die Erhaltung des Lebens ihrer Patienten und deren optimale Gesundheit zu unternehmen, abgesehen auch von der wissenschaftlichen und technischen Sachgerechtigkeit, zu der sie ihr fachspezifisches Berufsethos verpflichtet – an die Gebote der Nichtdiskriminierung bzw. der Gleichbehandlung sowie der Unparteilichkeit gebunden. Arzt und Ärztin sind die ersten Agenten der Gerechtigkeit im umfassend betrachteten Allokationsprozess. Schon hier stellen sich sehr wohl ethische Fragen, auch beim «normalen» Patienten» (vgl. Largiadèr 1999 a, 262). – Die letzte Phase bilden die Massnahmen, die im Anschluss an zeitlich offene Kontrollen und periodische Evaluationen getroffen werden, um gerechtigkeitsspezifische Verbesserungen zu realisieren bzw. um Verstösse gegen Gerechtigkeitsforderungen zu korrigieren, allenfalls zu ahnden.

## 5.2.2 Gerechtigkeit in der aktuellen Praxis

Nicht mit Deklarationen oder Erörterungen in der Literatur wollen wir uns in diesem Abschnitt befassen, sondern mit dem Allokationsprozess selber, wie er sich in Berichten, Programmen, Checklisten und Richtlinien spiegelt.

### 5.2.2.1 Organisation

Die Organisation des Transplantationswesens in der Schweiz ist gewachsen, von unten nach oben. Die internationale Entwicklung von Wissen und Können, die nicht einfach nach-, vielmehr mitvollzogen wurde; das Engagement von Einzelpersonen und Institutionen; der Wille zur Zusammenarbeit, zum Austausch und zur Koordination der im Transplantationswesen Tätigen sind wohl die zentralen Faktoren. Ethische Reflexion begleitete die Entwicklung schon beizeiten, zunächst im Umfeld der Diskussion um das Kriterium des Hirntodes (exemplarisch SAMW 1969, 2. Rev. 1996), dann der Organtransplantation als ganzer (SAMW 1981, rev. 1995). Über die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW wirkte sie sich normativ stark aus, nicht nur berufsständisch, sondern auch rechtlich, wo diese Richtlinien in formellen Erlassen zu verbindlichen Referenzdokumenten gemacht wurden.

Die derzeitige Organisation wird hier bloss skizziert, um ihre gerechtigkeitsrelevanten Ausformungen zu erörtern. Ausführlichere Präsentationen finden sich in der Botschaft (B 54-58 und 99-104) sowie bei M. Schott (2001, 227-246, spez. 238 ff.).

Seit 1985 arbeiten die sechs Transplantationszentren (TZ) der Schweiz im Rahmen einer privatrechtlichen Stiftung zusammen, auf der Basis der Freiwilligkeit: Swiss Transplant koordiniert die Transplantationsaktivitäten hierzulande, fördert die internationale Zusammenarbeit, informiert, sensibilisiert und motiviert die Bevölkerung sowie das medizinische Personal (Pfleger, Ärztinnen und Ärzte, vgl. Swiss Transplant 2002 a, 3). Seit 1992 dient, betrieben durch Swiss Transplant, die Nationale Koordinationszentrale (NKZ) vor allem dem ersten Ziel. Arbeitsgruppen erstellen für das gesamte Transplantationswesen als verbindlich erklärte (aber immer noch freiwillig eingehaltene) organspezifische Richtlinien für die Allokation und den Austausch unter den Transplantationszentren. Die NKZ führt eine gesamtschweizerische

Liste der auf eine Transplantation wartenden Kranken. Sie wird von den bei den TZ angesiedelten lokalen Wartelisten alimentiert; ihr Informationsgehalt hängt von den Lieferungen durch die TZ ab. Die NKZ widmet sich der internationalen Zusammenarbeit, d.h. vorab dem Organaustausch über die Landesgrenzen hinweg. – Da Organe von der Schweiz aus nur dann an ausländische Institutionen weitergereicht werden, wenn hierzulande keine geeigneten Kranke gefunden werden können, wird dieser Aspekt der Allokation hier nicht ausführlicher diskutiert (vgl. B 55, 103; Swiss Transplant 2002 a, 5).

Der behandelnde Arzt erstellt die Indikation, meldet seine Kranken bei einem TZ an. An diesem ist es, über deren Aufnahme in die eigene Warteliste zu entscheiden. Nur wenn dies geschieht, erfolgt auch die Einschreibung in die nationale Warteliste bei der NKZ. Diese verfügt über keine formelle Möglichkeit der Einwirkung oder gar Kontrolle.

Der NKZ werden nicht nur alle Kranken, sondern auch alle Personen gemeldet, von denen Organe stammen. Bei der Herkunft der Organe ist eine Unterscheidung zu treffen: Sie kommen entweder aus TZ oder aus anderen Spitälern. Die Unterscheidung ist wichtig, weil sie Zuteilungsrelevanz besitzt. Zwar verfügt formell die NKZ die Allokation sämtlicher Organe; doch hat ein Transplantationszentrum die Organe geliefert, fallen sie diesem automatisch zu, wenn sich bei ihm eine geeignete empfangende Person findet. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann die NKZ über diese Organe wie – von Anfang an – über Organe, die aus anderen Spitälern stammen, frei verfügen. In erheblichem Ausmass werden von der NKZ nicht direkt Leidende, sondern Institutionen (TZ) bedient.

Selbst hier ist jedoch die Freiheit der NKZ begrenzt. Um alle Transplantationszentren möglichst gleichmässig zu bedienen, werden diese, je nach Organ, in einer vorgeschriebenen Reihenfolge angefragt, ob sie für ein gegebenes Organ Verwendung haben. Swiss Transplant hält fest, dass die Regeln, nach denen die Zuteilung erfolgt, dem Ziel dienen, «die Anzahl der angebotenen Organe in jedem Zentrum ausgeglichen» zu halten (Swiss Transplant 2002 a, 5). Es gilt daher, wenn ein Transplantationszentrum ein bei ihm verfügbares Organ aus bestimmten Gründen einem anderen Zentrum überstellen muss, auf der Empfängerseite die Pflicht, die Gabe bei nächster Gelegenheit zu vergüten («Pay-back»-Verpflichtung). Diese generell verpflichtenden Regeln greifen in jenen Fällen, da besonders Bedürftige, die innert weniger Tage transplantiert

werden müssen, sollen sie überleben, mit Vorrang bedient werden Die entsprechende Zuteilung ist Sache der NKZ. Im Übrigen teilen die Transplantationszentren nach im Prinzip eigenem Gutdünken bei ihnen anfallende Organe auf bei ihnen liegende geeignete Kranke auf.

Eine umfassende und einheitliche, d.h. alle Transplantationszentren, aber auch die Aktivitäten von Swiss Transplant mit seiner Nationalen Koordinationszentrale einschliessende Evaluation und Kontrolle scheint nicht zu bestehen. An Evaluationen *innerhalb* der einzelnen Zentren und, durch deren Integration in entsprechende Netzwerke, auch an *internationalen Vergleichen* fehlt es allerdings nicht. Und der komparative Erfolg der Schweizer Transplanteure ist beachtlich. Er betrifft etwa die Funktionsdauer von Transplantaten nach ein, zwei oder mehr Jahren, auch die Lebensdauer der Empfangenden nach erfolgter Transplantation. Gerechtigkeitsrelevant sind solche Erhebungen jedoch nicht, will man nicht die Effizienz getroffener Massnahmen als Gerechtigkeitsfaktor (statt als Nutzenfaktor) gelten lassen. Auf die in diesem Zusammenhang nötige Diskussion muss hier verzichtet werden.

Wenn Swiss Transplant die wichtigsten Aufgaben der nationalen Koordinationszentrale auflistet, spricht sie gleichrangig von «Organisation und [...] Kontrolle der Zuteilung der Organe, die in der Schweiz transplantiert werden». Und sie verfolgt, wie wir gesehen haben, explizit das Ziel der möglichst gerechten Verteilung (2002 a, 3). Zum Aspekt der Kontrolle schweigt sich der Jahresbericht hingegen aus.

Markus Schott hält fest, dass die Zusammenarbeit im schweizerischen Transplantationswesen sehr gut funktioniert – weil dieses «ohne zentrale nationale Koordination selbst in der kleinen Schweiz sofort zum Erliegen» käme. Die Allokationstätigkeit von Swiss Transplant, so fährt er allerdings fort, untersteht «keiner rechtmässigen Aufsicht» (2001, 239).<sup>76</sup> Sind indes Evaluation und Kontrolle unverzichtbare Elemente eines auf Gerechtigkeit zielenden Allokationsprozesses (s. 4.4), ist hier ein Gerechtigkeitsdefizit zu diagnostizieren.

#### 5.2.2.2 Indikationsstellung

---

Der behandelnde Arzt ist in der Betreuung seiner Patienten ausschliesslich an sein Berufsethos gebunden. Von Gewinn sind die Hilfestellungen, welche ihm die Berufsorganisationen und in erster Linie die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften mit ihren medizinisch-ethischen Richtlinien bieten, sodann Checklisten (z.B. Largiadèr 1999 a). Es besteht keine *formelle* Pflicht, einen Kranken, für welchen die Organtransplantation das einzige oder beste Mittel darstellt, sein Leben zu erhalten bzw. die Lebensqualität entscheidend zu verbessern, mit dessen Einverständnis einem Transplantationszentrum zu melden. Moralisch im Prinzip geregelt und ethisch fundiert, ist in dieser Eingangsphase die soziale Durchsetzung des in ihr wirksamen Gerechtigkeitsanspruchs nicht gewährleistet.

Erschwerend kommt dazu, dass der Terminus «medizinische Indikation» unterschiedlich interpretiert wird. Streng gefasst, dürfte er nur deskriptive, statusrelevante Elemente umfassen, deren Bewertung mit einem von drei Verdikten enden kann: 1. «Dieser Mensch braucht eine Organtransplantation, weil sie die einzige oder beste Möglichkeit, ihm zu helfen, darstellt.» – 2. «Dieser Mensch braucht keine Organtransplantation, weil es andere und bessere Möglichkeiten gibt, ihm zu helfen.» – 3. «Dieser Mensch bräuchte zwar nach Verdikt 1 eine Transplantation, wird von ihr jedoch ausgeschlossen, weil sein physischer Zustand sie zur Zeit nicht gestattet.» Die Berücksichtigung von Alter, Wohnort, erwartetem Verhalten während der Nachbehandlung – Gesichtspunkte, die etwa Largiadèr erstaunlicherweise unter dem Titel «Elemente der medizinischen Indikation» aufführt (ebd.) – ist an dieser Stelle in gerechtigkeitspezifischer Perspektive nicht beachtlich.

### 5.2.2.3 Meldung an Transplantationszentren

Aus der Indikation resultiert die Meldung der Kranken an ein Transplantationszentrum. Sie ist nicht logisch zwingend, sondern abhängig von einer normativen Setzung, welche auf dem Hintergrund des möglichen pragmatischen Widerspruchs (Handeln im Gegensatz zu deklariertes Pflicht) ihre Schärfe gewinnt. Es ist denkbar, dass ein Arzt, trotz korrekter Indikationsstellung,

---

<sup>76</sup> Für Präzisierungen betreffend die Transplantationszentren und zur – allerdings wohl wenig wirkungsvollen – rechtlichen Durchsetzung von Patienteninteressen vgl. Anm. 1045, S. 239.

die Anmeldung unterlässt, aus welchen Gründen immer. Was in der Gerechtigkeitsperspektive verkehrt ist, dem müssten formelle Hindernisse in den Weg gestellt werden. Sie fehlen in der aktuellen Praxis.

#### 5.2.2.4 Aufnahme in eine Warteliste

Der Entscheid über die Aufnahme von Kranken in eine Warteliste wird im Transplantationszentrum getroffen. Das ist sach- und damit auch verteilungsgerecht. Denn Fachwissen, spezielle Untersuchungen, interdisziplinäre Unterstützung und Beratung sind unerlässlich. Die Öffentlichkeit des konkreten Prozesses ist ethisch nicht nur nicht geboten, sondern verboten: Die Prinzipien der Menschenwürde, insbesondere des Persönlichkeitsschutzes stehen einer Öffnung entgegen – einmal abgesehen davon, dass diese nicht praktikabel wäre.

Über die Kriterien, welchen Listenentscheidungen folgen, ist Vielfältiges, keineswegs nur Einheitliches zu erfahren. Generell gilt der Satz aus B 99: «Nach welchen Kriterien die Transplantationszentren ihren Entscheid fällen, ist nicht allgemein und verbindlich festgehalten.» Der Satz behauptet nicht, es existierten keinerlei im Allgemeinen zur Anwendung gebrachte Kriterien; vielmehr führt die Botschaft an gleicher Stelle deren sechs auf: eindeutige medizinische Indikation; Absenz medizinischer Kontraindikationen; stabiler, für eine zuverlässige Nachbehandlung erforderlicher seelischer Zustand; das Alter im Hinblick auf gehäufte Kontraindikationen; Wohnort Schweiz; Informiertheit und Einwilligung der Kranken. In den Transplantationszentren werden international anerkannte und publizierte Indikationen bzw. Kontraindikationen herangezogen, und zwar auch organspezifisch; es wird darauf verwiesen, dass lokale Kriterien, insbesondere bei deren Änderung, mit den von Swiss Transplant erlassenen Regeln konform bleiben.

Gerade dieser letzte Passus weist indes darauf hin, dass die Kriterien für die Einschreibung in die Warteliste letztlich durch die einzelnen Transplantationszentren selber sanktioniert werden. Das mag anhand von detaillierten und sorgfältigen Verfahren geschehen, an denen medizinische Fachpersonen unterschiedlicher Ausrichtung beteiligt sind – Einheitlichkeit wird damit nicht gesichert. Ein Beispiel bietet die Toleranz von Alkoholmissbrauch bei einem Patienten mit äthylischer Leberzirrhose: Wenn in Zürich für die Aufnahme in die Warteliste «eine

dokumentierte Alkoholabstinenz von mindestens 6 Monaten gefordert» und die Einhaltung während der Wartezeit «kritisch durchleuchtet» wird, soll ein «Berner Krankenhausarzt» versichert haben, Obdachlose, Drogensüchtige und Alkoholiker setze er nie auf die Warteliste: «Bei denen kann ich die Niere besser gleich in den Orkus spülen» (Mütter bevorzugt 1997, 236). Eine sozialwissenschaftliche Untersuchung in Deutschland – ihre Ergebnisse liegen heute etwa sechs Jahre zurück – förderte weitere Differenzen zwischen einzelnen Transplantationszentren zutage, so unterschiedliche Alterslimiten im Umgang mit Herzpatienten, Beachtung bzw. Vernachlässigung der Spendebereitschaft bei Transplantationsbedürftigen, die negative Verrechnung sozialer Devianz (Kriminelle, andere sozial Unerwünschte; ebd., 237).

Ohne unterstellen zu wollen, in den Schweizerischen Transplantationszentren seien generell ähnlich stossende Kriterien am Werk, gilt es doch festzuhalten, dass lokale Unterschiede in den Kriterien von den Transplantationszentren selber vermerkt werden. So wird einerseits auf den Beizug von durch internationale Konsenskonferenzen definierte Kriterien verwiesen, gleichzeitig kommen «Detailänderungen» durch die zuständige Arbeitsgruppe von Swiss Transplant (vgl. Jahresbericht, 2002 a, 5; Largiadèr 1999 a, 28-31; Schott 2001, 238 f.) zur Sprache, neben Modifikationen durch das lokale Transplantationsteam – dies alles im Rahmen einer Klärung der Kompetenz für Definition und Veränderung der massgebenden Kriterien. Und schliesslich wird an anderer Stelle vermerkt, die Aufnahme in die Warteliste werde «weitgehend von den medizinischen Kriterien abhängig gemacht», d.h. also auch von anderen nicht eigens ausgewiesenen Gesichtspunkten.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass man überall dort, wo man sich mit Definition, Anwendung, insbesondere mit Auslegung und Bewertung von Kriterien zur Aufnahme in die Warteliste befasst, nach bestem Wissen und Gewissen verfährt, ist diese unterbestimmte und nicht ausreichend geklärte Situation unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten unbefriedigend. Formelle Gleichbehandlung ist zwar möglich, dann aber ein Stück weit zufällig; Diskriminierung wird nicht ausgeschlossen; Unparteilichkeit wird nicht gesichert – schon gar nicht durch Rekursverfahren, aber auch nicht durch systematische Kontrolle einer einheitlichen und damit zumindest in den hier interessierenden Belangen übergeordneten, mithin zentralen und sanktionierungsfähigen Instanz. Von einem durchsetzbaren Rechtsanspruch, auf die Warteliste gesetzt zu werden, wenn die strikt medizinische Indikation vorliegt, kann nicht die Rede sein. Die

herrschende Regelung genügt den Ansprüchen des Gerechtigkeitsdenkens darum auch dann nicht, wenn sie mit besten Absichten und der nötigen Sorgfalt gehandhabt wird.

#### 5.2.2.5 Zuteilung von Organen: Allgemeines

Die Zuteilung von Organen folgt heute einem dreistufigen Prozess, der patientenorientierte und zentrumsorientierte Allokationskriterien kombiniert. Letztere überwiegen, wie ein Vergleich der jährlichen Gesamtzahl transplantierten Organe mit der Zahl der von Swiss Transplant (B 55, 100) direkt an einzelne Kranke zugewiesenen Organe nahe legt. Geht man, wie das oben in Abschnitt 4.1.4 der Fall ist, davon aus, dass allein die Transplantationsbedürftigen Gerechtigkeitsobjekte im Felde der Organallokation sind, nicht jedoch Akteure bei Transplantationszentren, entpuppt sich bereits mit dieser allgemeinen Feststellung ein ernstes Gerechtigkeitsmanko der aktuellen Praxis. An diesem allgemeinen Urteil ändert die positive Tatsache nichts, dass die zuständigen Fachmediziner sich im Rahmen der organspezifischen Arbeitsgruppen von Swiss Transplant bemühen, klare und differenzierte, dem jeweiligen Stand der Wissenschaft laufend angepasste Vergaberichtlinien zu erarbeiten und zu publizieren (vgl. Swiss Transplant 2001-2003; auch Largiadèr 1999 a, 28-31, heute teilweise modifiziert).<sup>77</sup>

Drei Grundsätze beherrschen die heutige Allokationspraxis:

1. Kranke, die mit höherer Dringlichkeit einer Transplantation bedürfen («Super urgent»-Patienten), weil ihr Überleben ohne neue(s) Organ(e) höchstens noch wenige Tage möglich ist,<sup>78</sup> erhalten von Swiss Transplant das erste beste (Blutgruppen-kompatible) Organ direkt zugeteilt, es mag aus irgend einer schweizerischen oder qualifizierten ausländischen Quelle stammen. Die Allokation geschieht patientenspezifisch, ist auf den gesamten Gerechtigkeitsraum bezogen, folgt dem Prinzip der Hilfe in der Not. Sie entspricht der Forderung nach distributiver und wohl abgewogener Gerechtigkeit.

---

<sup>77</sup> Bei Swiss Transplant läuft, dem Vernehmen nach, ein Projekt zur weiteren Bestimmung der Kriterien für die Allokation der einzelnen Organe.

<sup>78</sup> Für Leber verlangt Largiadèr 1999 a, 88, noch einen dreitägigen Lieferzwang; heute (2002) ist Lieferung während längstens sechs Tagen für jedes Spital mit einem Spender Pflicht.

2. Die anderen Fälle werden, im Prinzip, zentrumsspezifisch abgewickelt: Nicht einzelne Kranke, sondern Zentren mit auf eine Transplantation wartenden Kranken werden bedient. Diese Allokationsform widerspricht der für das Transplantationswesen massgeblichen Gerechtigkeitsforderung der Patientenorientierung; die Zuteilung erfolgt nach Kriterien, die ausserhalb von Sinn und Ziel der Transplantationsmedizin liegen. Sie verträgt sich nicht mit dem Verdikt der SAMW, lokale Organempfänger nicht zu bevorzugen, wenn andernorts ein medizinisch besser geeigneter Empfänger vorhanden ist. Auch wenn sie noch der Klärung bedürfte, steht doch fest, dass sich diese Forderung nicht erfüllen lässt, ohne lokale Interessen mindestens fürs Erste hintanzustellen, dafür aber einer gesamtschweizerischen Evaluation die erste Stelle einzuräumen (SAMW 1995, ad II D, *in fine*).

3. Zum Verfahren nach dem zweiten Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen:

3.1 Verfügt ein Transplantationszentrum über eine noch nicht 14 Jahre alte Spendeperson, muss es deren Leber zur Verfügung stellen, falls bei ihm nicht ein noch nicht 14 Jahre altes Kind auf eine entsprechende Transplantation wartet.

3.2 Ist die Spendeperson jünger als sechzehnjährig, muss ihr Herz für potentielle Empfangende unter 16 Jahren allgemein angeboten werden. Hätte das Zentrum das Herz für eine mehr als 16 Jahre alte Person in seinem Haus einsetzen können, besteht ihm gegenüber eine Vergütungspflicht («pay-back obligation»).

Die Dispositionen dieses etwas komplexen dritten Grundsatzes bevorzugen zwei bestimmte altersspezifische Klassen von Empfängenden und folgen insofern der Patientenorientierung. Weil junge Transplantationsbedürftige bei längerem Zuwarten in ihrer Entwicklung irreversibel beeinträchtigt werden, honorieren die Ausnahmen den Grundsatz, besonders Bedürftigen – also den Schlechtestgestellten – prioritär beizuspringen. Sie sind mit dem Gerechtigkeitsdenken, besonders auch mit dem Aspekt der Billigkeit, kompatibel. Der Vorrang (3.1) bzw. die Vergütungspflicht (3.2) sind jedoch wiederum zentrumsspezifisch ausgestaltet, verfehlen also den hier einschlägigen Gerechtigkeitszusammenhang, sind darum abzulehnen.<sup>79</sup>

#### 5.2.2.6 Ein Beispiel: Die «Liver Exchange Rules» vom 14. Oktober 2002

An einem – verkürzt dargestellten – Beispiel soll das zugleich patienten- und zentrumsorientierte Muster der heutigen Allokationspraxis in seiner Gerechtigkeitsrelevanz veranschaulicht werden. Von den Bestimmungen der «Liver Exchange Rules», eines Elaborats der zuständigen Arbeitsgruppe von Swiss Transplant, sind die Zentren in Bern, Genf, Lausanne und Zürich betroffen. Die Reihenfolge in dieser Aufzählung ist im Auge zu behalten; sie wird bedeutsam für die Zuteilung von Organen.

An erster Stelle wird der Status eines «Super urgent»-Patienten definiert – klar und eindeutig: Offen steht er für einen Kranken mit akuter Transplantatabstossung, innerhalb von acht Tagen nach erfolgter Transplantation; oder für einen in einer Intensivstation hospitalisierten Kranken mit fulminanter Hepatitis und im Koma dritten Grades. Weitere Präzisierungen folgen; sie sind ausschliesslich medizinischer Art. Der Weg, auf dem der «Super urgent»-Status beim französischen Vertragspartner EFG (Etablissement français des greffes) erworben werden kann, wird expliziert (über Swiss Transplant).

Die Zubilligung des «Super urgent»-Status, die eine nahezu bedingungslose Priorität zur Folge hat, beeinträchtigt die Versorgung weiterer Kranker. Sie wird darum, um nicht unbillig zu werden, an sachgerechte zeitliche Restriktionen gebunden: Der Status muss gegenüber der Allokationsstelle jeden zweiten Tag bestätigt werden, und er kann sich längstens über sechs Tage erstrecken. Sobald ein «Super urgent»-Kranker (SU-Kranker) in die nationale Warteliste aufgenommen ist, werden alle einschlägigen Transplantationszentren benachrichtigt. Während der nächsten sechs Tage sind sie gehalten, jede bei ihnen verfügbare, Blutgruppen-kompatible Leber für den SU-Kranken zur Verfügung zu stellen.

Bis hierher sind alle Vorkehrungen patientenorientiert. Bestimmt werden sie durch die Prinzipien des Helfens, der Nothilfe, des Vorrangs des Bedürftigsten. Nutzenüberlegungen fehlen, die

---

<sup>79</sup> Vgl. zum Ganzen Swiss Transplant 2001-2003; B 100-102; Schott 2001, 242-244, hier bes. Anm. 1066, die allerdings für den Fall der Nieren den Richtlinien vom 30.1. 2003

Aspekte der Gerechtigkeit, auch in der Form der Billigkeit, sowie des Wohlwollens prägen die Charakterisierung der höchsten im Leber-Transplantationsgeschehen erreichbaren Priorität.

Die nächste Regelung betrifft den Fall, dass gleichzeitig zwei SU-Kranke zu versorgen sind. Sie vermischt zentrums- und patientenspezifische Gesichtspunkte, ist darum auch ungenau: Entweder erhält der Kranke, der im Zentrum liegt, wo die Leber entnommen wird, den Vorrang – oder die Zentren verständigen sich über patientenspezifische medizinische Kriterien und Dringlichkeit des Eingriffs. Die Konjunktion «oder» erschliesst eine Alternative, ohne diese wertend zu analysieren. Unter dem Aspekt der Gerechtigkeit lässt sich diese Aufgabe leicht lösen: Die zentrumsorientierte Wahl ist fachfremd, übergeht die Gerechtigkeitsforderung. Billig ist allein die Aussprache mit dem Ziel, in sorgfältiger Abwägung den bedürftigeren Kranken zu identifizieren und zugleich die Erfolgchancen einer Transplantation bei beiden zu Versorgenden zu ermitteln.

Dass in einem solchen Fall keine Vergütungspflicht («pay-back») besteht, ist gerechtigkeitskonform.

Zu fragen bleibt allerdings, ob es richtig sei, den definitiven Allokationsentscheid den betroffenen Zentren zu übertragen. Gemeldet sind die SU-Kranken ohnehin bei der nationalen Koordinationszentrale. Diese ist auch sofort im Bild, wird ein Organ verfügbar, und sie kennt auch dessen nähere Charakterisierung. Soll also nicht sie das Organ definitiv zuteilen, nach Rücksprache mit den beiden betroffenen Zentren?

Der Gesichtspunkt der formalen Gerechtigkeit spricht für diese Lösung: Nach festgelegtem Verfahren wird vorgegangen, die formell zuständige Instanz kommt zum Zuge. Und dem Anspruch der Billigkeit als Ausformung der materialen Gerechtigkeit lässt sich durch Rücksprache der NKZ mit den Transplantationszentren Genüge tun. Zur Verwirklichung von Gerechtigkeit gehört indes immer auch die Zweckmässigkeit (G. Radbruch). Dass es zweckmässig ist, einen Entscheid über drei Stellen zu erringen, wenn er sich von zweien ebenso gut finden lässt – ebenso gut deshalb, weil mit gleichen Kriterien auf ein und dasselbe Ziel hingearbeitet wird –, darf bezweifelt werden. Direkte Verständigung fällt leichter und spart

---

anzupassen ist: Mittlerweile wurden zehn Prioritäten definiert, wobei die ersten sechs für die von Schott vorgestellten vier Prioritäten von besonderer Bedeutung sind.

kostbare Zeit. Und wie gesagt, das Ziel der Entscheidung ist von Eigeninteressen der Entscheidungsinstanzen unabhängig: die optimale Lösung für eine dilemmatische Gewährung von Lebenschancen. Im Lichte dieser Erwägungen gebührt dem in der aktuellen Regelung gewählten Weg auch unter Gerechtigkeitsaspekten der Vorzug. Um der Rechtssicherheit willen – auch sie ein Wesenselement der Gerechtigkeit – bedarf es allerdings der Ergänzung: Im Sinne eines Audits wäre der gefasste und umgesetzte Entscheid durch die zentrale Stelle zu überprüfen und gegebenenfalls gegenüber allen einschlägigen Zentren zu kommentieren.

Eine – ethisch gerechtfertigte – Sonderregelung erfasst transplantationsbedürftige Kinder unter 14 Jahren: Das Zentrum, in welchem ein spendendes Kind unter 14 Jahren liegt, muss dessen Leber der NKZ überstellen – vorausgesetzt, in seinem Hause wartet nicht ein altersmässig gleich qualifiziertes Kind auf eine Transplantation. Die der NKZ überlassene Leber darf nur auf ein Kind übertragen werden. Auf Vergütung («pay-back») wird verzichtet. Und an dieser Stelle lernen wir zum ersten Mal, dass die NKZ Lebern, für deren Allokation sie direkt zuständig ist, den vier einschlägigen Zentren in der Schweiz in festem Turnus überlässt. Dieser lautet «Bern – Genf – Lausanne – Zürich». An diesem Turnus nun ändert sich nichts, muss ein Zentrum die Leber eines noch nicht 14 Jahre alten spendenden Kindes weitergeben.

Zwei gerechtigkeitsorientierte Einwände erheben sich angesichts dieser Bestimmungen: Die Bevorzugung eines Empfängers allein aufgrund der Tatsache, dass er im gleichen Spital wie der Spendende liegt, wäre sachfremd, im Lichte formaler wie materialer Gerechtigkeit verfehlt. Das Ziel dieser Vorkehrung betrifft aber gar nicht direkt den Empfänger, sondern das Zentrum: Nicht Patientengerechtigkeit wird erstrebt, sondern die Befriedigung eines sachfremden Interesses, was ungerecht ist. – Zum Zweiten: Die Einrichtung einer festen Reihenfolge der Transplantationszentren für das Angebot eines verfügbaren Organs hat mit Gerechtigkeit für Patienten nichts zu schaffen. Sie dient dem Zweck, «die Annahme der angebotenen Organe in jedem der Zentren» auszugleichen (vgl. Swiss Transplant 2002 a, 5). Auch sie ist offensichtlich sachfremd, schliesst überdies das Risiko in sich, bedürftigere Kranke noch schlechter zu stellen – willentlich, weil auf die Erhebung aller Bedürftigen und auf eine anschliessende, den billigen Entscheid vorbereitende Abwägung verzichtet wird. Diese Regelung ist denn ebenfalls gerechtigkeits-theoretisch defizitär.

Die weiteren kindliche Spendende betreffenden Präzisierungen übergehen wir. Sie verbinden zweckmässige, ethisch ohne weiteres zu rechtfertigende Vorkehren mit den gleichen gerechtigkeitsdefizitäre Regelungen, die wir eben kennengelernt haben.

Eine weitere Bestimmung verankert den Vorrang eines Kranken, der zum gleichen Zentrum gehört, in welchem eine spendende Person liegt. Welcher Kranke dies ist, entscheidet das Zentrum selbständig. Die es leitenden Kriterien werden nicht erörtert. – Abgesehen vom mittlerweile notorischen Gerechtigkeitsdefizit, das sich mit der primär zentrumsorientierten Allokation verbindet, befriedigt die Unbestimmtheit der Allokationskriterien die Gerechtigkeitsaspekte der Rechtssicherheit und der Transparenz nicht. Der zu erwartende Einwand, diese Kriterien seien durch nationale und internationale Publikationen sowie Diskussionen allgemein bekannt und im Übrigen eingespielt, vermag die Bedenken, insbesondere die mit dem Prinzip der Rechtssicherheit verknüpften Anliegen, nicht zu beschwichtigen bzw. zu erfüllen.

Indem die nächste Bestimmung festlegt, welche Organe dem Pool zur Verteilung zugewiesen werden, verfestigt sie zugleich den zentrumsorientierten Vorrang bestimmter Kranker. Diese gerechtigkeitswidrige Regelung kommentieren wir nicht ein weiteres Mal, ebenso wenig die unangemessene Konstruktion einer festen Reihenfolge für das Anbieten eines verfügbaren Organs. Hingegen sei auf eine anschliessende Disposition verwiesen, der gemäss sämtliche im Kanton Zürich anfallenden Lebern als «lokale», d.h. primär dem Zürcher Zentrum zustehende Organe betrachtet werden, und zwar bis Ende Oktober 2003. Das geschieht bestimmt nicht ohne Grund, führt nun aber zu einer offen gerechtigkeitswidrigen Auszeichnung eines Transplantationszentrums. Kranke, also die primären Objekte eines verbal auf Gerechtigkeit ausgerichteten Transplantationssystems, müssen dafür mit Nachteilen bezahlen. Die Disposition erscheint darum nicht bloss als ungerecht, sondern als inhuman und im Widerspruch zum obersten Gebot ärztlicher Ethik «*salus aegroti ultima lex esto*».

Fast ganz mit Gerechtigkeits- und Billigkeitsforderungen decken sich die Vorkehrungen im Zusammenhang mit Kranken, die einer Doppeltransplantation bedürfen. Ihr Platz auf der Warteliste wird durch jenes der beiden benötigten Organe, das seltener verfügbar ist, bestimmt. Die nach entsprechenden Prioritäten geordnete Liste der Organe figuriert im Text. Wird dieses

rare Organ für einen Patienten zugänglich, muss das Zentrum, welches über eine Leber verfügt, diese für die Transplantation liefern. Gesorgt wird so für Chancengleichheit der Bedürftigen, durch die Verteilungsbestimmungen wird ein Ausgleich für besonders Benachteiligte geschaffen. Auch das Prinzip der Solidarität wird hier wirksam. – Störend, weil nicht gerechtigkeitskonform, sondern im Transplantationsinteresse des Zentrums, welches die Leber überlassen müsste, gelegen, nimmt sich dagegen die Pflicht aus – nun des Zentrums, welches die Leber transplantieren konnte –, bei der nächsten Möglichkeit, die sich ergibt, durch «Pay-back» die erhaltene Leistung zu vergüten. Vorausgesetzt ist lediglich, dass das Zentrum die weggegebene Leber selber hätte verwenden können. Die Regel verletzt das Gerechtigkeitsprinzip, Kranke bedarfsgerecht zu pflegen, d.h. hier im Rahmen einer nach gewichtetem Bedarf erstellten Liste.

Die restlichen Bestimmungen lassen wir unkommentiert. In umsichtiger Weise klären und regeln sie den Ablauf von Angeboten durch die nationale Koordinationszentrale («the Swisstransplant pool»); das Vorgehen bei Übertragung von Teillebern; die Zusammenarbeit auf internationaler Ebene, die für EFG eine Priorität statuiert. Die unbefriedigende Regelungen betreffende Vergütungspflicht, zentrumsorientierte Präferenz, Einhalten eines festen Turnus für Angebote tauchen erneut auf, sind mittlerweile indes geläufig und ausreichend besprochen.

Welches sind *die wichtigsten Lehren*, die sich aus diesem Beispiel ziehen lassen? Es sind deren fünf:

1. *Das hauptsächlichste ethische Bedenken* betrifft die *zentrumsorientierten Vorkehrungen*. Sie sind im auf Gerechtigkeit ausgerichteten Transplantationswesen sachfremd, daraus also zu entfernen.
2. Die weiteren aufgeworfenen Probleme gründen in der Existenz *dezentraler*, also bei den einzelnen Transplantationszentren statt bei der nationalen Koordinationszentrale angesiedelten Kompetenzen. Sie lassen sich beheben, indem man die definitive Allokation von Organen in prinzipiell allen Fällen der NKZ überträgt.
3. Der Erfolg des Allokationsprozesses hängt zu einem grossen Teil von der Fachkompetenz und der Loyalität aller Beteiligten, insbesondere der Ärztinnen und Ärzte, ab. Auch aktuelle und

differenzierte Kenntnis der Kranken ist erforderlich. Das kann in bestimmten Fällen aus Gründen der Zweckmässigkeit dazu führen, in Abweichung von Punkt 2 die *Kompetenz* der NKZ zur definitiven Zuteilung eines Organs *auf die Ebene von Transplantationszentren zu delegieren*.

4. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind die Möglichkeit solcher Delegation und das zugehörige Verfahren *formal und allgemein ersichtlich zu regeln*.

5. Das Beispiel belegt, *wie sehr sich strikt medizinische und ethisch geprägte Kriterien und Regelungen im Allokationsprozess ergänzen und durchdringen*.<sup>80</sup> Es ist darum unerlässlich, die mit den ethischen Dispositionen verbundenen Wertungen innerhalb der Gerechtigkeitsgemeinschaft als Ganzer zu legitimieren und damit zu officialisieren. *Das Regime privatrechtlich getragener (SAMW, Swiss Transplant) normativer Vorkehrungen ist zu ersetzen*, und zwar, wie das Beispiel nahelegt, bis zu einem recht hohen Detaillierungsgrad, den es mit Blick auf Zweckmässigkeit und Praktikabilität gewiss noch genauer zu bestimmen gilt.

#### 5.2.2.7 Fazit

Blicken wir auf die Ausführungen und Einsichten in den Abschnitten 5.2.1 und 5.2.2 zurück, so stossen wir in der heutigen Praxis zweifelsfrei auf eine Reihe von Vorkehrungen, welche die Idee der Verteilungsgerechtigkeit im Allokationsgeschehen zu verwirklichen trachten. Andererseits begegnen wir Handlungsanweisungen, die sich mit jener Idee nicht vertragen. In der Regel geht es dabei um Anweisungen, die ausserhalb des intendierten Gerechtigkeitsprozesses angesiedelt sind, diesen jedoch beeinträchtigen: Es sind Vorkehrungen, die sachfremden Interessen dienen, etwa der Auslastung von Transplantationszentren bzw. der Sicherung einer bestimmten lokalen Transplantationsfrequenz. Sie führen zu Entscheidungen, die den Prinzipien von Gleichbehandlung und Fairness zuwiderlaufen, insbesondere der Gerechtigkeitspflicht, die am meisten Benachteiligten ausfindig zu machen, um sie als erste in einem im übrigen noch nicht abgeschlossenen, Prinzipien- wie Nutzenperspektiven einschliessenden Evaluations- und Auswahlprozess zu berücksichtigen. Die Vorkehrungen benachteiligen, ohne guten ethischen

Grund, Kranke, ja sie können deren gesundheitlichen Zustand, vielleicht gar einschneidend, gefährden. So gesehen, erweist sich die heutige Allokationspraxis unter dem Aspekt der Gerechtigkeit als in wichtigen Teilen der Verbesserung bedürftig.

### 5.2.3. Der Entwurf des Transplantationsgesetzes (TPG) vom 12.9. 2001

Der Entwurf des Transplantationsgesetzes vom 12.9. 2001 (TPG) ist der Wahrung der Menschenwürde, dem Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit verpflichtet, in Nachachtung des Verfassungsauftrags von Art. 119 a, Abs. 1 BV. Er steht unter vier leitenden Zielvorstellungen: Gerechtigkeit ist oberste Vorgabe für die Regelung des Transplantationswesens und genießt *prima facie* Vorrang vor Nutzenerwägungen; Organe werden ausschliesslich patientenbezogen zugeteilt; die definitive Allokation erfolgt durch eine zentrale Instanz (B 32, 112-114); Rechtssicherheit (Einheitlichkeit) und Transparenz in Regelung und Praxis der Transplantationsmedizin sollen gewährleistet werden (B 31, 112-114, 117). Dieses – hier auf seinen Kern reduzierte – Programm greift Intentionen auf, die in der heutigen Praxis nicht ausreichend beachtet werden oder ihr gar fehlen. Es darf erwartet werden, dass die konkreten Vorschriften des Entwurfs das Programm, jedenfalls auf dieser Stufe der Rechtsetzung, verwirklichen, zugleich die Wege zu seiner weiteren Konkretisierung verbindlich vorzeigen. Der Entwurf bietet dann die Voraussetzungen zur Verbesserung der aktuellen Praxis, wie sie oben im Fazit (5.2.2.7) als nötig deklariert wurde.

Im vorliegenden Abschnitt geht es darum, in erster Linie anhand des Gesetzestextes zu überprüfen, ob die Erwartungen erfüllt werden. Der Text der Botschaft wird zur interpretativen Ergänzung beigezogen. Der Abstraktionsgrad, auf dem wir uns bewegen, geht über jenen der Informationen zur aktuellen Praxis hinaus. So ist zum Beispiel die Konkretisierung anhand von organspezifischen Kriterienlisten für die Zuteilung verständlicherweise noch nicht möglich. Es wird also darum gehen müssen, die entworfenen Normen auf ihre Auswirkungen auf Einzelheiten der geltenden Praxis zu befragen.

---

<sup>80</sup> Ein Punkt, auf den mit A. Holderegger besonders Gewicht zu legen ist. Zum Vorrang der ethischen Kriterien vgl. z.B. Gutmann et al. 2003, 257; B 111; Schott 2001, 257; Gutmann / Land 2000, 89 u.ö.

Im Vordergrund stehen die Bestimmungen im 4. Abschnitt des TPG, welcher der «Zuteilung von Organen» gewidmet ist (Art. 15-22).

### 5.2.3.1 Organisation

Formal betrachtet und in ein Aufbauschema gebracht, unterscheidet sich die Organisation des Transplantationssystems, wie der Entwurf zum TPG sie impliziert, nicht wesentlich von der aktuellen Praxis (vgl. B 1.3.5.5.8): Auf drei Ebenen sind auch hier die Akteure angesiedelt: Die Praxen behandelnder Ärztinnen und Ärzte bilden die Basis, die Transplantationszentren die mittlere Ebene, die Nationale Zuteilungsstelle (NZS) die Spitze. *Die entscheidenden Unterschiede* liegen in der verbindlichen Klärung der Abläufe, in der Festlegung der anzuwendenden Instrumente (Kriterien), in der damit verbundenen Stabilisierung der normativen Grundlagen, in der eindeutigen und ausschliesslich patientenorientierten Zuweisung der Kompetenzen – all dies flächendeckend für den gesamten Gerechtigkeitsraum. Bereits diese generelle, noch näher auszuführende Charakterisierung weist darauf hin, *dass der Gerechtigkeitsgehalt des TPG-Entwurfs jenen der aktuellen Praxis erheblich übertrifft*. Das darf auch erwartet werden. Verdankt sich das aktuelle System, wie eingangs angezeigt, einem geschichtlichen Prozess, in welchem induktiv und ausgehend von unterschiedlichen Interessen allgemeine Regeln allmählich gewonnen wurden, so können sich die Autoren des Entwurfs mit Durchdringung, Vertiefung und – dies vor allem – mit konsequent gerechtigkeits-theoretisch angeleiteter Systematisierung der gängigen Praxis befassen. Diese gerechtigkeitsbezogene Systematisierung zeitigt vor allem die folgenden, den Entwurf von der aktuellen Praxis deutlich unterscheidenden Konsequenzen (vgl. B 1.3.5.5):

1. Die *Dichte formeller Regelung* ist dem Gerechtigkeitsbedarf im komplexen Handlungsfeld des Transplantationswesens angemessen. Sie übertrifft jene der aktuellen Praxis in Umfang, Klarheit, Eindeutigkeit und Verbindlichkeit erheblich, schafft grössere Durchsichtigkeit und vermehrt Grund zum Vertrauen.

2. *Der Einfluss nicht sachbezogener*, d.h. für Ziel und Aufgaben des Transplantationssystems nicht gerechtigkeitsrelevanter *Faktoren wird programmatisch ausgeschlossen*.

3. Die Zuteilung von Organen erfolgt *ausschliesslich patientenbezogen*, ganz ausgeweitet also auf die einschlägigen Adressaten der Gerechtigkeit.

4. Die Leitnormen und Kriterien werden allgemeinverbindlich, d.h. *für den ganzen Gerechtigkeitsraum einheitlich* expliziert und festgelegt.

5. Expliziert werden ebenfalls die *Pflichten sämtlicher Akteure* im Transplantationssystem, angefangen bei den behandelnden Ärztinnen und Ärzten, und sie sind *rekursfähig, einklagbar* gemacht.

6. *Die Kompetenz für die definitive Zuteilung* eines Organs wird für den gesamten Gerechtigkeitsraum *einer einzigen Stelle zugewiesen*. Konsistenz und Kohärenz der Entscheidungen, damit Rechtssicherheit und Transparenz, werden erheblich gefördert.

7. *Kontrollen und Evaluation werden formell verankert* und an deklarierte Ziele gebunden, allgemein an die Überprüfung der Effizienz im Streben nach jener Gerechtigkeit, die im TPG-Entwurf in den wesentlichen Zügen konkretisiert wird.

Zwei zusätzliche Punkte sind bedeutsam, weil sie mögliche Einwände entkräften. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie **wichtige Übereinstimmungen zwischen aktueller Praxis und dem im TPG-Entwurf festgeschriebenen Konzept** zur Geltung bringen.

*Zum Ersten:* Zwar trifft zu, dass die Transplantationszentren und die in ihnen tätigen Ärztinnen und Ärzte im Prinzip «keine Kompetenz mehr haben, eigene Kriterien für die Zuteilung festzulegen»; und sie werden nicht länger selber über die faktische Zuteilung entscheiden können. Dies wird Sache allein der NZS sein (B 117; Art. 18 Abs. 2 Bst. b). Doch Erlass und Vollzug von Regeln und Kriterien sind das Eine, deren Vorbereitung – und damit die neben der Anwendung wichtigste Phase – das Andre. Hier sind Wissen, Erfahrung und Können der Fachpersonen dringend erforderlich. Der Gesetzgeber ist ja ein Abstraktum; *in concreto* handelt es sich bei der Gesetzgebung, auch auf Verordnungsstufe, um einen komplexen Prozess, in welchem unterschiedliche Qualitäten, Personen und Interessen zusammenwirken, mit dem Ziel, Regelungszweck und -materie optimal zu gestalten. Das kann im Rahmen des

Transplantationsgeschehens nicht ohne intensive Mitwirkung des Medizinalpersonals geschehen. Ärztliches Wissen und ärztliche Erfahrung sind «zentrale Bestandteile jeder rationalen Diskussion des Allokationsproblems» in all seinen Teilen und Schattierungen (Gutmann / Land 2000, 116). *Mitbestimmung aufgrund besonderer fachlicher Kompetenz ist also selbstverständlich.*

*Zum Zweiten:* «Die Wirklichkeit ist allemal unübersichtlicher als das beste metaphysische und ethische» oder auch juristische Denk- und Regelsystem (Demmer 2003, 240). Rechtliche Regelungen auf Verordnungs- wie auf Gesetzesstufe tragen gerade in komplexen und ständiger Veränderung unterworfenen Bereichen, zu denen das Transplantationswesen gehört, vorläufigen Charakter. Dieser in der Literatur immer wieder unterstrichene Umstand prägt auch das Konzept der Allokation im TPG-Entwurf. Gerechtigkeit wird hier also nicht verstanden als ein Ziel, das sich auf einem ein für allemal festgelegten Weg erreichen liesse, sondern als ein Prozess, in dem es, abgesehen von besseren Wegen, auch Kreuz- und Holzwege geben kann. *Der TPG-Entwurf fasst Gerechtigkeit in gut Kantischer Manier als ein Ideal auf*, dem man angemessen nur zu folgen vermag, wenn man sich von vornherein dem *Faktum der Geschichtlichkeit*, damit der Entwicklung und, auch in organisatorischer Hinsicht, dem Erfordernis der Flexibilität stellt. Stabil sind eigentlich nur die Eckwerte, die – ethisch fundierten – Vorgaben der Bundesverfassung also, und zwar nicht ausschliesslich des Transplantationsartikels 119a BV (vgl. Schott 2001, §7 II; B 1.3.5.5.1). – Von selbst versteht sich, dass wiederum den Ärztinnen und Ärzten eine wesentliche Funktion in diesem gesellschaftlichen Streben nach Gerechtigkeit im Transplantationswesen zufällt. Doch weil es sich um einen gesellschaftlichen Weg handelt, wäre es unrichtig, ihnen die Entscheidung über Rahmenbedingungen, Grundsätze und Verfahrensregeln zu überlassen. Weder garantiert medizinische Expertise für politische Vernunft noch qualifiziert sie für politische Beschlüsse (vgl. B 1.3.5.5.4); *Verteilungsgerechtigkeit ist eine öffentlich-institutionelle, nicht eine berufsständische Angelegenheit* (für viele Gutmann / Land 2000, 122). Die einerseits demokratisch legitimierte partizipatorische, andererseits verfahrensrechtlich mit legitimierten behördlichen Instanzen arbeitende Regelung des Allokationsverfahrens gemäss TPG-Entwurf ist, in gerechtigkeitsorientierter Perspektive, der aktuellen Praxis vorzuziehen.

### 5.2.3.2 Artikel 15 TPG: Geltungsbereich

Artikel 15 erstreckt sich auf Organe, welche weder einer gerichteten Lebendspende<sup>81</sup> entstammen noch mit einer Widmung der verstorbenen an eine empfangende Person belastet sind. Im Falle der Widmung ist stets an ein identifizierbares Individuum gedacht; der Artikel bietet keine Handhabe für ein Modell auf Gegenseitigkeit irgendwelcher Art, bleibt insofern gerechtigkeitsrechtlich unproblematisch.

Eine Widmung lässt sich nur in engen Grenzen überhaupt realisieren; sie ist im Sinne humanitärer Zuwendung (z.B. dem Solidaritätsprinzip, nicht also einem Tauschprinzip folgend) zu interpretieren, mithin als direktes Geschenk aufzufassen, welches ethisch unproblematisch, sittlich verdienstvoll (supererogatorisch) ist. Analoges gilt im Prinzip für die Lebendspende, auch wenn diese mit zusätzlichen ethisch relevanten Problemen behaftet sein mag (exemplarisch Kliemt 2002, Abschn. 2.2.2)

Absatz 2 Bst. a ermächtigt den Bundesrat festzulegen, welche Organe gemäss dem 4. Abschnitt zuzuteilen sind. Auch kann er die Bestimmungen dieses Artikels als auf Gewebe und Zellen anwendbar erklären. Die Präzisierung hinsichtlich der Instanz, welche dafür zuständig ist festzulegen, was als transplantierbares Organ zu gelten hat, ist hilfreich. Sie steht wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen nicht entgegen, lenkt diese aber in politisch bestimmbare, damit auch ethischer Legitimation unterworfenen Wege. Die so verbesserte Transparenz, mag sie auch zurzeit noch nicht Spruchreifes aufgreifen, ist doch der Gerechtigkeit förderlich.

Die *limitative Funktion* der Bestimmung macht allerdings erst die Botschaft explizit. An sich liesse sich der Gesetzestext auch so interpretieren, dass vom Geltungsbereich zwar Widmungen ausgenommen werden, die Vorzugsbehandlung von Gruppen hingegen offen bleibe. Blankart sichtet jedenfalls Klärungsbedarf, wenn er vom Bundesrat eine Antwort auf die Frage erwartet, warum zwar Widmungen, nicht jedoch auf dem Vorsorgeprinzip aufbauende Gruppenlösungen

---

<sup>81</sup> Art. 15 gilt auch für Organe, die dank einer nicht gerichteten Lebendspende verfügbar werden. Ich danke der Rechtsabteilung des Bundesamtes für Gesundheit für diese Präzisierung.

zugelassen sind (2002, 21, Anm. 25). Der Weg, den der TPG-Entwurf einschlägt, erklärt sich in ethischer Perspektive jedoch ohne Schwierigkeiten. Er schliesst die Möglichkeit primärer Diskriminierung, welche sich, wie wir gesehen haben, in der Gerechtigkeitsperspektive nicht rechtfertigen liesse, aus. Wie mit einer beispielsweise rassistisch motivierten Spendenaufgabe umzugehen wäre, liegt damit fest (auch wenn die Botschaft diese Frage nicht explizit aufgreift): Das belastete Organ dürfte verwendet werden, die diskriminatorische Zuweisung bliebe unbeachtlich (B 148 f.; vgl. Brenner 2001a, 142-144).

Ins Gewicht fällt, dass alle diese Punkte ausdrücklich und allgemeinverbindlich geregelt werden. Dass Rechtssicherheit im ganzen Gerechtigkeitsraum geschaffen wird, ist dabei das Eine; das Andre, möglicherweise noch Wichtigere, lässt sich darin erblicken, dass den mit der Aufgabe der Entscheidung in ambivalenten Situationen Befassten eindeutige Weisungen und damit Entlastung geboten wird. Hier füllt das TPG eine wichtige Lücke und dient direkt der praktischen Durchsetzung von Gerechtigkeit.

#### 5.2.3.3 Artikel 16 : Nichtdiskriminierung

Art. 16 Abs. 1 positiviert das allgemeine, gerechtigkeitsrechtlich unerlässliche Diskriminierungsverbot – das Prinzip der Unparteilichkeit. Es ist insofern von besonderer Bedeutung, als es sich auch den *verdeckten* Diskriminierungen, etwa bei der Indikationsstellung des behandelnden Arztes oder im Umfeld von Beschlüssen über die Aufnahme auf die Warteliste im Transplantationszentrum, entgegenstellt. Grundsätzlich wird Diskriminierung zwar auch in der aktuellen Praxis verpönt. Faktisch kommen indes TZ-spezifische Kriterien zum Zuge, und jedenfalls sind die anwendbaren Kriterien nirgends förmlich und allgemeinverbindlich festgelegt (vgl. auch B 1.3.5.2.1). Vorhandene Checklisten dienen der Wegleitung, also als Anregung; sie schreiben den zu gehenden Weg nicht vor. Der TPG-Entwurf ist gerechtigkeitsrechtlich der aktuellen Praxis überlegen.

Zur Klärung wird in der Botschaft (B 2.4.4.2) auf Art. 8 Abs. 2 BV verwiesen und unterstrichen, die dortige Aufzählung sei nicht abschliessend. Das ist hilfreich, lässt Raum für Erfahrung und Ergänzung. *Unbefriedigend bleibt, dass nicht zwischen primärer und sekundärer Diskriminierung unterschieden wird.* Dies führt dazu, dass als primäre Diskriminierung

ausgegeben wird, was unter sekundäre Diskriminierungen einzuordnen und dem politischen Prozess zugänglich zu machen wäre. Wir haben oben (4.7.4.1) gesehen, dass sich für die Berücksichtigung des Alters als Zuteilungskriterium eintreten lässt. Analoges gilt für das Kriterium von Betreuungspflichten (4.7.4.2). Der Verfassungsgeber zählt das Alter zu den primären Diskriminierungen; er hat dabei kaum an die Transplantationsmedizin gedacht, versperrt nun aber hier den Weg zur besseren Gerechtigkeit. Zwar ist unerwünscht, wenn das biologische oder chronologische Alter in Transplantationszentren in Anschlag gebracht wird, auch wenn dies in sorgfältiger Beratung geschieht; denn damit wird die Gleichbehandlung innerhalb des gemeinsamen Gerechtigkeitsraumes beeinträchtigt. Doch ebenso wenig befriedigt der autoritative Ausschluss des chronologischen Alters (und weiterer Kriterien sekundärer Diskriminierung) von umsichtiger Abwägung im Zuteilungsprozess. *Hier ist im Hinblick auf Billigkeit als Ziel Remedur angezeigt.* Der durch Reduktion und gewiss mit dem Ziel von Transparenz, Rechtssicherheit und Praktikabilität in Kauf genommene Mangel an Gerechtigkeit unterschreitet das geforderte Mass an Verhältnismässigkeit.

Das Ziel der Ausländerregelung in Absatz 2 (Vermeidung eines «unerwünschten Transplantationstourismus», B 149) lässt sich ethisch legitimieren: Angesichts des Organmangels erstreckt sich das Gebot, Hilfe zu leisten, primär auf den eigenen Gerechtigkeitsraum. Auch das Fairnessprinzip sowie der in dilemmatischen Situationen unbestrittene Vorrang der Nähe stützen diese Interpretation. Es darf in der Tat nicht sein, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Angehörigen anderer Gerechtigkeitsräume die Aussichten für Leidende im eigenen Verantwortungsbereich beeinträchtigt. Es gilt erneut –auch ethisch – der Grundsatz «*ultra posse nemo obligatur*». Im Übrigen ist die nachbarschaftliche Hilfe im Rahmen des Möglichen gewährleistet (Art. 22 TPG).

Im Lichte dieser Bemerkungen zeigt sich im Wortlaut des Gesetzestextes eine Lücke, die auch in der Botschaft nicht deutlich geschlossen wird. Dem Sinn der Bestimmung zu Beginn von Art. 16 Abs. 2 nach kann es sich nur um «Ausländerinnen und Ausländer, *die sich in der Schweiz aufhalten*», handeln. Die entsprechende Klärung wäre hilfreich.

#### 5.2.3.4 Artikel 17: Massgebende Kriterien

Eindeutigkeit und Sparsamkeit zeichnen diesen zentralen Artikel auf den ersten Blick aus – Qualitäten in ethischer wie juristischer Perspektive. Stellt man in Rechnung, dass die Botschaft – wie eine breite Literatur (für viele Gutmann /Land 2000, 112) – dem abstrakten Prinzip des gerechten Helfens und Heilens den Vorrang vor Nutzenerwägungen einräumt (B 113 f.), dürfte es dem Bundesrat nicht schwerfallen, die Reihenfolge der drei genannten allgemeinen Kriterien – a. medizinische Dringlichkeit, b. medizinischer Nutzen, c. Wartezeit – festzulegen bzw. die Kriterien zu gewichten: Dringlichkeit steht vor Nutzen, und das «Verdienst» der längeren Wartezeit darf in Fällen, da keine Dringlichkeit regiert, dem höheren Nutzen weichen, jedenfalls *prima facie*.

Die mit der Bestimmung «*prima facie*» verbundene Einschränkung deutet an, dass die Dinge nicht so einfach liegen. Es wäre unfair, würde ein schon länger wartender Patient immer neu übergangen, weil ihm Konkurrenten mit nachweisbar grösserer Nutzenerwartung ständig den Rang ablaufen. Die Botschaft selber hebt früh schon hervor, dass die Suche nach tragfähigen und allgemein anerkannten Kriterien der Zuteilungsgerechtigkeit «alles andere als einfach» ist (B 99). Ein Beispiel macht deutlich, wie sehr das Gewicht und die Anwendbarkeit von Kriterien durch die konkreten Bedingungen der jeweiligen Entscheidungssituation geprägt sind: Einmal wird bereits das Dringlichkeitskriterium relativiert – und im Einzelfall ausgesetzt –, wenn physiologische Kontraindikationen einer Berücksichtigung der bzw. des Leidenden entgegenstehen. Zum Andern mag das Dringlichkeitskriterium ungehindert wirken, wenn der bzw. die am meisten Bedürftige sich zweifelsfrei ausmachen lässt. Dies entspricht einer wohl allgemein geteilten Gerechtigkeitsintuition (vgl. Gutmann /Land 2000, 107). Doch schon wenn zwischen zwei gleich Bedürftigen ausgewählt werden muss und im Übrigen deren Verhältnisse keinerlei universal akzeptablen, materialen Vorrang begründen, wird dem Dringlichkeitsprinzip zweckmässigerweise – auch das ist ein Aspekt der Idee der Gerechtigkeit (Radbruch 1970, 140 ff., 168 ff.) – das Nutzenprinzip vorgeordnet. Man versteht darum gut, dass in den USA die *National Institutes of Health* vorschlagen, den Aspekt der «Super Urgency» zu kombinieren mit der Abschätzung der Lebenschancen: Im Konfliktfall soll zugunsten jener Person entschieden werden, deren Überlebenschancen besser stehen (Lachmann / Meuter 1997, 38; vgl. Brenner 2001b, 208).

Diese Lösung ist in jedem Fall einer Entscheidung durch das Los vorzuziehen, entlastet freilich nicht, wie dieses, von unmittelbarer Verantwortung. *Doch die Übernahme solcher Verantwortung entspricht der Auszeichnung durch die Menschenwürde, die ja nicht nur Schutz und Rechte impliziert, sondern immer auch aktive Bewährung einfordert und erst mit dieser ihre volle Bedeutung entfaltet.* Ein Losentscheid, verteidigt mit dem Hinweis auf Umsetzung formaler Gerechtigkeit (gleiche Chancen, ein nur einmal verfügbares Organ zugesprochen zu erhalten), würde den Anspruch sittlicher Autonomie, der bekanntlich seit Immanuel Kant Menschenwürde philosophisch begründet, unterbieten.

Diese wenigen Hinweise verdeutlichen, wie schwierig es ist, die für Allokationsentscheide heranzuziehenden bzw. abzuweisenden Kriterien zu bestimmen und, sind sie einmal namhaft gemacht, zu gewichten bzw. in eine Rangordnung zu bringen. Zwei Gesichtspunkte gilt es dabei im Auge zu behalten: Einmal sollte die Liste der berücksichtigenswerten Kriterien umfassend sein; zum Anderen – wir nehmen eine Formulierung aus Abschn. 4.7.1 nochmals auf – ist angesichts des Verlangens nach Gewichtung und Priorisierung der Versuchung zu widerstehen, sachfremde Exaktheit anzustreben (vgl. Aristoteles 1094 b 10-28 und 1098 a 21-35) bzw. in die Falle des «Fehlschlusses der unangemessenen Exaktheit» (Lachmann / Meuter 1997, 170) zu treten.

Fragen wir also zuerst, *wie es mit der Vollständigkeit der Kriterienliste in Art. 17 Abs. 1 TPG steht.* Die Frage ist umso wichtiger, als diese Liste für abgeschlossen und ausschliesslich gültig erklärt wird. Zunächst ist festzuhalten, dass die Liste durch zwei Vorrangregeln ergänzt wird: Das Gerechtigkeitsprinzip der Chancengleichheit verpflichtet die Zuteilungsinstanz, dafür zu sorgen, dass Leidende mit besonderen bzw. seltenen physiologischen Eigenschaften fairen Zugang zur Organallokation gewinnen, also, *ceteris paribus*, Konkurrenten vorgezogen werden. Weil sie unter genau jener Bedingung zu den schlechter Gestellten zählen, entspricht ihre Berücksichtigung dem Rawls'schen Differenzprinzip, ist mithin gerechtigkeitskonform.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Gegen Brenner 2001 b, 209, ist daran festzuhalten, *dass es möglich und ethisch gefordert ist, natürliche Benachteiligungen auszugleichen, so weit dies in unseren Kräften steht.* Dabei übernehmen wir nicht «Verantwortung für die Natur», sondern für von «der Natur» stiefmütterlich behandelte Mitmenschen.

In gleicher Weise lässt sich für den Vorrang von Kindern und Jugendlichen argumentieren, für die im Falle eines Nierenversagens das Zuwarten «irreversible Wachstums- und Entwicklungshemmungen» mit sich brächte (B 150). Sie müssten nur einem Patienten weichen, dessen Behandlung aus medizinischen Gründen dringlicher (also nicht bloss gleich dringlich) wäre. Dass der Aspekt der Dringlichkeit sinnvollerweise nur zum Tragen kommen soll, wenn eine Transplantation sich mit der Aussicht auf nachhaltigen – oder, wie etwa Schott sich ausdrückt (2001, 360, 368), vernünftigen – medizinischen Nutzen verbindet, wurde bereits erwähnt. Hier klafft ein unbestimmter Ermessensspielraum, welcher aus der Gerechtigkeitswarte der Eingrenzung bedarf. Der Gesetzestext spricht sich hierzu nicht aus; die Botschaft gibt Hinweise (B 150-152). Aus verfahrensrechtlichen wie aus Transparenzgründen – daher auch in gerechtigkeitspezifischer Perspektive – wäre wünschbar, dass Abs. 3 selber dem Bundesrat explizit die Kompetenz, aber auch die Pflicht überbände, die zu berücksichtigenden Aspekte des medizinischen Nutzens darzulegen und zu gewichten.

Aus der gängigen Praxis wie aus der Literatur wird ersichtlich, um welche Aspekte es sich handelt – oder besser: welche Aspekte diskutiert werden; denn in nicht wenigen Fällen stösst man auch hier auf Kontroversen.

*Übereinstimmung* besteht darin, dass einer Transplantation, auch im Falle der «Super urgency», entgegenstehen: fehlende Blutgruppen-Kompatibilität; fehlende Gewebeverträglichkeit (bedingt); negatives Ergebnis des Cross-Match-Tests; bei gewissen Organen unpassende Grösse und ungenügende Leistungsfähigkeit; die Unmöglichkeit, zeitgerecht, d.h. innerhalb der Ischämietoleranz zu transplantieren; vorhandene Krankheitserreger. Es sind dies Kriterien, die zwar auf Nutzen bezogen sind, sich aber zugleich mit dem gerechtigkeitsrelevanten Prinzip der Zweckmässigkeit verbinden. Sie sind darum auch gerechtigkeitsethisch legitim. Aus medizinischen Gründen fallen sie so stark ins Gewicht, dass sie, solange sie bestehen, den Ausschluss von einer Therapie, im Falle der «Super urgency» eine sogenannte «tragische Entscheidung» begründen. Eine Gewichtung scheint darum überflüssig.

*Kontrovers* diskutiert werden andere, in dilemmatischen Fällen einschlägige Kriterien, die nun aber nicht einfach als medizinisch angesprochen werden können, selbst wenn da und dort

medizinisch relevante Aspekte mit berührt werden. Eben dieser Umstand lässt danach fragen, ob die – ethisch brisante — Entscheidung im TPG-Entwurf, ausschliesslich medizinischen Nutzen gelten zu lassen, vertretbar ist; und ob es angeht, dem Kriterium dieses Nutzens gleich jenes der Wartezeit folgen zu lassen – ein formales Kriterium, das zwar dem Prinzip der Chancengleichheit folgt, welches Gerechtigkeit jedoch auf die Berechnung und Berücksichtigung von Zeitspannen reduziert. Beide Entscheidungen der Autoren des Entwurfs sind an den gesetzestechnischen und *eo ipso* an den in der Ethik der Legiferierung wichtigen Prinzipien der Eindeutigkeit, der Sparsamkeit, der Jusitiziabilität sowie der Praktikabilität orientiert. Sie unterbieten hingegen die moralische Kompetenz von Gesetzgeber und -anwender in einem ethisch jedenfalls problematischen Masse.

Zwei Gründe sind hierfür ausschlaggebend; sie wurden im Kapitel über die Grundlagen erörtert. Der eine liegt in der *anthropologischen Einführung der Argumentation*, die den Patienten bzw. die Patientin als isoliertes Selbst betrachtet. Wir haben dagegen betont, dass eine Person in ihrer Würde stets als Element eines «intrinsischen Beziehungsgeflechts» aufzufassen ist (vgl. 4.1.4). Ihre Integrität steht und fällt mit den Beziehungen zu Anderen, in und aus denen sie lebt. Fragen der Fairness, der gerechten Zuteilung von Organen, betreffen darum nicht einen isolierten Körper, sondern stets ein Ensemble von Beziehungen, eben eine persönlich existierende Integrität. Zumindest wo diese Existenz für das gedeihliche Dasein anderer von unmittelbarer und nicht substituierbarer Bedeutung ist, drängt sich in der Allokationspraxis die Beachtung dieses Umstandes auf – aus Gerechtigkeitsgründen, die in einer sachgerechten und umfassenden Wahrnehmung der jeweiligen Handlungssituation wurzeln. *Entgegen der Botschaft* ist darum darauf zu pochen, dass «Aspekte einer allfälligen «sozialen Dringlichkeit» » Berücksichtigung finden müssen, weil sonst Dritte, welche die Integrität einer leidenden Person mit ausmachen – und damit diese selbst – in nicht vertretbarem Ausmass benachteiligt würden.

Die Diskussion um das Für und Wider der Berücksichtigung des biographischen bzw. chronologischen Alters ist ähnlich gelagert. Die Botschaft schliesst dessen Berücksichtigung aus, *verdrängt damit jedoch den Aspekt der existenzialen Endlichkeit*, der Menschsein wesentlich prägt (vgl. 4.3.1). Ob das Alter berücksichtigt wird oder nicht, ist nicht Sache eines supererogatorischen Werkes eines älteren Patienten, sondern eine *Frage der Fairness*: Wenn, wiederum *ceteris paribus*, für zwei Leidende nur ein Organ verfügbar ist, verlangt die faire

Verteilung von Vorteilen und Lasten die Berücksichtigung der jüngeren Person. Sie hat weniger Chancen der Erfüllung von Präferenzen genossen. Das Alter ist nicht, wir erinnern daran, ein angesichts der Tragweite der Verteilungsentscheidung sekundärer Gesichtspunkt, vielmehr gehört es, im Blick auf unsere wesentliche Endlichkeit, zu den fundamentalen Angelegenheiten menschlicher Existenz (vgl. Lachmann / Meuter 1997, 171 f.).

Den Wert eines Lebens objektiv zu beurteilen, sollte man sich nicht vermessen. Das ist allein Sache jeder und jedes Einzelnen – und auch für sie bzw. ihn eine immer neu, in Anmessung an die jeweils gelebte Phase sich stellende Aufgabe. «Denn eine Schwalbe macht noch keinen Frühling und auch nicht ein einziger Tag» (Aristoteles 1098 a 18-20, übers. O. Gigon). Gesetzt, die Aufgabe wird als solche überhaupt begriffen und nicht durch ein anderes Verständnis, welches das Leben selbst, soweit es je gelebt ist, als Sinn begreift, ausgestochen. Solcher Überlegungen dürfen wir uns im Zusammenhang des Transplantationswesens allerdings entschlagen, nicht jedoch des davon nicht berührten Blicks auf die Lebenszeit als – gewiss wiederum untersuchungswertes – Mass für Gelegenheiten zur Erfüllung von Präferenzen. Der entsprechende Vorschlag von Robert M. Veatch verdient Anerkennung, mehr jedenfalls als andere Konzepte.<sup>83</sup> *Die Ausrichtung auf Billigkeit legt nahe, auch das biographische Alter als Kriterium zu berücksichtigen.*

Schliesslich haben wir gesehen, dass die Spendebereitschaft unter dem Aspekt der Fairness Aufmerksamkeit verdient, nicht als zentrales, wohl hingegen als Hilfskriterium, welches zu Recht die *ultima ratio* des Losentscheids hinausschiebt. Wir rufen den einschlägigen Fairnessgedanken in Erinnerung: Wer die Vorteile eines Allokationssystems für sich beansprucht, ist moralisch verpflichtet, auch entsprechende Lasten zu tragen, um das System aufrecht zu erhalten. *Wer in die Transplantation einwilligt, hat spätestens dann seine Bereitschaft zur Spende zu bezeugen.* Das Argument der Nötigung wird dadurch entkräftet, dass der Rückzug einer entsprechenden Erklärung nach der Gesundung immer offen bleibt.

---

<sup>83</sup> Veatch 1993, 218 ff., zit. bei Schott 2001, 317 und 321; vgl. Gutmann / Land 2000, 99 f.). Die hier getroffene Wahl setzt sich von jener ab, die Schott vorzieht (2001, 315-324). Er beurteilt das von Norman Daniels vorgelegte Konzept am positivsten. Das erstaunt, denn die Kritik an N. Daniels, die er liefert, wirkt schlüssig, während die Bemerkungen zu Robert M. Veatch nicht so ausfallen, dass man dessen Vorschlag ablehnen müsste.

Die Antwort auf die Frage, ob der Kriterienkatalog in Art. 17 Abs. 1 TPG vollständig sei, fällt im Ergebnis verneinend aus. Unmittelbare und nicht ersetzbare soziale Verantwortung (der in der Literatur diskutierte Fall der jungen Mutter, nicht jedoch jener des hohen Funktionsträgers in einem Unternehmen), biographisches Alter und Spendebereitschaft erweisen sich als unter Gerechtigkeitsaspekten brauchbare Kriterien. Verglichen mit medizinischer Dringlichkeit und Notwendigkeit sind sie nachrangig, nicht jedoch automatisch auch verglichen mit der Wartezeit. Es entspricht vermutlich (sic) einer verbreiteten Gerechtigkeitsintuition, dass die genannte soziale Verantwortung, aber auch das biographische Alter eher zu berücksichtigen sind, wobei bezüglich des Alters weitere Differenzierungen erforderlich werden, auf die hier verzichtet werden muss. Dafür, dass der Spendebereitschaft der letzte Platz auf der Kriterienliste zukommt, haben wir bereits argumentiert: Sie dient dann als Vorrangregel, wenn, ceteris paribus, bei zwei Leidenden mit gleicher Position auf der Warteliste die eine ihre Bereitschaft dokumentiert hat, der andere nicht.

Die drei hier verteidigten Kriterien tragen den Charakter *sekundärer oder subsidiärer Vorrangregeln*, vergleicht man sie mit den beiden in Art. 17 Abs. 1 zuerst genannten beiden Kriterien. Dem liesse sich durch entsprechende Redaktion Rechnung tragen. Art. 17 Abs. 1 und ein neuer Abs. 3 könnten wie folgt lauten:

«<sup>1</sup>Für die Zuteilung dürfen nur die folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

a. primär

aa. die medizinische Dringlichkeit einer Transplantation;

ab. der medizinische Nutzen einer Transplantation;

b. sekundär

ba. die für Dritte existenzielle unmittelbare und nicht substituierbare Funktion;

bb. die Wartezeit;

bc. die Spendebereitschaft.»

Absatz 2 bleibt unverändert.

Mit Blick auf die Praxis des Transplantationswesens lässt sich nicht ausschliessen, dass Situationen eintreten, in denen das Prinzip, wonach die endgültige Zuteilung Sache ausschliesslich der Nationalen Zuteilungsstelle sein sollte, sich nicht verwirklichen lässt. So bleibt denkbar, dass die Kreuzprobe unmittelbar vor der Transplantation darauf hinweist, dass die vorgesehene empfangende Person das Organ wahrscheinlich abstossen wird, eine Transplantation mithin unzweckmässig und also mit der Idee der Gerechtigkeit nicht verträglich wäre. Zugleich könnte die Ischämietoleranz weitgehend erschöpft, eine Verwendung des Organs ausserhalb des Transplantationszentrums sonach nicht mehr tunlich sein. Eine Rücksprache mit der NZS ist in einem solchen Fall zwar nicht ausgeschlossen, indessen wenig sinnvoll und möglicherweise eine Zeitverschwendung. Zweckmässig wäre es darum, *wenn direkt im Transplantationszentrum über die Verwendung des Organs entschieden würde*, nach bestem Wissen und Gewissen in Nachachtung der allgemein bekannten Regeln und Verfahren der NZS. Diese *stellvertretende Handlung, die in erster Linie der Forderung der Billigkeit gerecht werden müsste*, mag selten nötig werden. Mit Blick auf Rechtssicherheit, Transparenz, aber auch Entlastung der agierenden Ärztinnen und Ärzte – unter Beachtung der Prinzipien von Fairness, Solidarität und Vertrauen also – sollte dieser Fall dennoch formell geregelt werden. Dies liesse sich auch in Analogie zu Art. 1 Abs. 2 ZGB bewerkstelligen.

Ein neuer Absatz 3 in Art. 17 TPG könnte etwa wie folgt lauten:

*«<sup>3</sup>Muss die Zuteilung ausnahmsweise einem Transplantationszentrum überlassen werden, folgt dieses den Kriterien der Nationalen Zuteilungsstelle und im Übrigen der Regel, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.»*

Abs. 3 von Art. 17 TPG würde neu Abs. 4. Zu überlegen bliebe, ob die neue Bestimmung nicht besser in Art. 18 untergebracht würde.

### 5.2.3.5 Artikel 18: Nationale Zuteilungsstelle (NZS)

Die Erläuterungen der Botschaft zu Artikel 18 (B 2.4.4.4) lassen erkennen, dass mit der Regelung von Kompetenzen und Aufgaben der Nationalen Zuteilungsstelle *zentrale Gerechtigkeitsforderungen* erfüllt werden:

Zu verlangen ist für den ganzen Gerechtigkeitsraum eine einzige Warteliste; sie ist Voraussetzung von Gleichbehandlung und Chancengleichheit im relevanten Bezugsfeld. Durchgängig wird die patientenorientierte Allokation verwirklicht; im Allokationsprozess finden neben den Interessen der Adressaten der Gerechtigkeit keine weiteren Interessen Beachtung. Gleichwohl wird eine den individuellen Situationen der potenziellen Organempfänger Rechnung tragende Zuteilung gewährleistet: Über die Zuteilungsabsichten, erarbeitet anhand der in der NZS verfügbaren und von den Transplantationszentren (TZ) laufend aktualisierten individuellen Daten, werden sämtliche TZ gleichzeitig benachrichtigt. Sie sind frei, in gegebener Frist darauf zu reagieren und dadurch entscheidend dazu beizutragen, dass der Bedürftigste oder die Geeignetste in der endgültigen Allokation berücksichtigt wird. Mit der NZS kommt jene Stelle zum Zuge, die allein über sämtliche Daten als Bedingung einer gerechtigkeitskonformen Zuteilung im gemeinsamen Handlungsraum verfügt. Dieses kooperativ fundierte, mit der zweifelsfrei bezeichneten Kompetenz zur definitiven Entscheidung ausgestattete Modell ist als gerechtigkeits-theoretisch optimal zu bezeichnen. Der geläufige Einwand, nur gestützt auf genaue Kenntnis der lokalen Situation lasse sich ein Organ sach- und patientengerecht zuteilen, wird gegenstandslos. Vorzubehalten ist lediglich die formelle Regelung von nicht auszuschliessenden Ausnahmen (s. oben).

Im Hinblick darauf, dass der Einsatz verfügbarer Organe primär im eigenen Gerechtigkeitsraum zu erfolgen hat, ist die Regelung, wonach allein die NZS sich mit Zurverfügungstellen und Austausch von Organen über die Landesgrenzen hinweg befasst, zweckmässig, insofern gerechtigkeitskonform. Die bereits heute geltende Praxis wird formalisiert, damit im Einzelfall einspruchsfähig gemacht. Dies trägt zur *Rechtssicherheit* bei, zugleich zur Stärkung des – nun aus sozialetischer Sicht wünschbaren – *Vertrauens*, mit dem die Öffentlichkeit dem Transplantationswesen begegnet.

### 5.2.3.6 Artikel 19: Meldung von Patientinnen und Patienten

Mit Artikel 19 kommt das allererste Tor zum Allokationsprozess zur Sprache; er ist darum gerechtigkeits-theoretisch von zentraler Bedeutung. Soll er wirksam werden, ist *vorauszusetzen, dass behandelnde Ärztinnen und Ärzte ihrer Standesethik unbedingt folgen*, d. h. dass sie ihre Indikationen nach bestem Wissen und Gewissen und ausschliesslich im Interesse ihrer Pflege- und Schutzbefohlenen stellen. Dies auch dann, wenn, wie jetzt vorgesehen, ihr eigener Ermessensspielraum eng begrenzt, ja in gewissem Sinne aufgehoben wird: Ergibt die objektive, will sagen unparteiische medizinische Untersuchung, dass eine Organtransplantation das einzige Mittel zur Lebensrettung oder der beste Weg zur Erhaltung der Autonomie der Leidenden darstellt, besteht eine *Pflicht zur zeitverzugslosen Anmeldung* der betroffenen Person bei einem Transplantationszentrum. Dieser Pflicht entspricht ein einklagbares Anspruchsrecht auf Seiten der Patienten; damit wird eine gerechtigkeits-spezifische Regelung eingeführt, die in der aktuellen Praxis fehlt.

Weil es darum geht, den Zugang zum Transplantationswesen überhaupt und damit die Wirksamkeit des Prinzips der Chancengleichheit zu erschliessen, ist es richtig, eine mögliche oder laufende *Ersatztherapie* nicht zu beachten. Ersatztherapien sind Notlösungen. Ihre Berücksichtigung auf der ersten Zugangsebene wäre sachfremd; sie ist gegebenenfalls einer späteren Phase im Allokationsprozess vorzubehalten.

Dass eine Meldung an die *Einwilligung* der Patientin oder des Patienten gebunden ist, entspricht dem aus der Menschenwürde fliessenden Prinzip der Autonomie, welches ohnehin, wie alles medizinischen Handeln, so auch das Transplantationswesen zu leiten hat. Im Übrigen zählt es zu den hauptsächlichen, global anerkannten Prinzipien der biomedizinischen (nicht also nur der ärztlichen) Ethik (für viele Beauchamp / Walters 1994, 22 f.).

### 5.2.3.7 Artikel 20: Warteliste

Das nächste Haupttor zur Transplantationstherapie bildet der Entscheid über die Aufnahme in die Warteliste. Ohne diese Aufnahme werden Leidende vom weiteren Allokationsprozess ausgeschlossen, d.h. Lebensrettung und Lebenschancen werden ihnen versagt. Wir haben

gesehen, dass die Entscheidung Menschen in ihrer Würde und in ihren fundamentalen existenziellen Rechten trifft. Sie ist tief mit den Prinzipien der Nothilfe, des Helfens überhaupt und des Nichtschädigens verbunden. Der Aufnahmeentscheid darf darum nur mit ganz wenigen, leicht operationalisierbaren und einfach kontrollierbaren Kriterien verknüpft werden. Deren Zweck besteht darin, die *Aufnahme* in die Warteliste zu regeln; danach gestattet sie den *Ausschluss* nur als Folge von ernsthaften, objektiven Hindernissen einen Ausschluss. Denn der Ausschluss, so entspricht es dem hauptsächlichen Ziel der Transplantationsmedizin, wird nicht *beabsichtigt*, kann sich aber als *absehbare Nebenfolge* einstellen, die sich ethisch nur gestützt auf das Prinzip der Doppelwirkung akzeptieren lässt.<sup>84</sup>

Weiter haben wir gesehen, dass faktisch zuweilen subjektive, unter anderem moralische Beurteilungen von Ärztinnen und Ärzten, die zum mit der Aufnahme betrauten Team eines Transplantationszentrums gehören, die Entscheidung beeinflussen; dass mit Kostenträgern abgesprochene Budget-Entwürfe sich auf die Zahl der jährlichen Aufnahmen auswirken. Diese und andere Gesichtspunkte sind im wahrsten Sinne des Wortes entwürdigend, schlicht *inhuman*. Im Blick auf Gerechtigkeit, insbesondere auf Chancengleichheit, Unparteilichkeit, Fairness und Solidarität, auch auf Billigkeit im Modus des Mitleids und des Wohlwollens, *ist auf der Stufe des Zugangs zur Warteliste das Tor aus ethischen Gründen möglichst weit offen zu halten*.

Genau diesen Weg gehen die Bestimmungen von Art. 20 TPG. Ausschliesslich strikt medizinische Gründe lassen sie als Argumente gegen eine Aufnahme zu – im Klartext nur die Einsicht, dass sich mit der technisch möglichen Transplantation keine Aussicht auf nachhaltige Hilfe verbindet. Das mag, beispielsweise, beim Vorliegen bestimmter Krankheiten der Fall sein.

---

<sup>84</sup> Vgl. Ricken 1998, 199: Es ist sittlich nur erlaubt, “ein aussermoralisches Übel zu verursachen, wenn drei Bedingungen erfüllt sind: a) Die Handlung muss sittlich richtig oder sittlich indifferent sein. b) Die schlechte Wirkung darf weder als Ziel noch als Mittel beabsichtigt sein: deshalb muss sie entweder eine Folge der guten Wirkung sein oder sich in gleicher Unmittelbarkeit wie die gute Folge ergeben. c) Die Zulassung des Übels muss durch einen entsprechend schwerwiegenden Grund aufgewogen werden.” – Die gute Wirkung liegt darin, dass ein Organ einem Patienten zugute kommt, dem es hilft, im Gegensatz zu dem nicht zur Warteliste zugelassenen Leidenden. Das Prinzip der Doppelwirkung lässt sich mit Gewinn heranziehen um auszumachen, was für Kriterien beim Entscheid über die Aufnahme in die Warteliste nicht berücksichtigt werden dürfen.

Dass im Übrigen weder primäre noch sekundäre (z. B. Compliance, Risikoverhalten, Drogenmissbrauch) Diskriminierungen ethisch erlaubt sind, ist damit analytisch wahr.

Der Artikel besitzt, verglichen mit der aktuellen Praxis, zwei Vorzüge: Er legt für den gesamten Gerechtigkeitsraum einheitlich und zwingend fest, welche Aufnahmekriterien zu berücksichtigen und, *eo ipso*, welche zu verwerfen sind. Er macht den Anspruch auf Aufnahme in die Warteliste einklagbar (vgl. Art. 66 Abs. 1 und Art. 67 Abs. 1 Bst. d TPG), führt also die Abweisung seitens eines Transplantationszentrums der Überprüfung durch eine externe, unabhängige Instanz zu. Damit füllt er eine gerechtigkeitsrechtlich bedeutsame Lücke in der aktuellen Praxis.

Dass der Bundesrat als zentrale politisch legitimierte Instanz die medizinischen Gründe, die eine Nichtaufnahme in die Warteliste rechtfertigen, einheitlich für den ganzen Gerechtigkeitsraum festlegt, ist ebenso verfahrenslogisches Korollar wie die formelle Pflicht der Transplantationszentren, Entscheid und Patientendaten an die NZS zu übermitteln. Beide Bestimmungen explizieren notwendige, bisher nicht vollständig erfüllte Bedingungen für die Realisierung von Allokationsgerechtigkeit.

#### 5.2.3.8 Artikel 21: Meldung von Spenderinnen und Spendern

Art. 21 sichert über Meldepflichten die Informationen, derer die Nationale Zuteilungsstelle bedarf, um überhaupt Organe allozieren zu können. Diese Informationen ermöglichen zwar das Spiel, in dem Fragen der Verteilungsgerechtigkeit auftauchen, sind indessen selber nicht *unmittelbar* gerechtigkeitsrelevant. Weitere Erörterungen erübrigen sich deshalb.

#### 5.2.3.9 Artikel 22: Internationaler Organaustausch

Art. 22 scheint den normativen Rahmen der Gerechtigkeitsperspektive zu sprengen und drei anderen Prinzipien den Vorrang einzuräumen: jenen der Solidarität, des Mitleids und des Wohlwollens. Es ist zu fragen, ob dies zutrifft und ob, ist dies der Fall, der Vorrang sich ethisch rechtfertigen lässt.

Absatz 1 hält sich zunächst in auf Gerechtigkeit bezogenen Schranken: Ein Organ kann einer ausländischen Zuteilungsorganisation nur überlassen werden, wenn in der Schweiz selber kein Bedarf auszumachen ist. Diese Regel wird nun allerdings aufgebrochen, findet sich im (nicht näher präzisierten, durch das Prinzip der Zweckmässigkeit bzw. des nachhaltigen Erfolgs, damit durch die Ischämietoleranz zu definierenden) Ausland eine transplantationsbedürftige Person, «die aufgrund ihrer physiologischen Eigenschaften mit sehr langen Wartezeiten rechnen» müsste (Art. 17 Abs. 2). Das kann, wie die Botschaft erläutert, bei erforderlicher rascher Bereitstellung von Nieren für hochimmunisierte Leidende zutreffen (B 155). Dieser Vorrang ist, wie wir gesehen haben, gerechtigkeitsrechtlich im Prinzip legitim. Also setzt die Ausnahmeregelung nicht wirklich das Gerechtigkeitsprinzip ausser Kraft, sondern sie weitet den Gerechtigkeitsraum aus. Weil das damit verbundene Verfahren auf Wechselseitigkeit beruht, also der Privilegierung auch landeseigener Bedürftiger dient, lässt es sich bereits als mit dem Ziel der Hilfe für Andere ins Werk gesetzte Klugheit ethisch rechtfertigen. Doch auch als Ausfluss der Billigkeit ist es zu verstehen, nämlich als Bestreben, mit der Ausweitung des Gerechtigkeitsraumes die «bessere Gerechtigkeit» zu verwirklichen. Diese Ausweitung ist damit ethisch gewiss erlaubt, wohl gar gefordert. Dies umso eher, als sie mit eng limitierenden Bedingungen verknüpft wird: Der Vorrang der bedürftigeren Leidenden im *primären* Gerechtigkeitsraum bleibt gewährleistet.

Ausdrücklich zu begrüssen, weil wiederum in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Billigkeit, ist die Eröffnung der Möglichkeit von grenzüberschreitenden regionalen Abkommen. Die ausnahmsweise Beschränkung der sonst bei der Nationalen Zuteilungsstelle angesiedelten Kompetenz für endgültige Allokationen darf als verhältnismässig gelten.

Die Regelung in Absatz 2, wonach allein die NZS ermächtigt ist, aus dem Ausland angebotene Organe entgegen zu nehmen, dient einmal der Gesundheitssicherung möglicher Empfangender, zum Andern der konsequenten Beachtung der im eigenen Gerechtigkeitsraum getroffenen normativen Vorkehrungen. Als Ausdruck des Strebens nach Kohärenz und ersichtlich auch des Willens, einen pragmatischen Widerspruch zu vermeiden, bedürfen sie keiner weiteren Erörterung.

#### 5.2.3.10 Artikel 53 und 61: Evaluation und Kontrolle

Zwar liegen die Art. 53 und 61 ausserhalb des für die Gerechtigkeit der Organallokation unmittelbar relevanten 4. Abschnitts des TPG. Wir haben indessen gesehen, dass der Allokationsprozess wegen seiner Geschichtlichkeit *Gerechtigkeit immer nur prozesshaft, auf Zusehen hin verwirklicht*. Das wiederum bedeutet, dass er sich nur so lange mit dem Anspruch auf Gerechtigkeit verbinden lässt, als er für Revision offen gehalten wird. Diese *gerechtigkeits-theoretisch eingeforderte Flexibilität* setzt Evaluation und Kontrollen voraus; beide Instrumente sind unmittelbar auf Gerechtigkeit bezogen. Damit, dass der Entwurf des TPG sie, jedenfalls im Prinzip, ausdrücklich institutionalisiert, wird ein weiteres Gerechtigkeitsdefizit der aktuellen Praxis behoben.

Art. 53 macht in Abs. 2 Bst. b klar, dass neben der – schon heute praktizierten – Bewertung der Qualität der Transplantationen auch die faktische Praxis der Organallokation untersucht wird. Damit verbindet sich das Element der Durchsetzung bestehender auf Gerechtigkeit zugeschnittener Dispositionen; wichtiger jedoch ist, im Hinblick auf die Geschichtlichkeit der Prozesse, das Sammeln und ethische Bewerten von aus der Praxis gewonnenen Erfahrungen. Beides sind Bedingungen besserer Gerechtigkeit.

Bst. a des nämlichen Absatzes sowie die Analyse der Verfügbarkeit von Organen, Geweben und Zellen nach Bst. b können als Massnahmen interpretiert werden, die dazu dienen, den Realitätsbezug des TPG und damit, folgen wir Rawls (s. 5.1.8), den Gerechtigkeitswert der das TPG fundierenden normativen Vorkehrungen zu ermitteln. Die der Evaluation gesetzten Ziele werden, anders als die Gegenstände, im Gesetzestext selber nicht präzisiert. Sie haben jedoch neben Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Effizienz auch Praktikabilität im Visier (vgl. B 2.7.1.6). Ein gewisses Unbehagen meldet sich bei der Lektüre, weil diese nicht auszuschliessen gestattet, dass allfällige Revisionen das im TPG erreichte ethische und insbesondere das auf Gerechtigkeit ausgerichtete Niveau unterbieten könnten. Der in B 173 verwendete Begriff der Optimierung gestattet unterschiedliche Auslegungen. Zuversichtlich stimmt immerhin der Verfassungsauftrag, für gerechte Allokation zu sorgen (Art. 119 a Abs. 2), sowie das Faktum, dass dieser sich wiederholt in der Versicherung der Botschaft, «Ziel der Organallokation» müsse «Gerechtigkeit für die Patientin oder den Patienten» sein (B 1.3.5.5.2), spiegelt.

Die in Art. 53 genannten Gegenstände sowie die Vorgabe in Art. 170 BV (die Wirksamkeit der Massnahmen des Bundes zu überprüfen) sind in Zusammenhang mit den in Art. 59 TPG festgeschriebenen Informationspflichten zu sehen. Zwar vermeidet jener Artikel den Irrtum, den Bund und die Kantone mit Werbung für Organspenden zu belasten (vgl. B 177). Ein Beweggrund für die Informationstätigkeit, die Vertrauen bildet, liegt vermutlich doch auch im Motiv, mehr Bürgerinnen und Bürger für eine Organspende zu gewinnen. Die gegenteilige Versicherung in B 177 ist zwar zu honorieren, vermag jedoch, von ihrem programmatischen Gehalt einmal abgesehen, nicht zu überzeugen. Die Evaluation, wiewohl bereits früher, in Art. 53 eben, angesprochen, wird sich auch auf die im Rahmen von Art. 59 unternommenen Tätigkeiten beziehen müssen. Da ist schwer vorstellbar, dass nicht auch deren Einfluss auf die Spendebereitschaft in der Bevölkerung untersucht wird. Doch sind solche Ergebnisse der Evaluation nicht mehr als gerechtigkeitsrelevant zu bezeichnen. Sie können hingegen im Lichte der Prinzipien der Solidarität und des Wohlwollens ausgeleuchtet werden.

Artikel 61 gibt zu keinen besonderen Erörterungen Anlass. Er ist der Durchsetzung auch der gerechtigkeitspezifischen Vorkehrungen im TPG gewidmet; seine Gerechtigkeitsrelevanz tritt damit klar hervor. Verglichen mit der aktuellen Praxis liegt der Vorzug des TPG wiederum darin, dass es ein Gerechtigkeitsinstrument nicht nur anspricht, sondern institutionalisiert und – dies in der Botschaft (B 2.7.6.1) – dessen Anwendung in wesentlichen Zügen skizziert.

#### 5.2.3.11 Fazit

Analyse und Kommentar der Artikel 15-22 sowie 53 und 61 TPG lassen deutlich hervortreten, dass *die vorgesehenen Regelungen konsequent an der Gerechtigkeitsidee orientiert* werden. Sie erweisen sich als frei von wohl allen gerechtigkeitstheoretischen Bedenken, die sich bei der Untersuchung der aktuellen Transplantationspraxis erhoben. Sachfremde, weil nicht auf die einschlägigen Adressaten bezogene Vorkehrungen fehlen; Kohärenz und Konsistenz werden gross geschrieben. Auch wenn einzelne Ergänzungen und Verbesserungen angezeigt bzw. möglich sind, besteht kein Zweifel, dass *der die Organallokation betreffende Regelungsinhalt und die Regelungsdichte der Sache angemessen* sind und der Idee der Gerechtigkeit in hohem

Masse folgen. Aus gerechtigkeits-theoretischer Warte ist das Allokationskonzept des TPG-Entwurfs der aktuellen Transplantationspraxis eindeutig vorzuziehen.

## **6. Zur Konstruktion einer Kriterien-Kaskade, verstanden als Vorschlag für eine revisionsoffene Wegleitung**

Die bisherigen Ausführungen lassen den Versuch wagen, sie in einer Ordnung von Allokationskriterien in Form einer Kaskade zu systematisieren. Dabei folgen wir der in der Literatur verbreiteten und wohl begründeten Einsicht, dass sich Allokationsentscheide in der Regel nur unter Heranziehung einer Reihe von Kriterien zureichend, und das heisst auch gerechtigkeitskonform, treffen lassen. Überdies ist nie zum Vornherein ausgemacht, welches Gewicht dem einzelnen Kriterium in der konkreten Entscheidungssituation zuzumessen ist. Wir haben insbesondere gesehen, wie bedeutsam die Rolle der Billigkeit ausfällt – und wie wichtig es ist, dem Fehlschluss der nicht sachgemässen Exaktheit zu widerstehen.

Sachgemäss hingegen ist es, den Entscheidungsinstanzen eine allgemeine und verbindliche Wegleitung an die Hand zu geben und ihnen zugleich zu erlauben, im Einzelfall nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden. Erforderlich ist allerdings, dieses Verfahren und seine Grundlagen in der Gerechtigkeitsgemeinschaft durchsichtig zu machen und jene Grundlagen auf in der Gemeinschaft anerkannten Wegen zu legitimieren.<sup>85</sup>

### **6.1 Bedarf**

Der Orientierung am qualifizierten Bedarf, verstanden als *medizinisch ausgewiesene Dringlichkeit*, gebührt die erste Position in der Ordnung der Prioritäten. Hier geht es um Massnahmen

- zur Rettung von Leben oder
- zur Vermeidung von Einbusse an zentralen Lebenschancen durch Erstreckung der Wartezeit.

---

<sup>85</sup> Damit fusst der nun folgende Versuch auf jener Grundlage, die, wiederum exemplarisch, auch Lachmann / Meuter (1997, 39 f., 168 ff.), Gutmann/ Land (2000, 122) und, jedenfalls im Grundsatz, Schott (2001, 191, dann im letzten Absatz auf Seite 388) einnehmen.

## ***6.2 Vernünftige Erfolgchancen 1***

Der Vorrang der *Dringlichkeit* lässt sich relativieren durch das *Gebot des vernünftigen Erfolgs*. Bei dessen Erfüllung werden zunächst einer Transplantation *zwingend* entgegenstehende Faktoren betrachtet. Dazu zählen fehlende Blutgruppen-Kompatibilität; positives Ergebnis beim Test auf Antikörper; fehlende Gewebeerträglichkeit; nicht ausreichende Grösse und Leistungsfähigkeit des Organs; die Unmöglichkeit, innerhalb der Ischämietoleranz zu transplantieren; akute schwere Erkrankung.

## ***6.3 Vorrangregeln 1***

Im Falle einer Konkurrenz fällt der Vorrang zu

- der Person, deren Gesundheit für von ihr unmittelbar Abhängige existenziell entscheidend ist und die sich nicht ersetzen lässt,
- der Person, deren Lebenszeit wesentlich kürzer ist als jene ihrer Konkurrenten.

## ***6.4 Der Zufall als Garant formaler Gerechtigkeit***

Fehlen, bei Konkurrenz, die genannten Möglichkeiten zur Differenzierung, entscheidet im Falle dringend erforderlicher Versorgung das Los über die Zuteilung.

## ***6.5 Vernünftige Erfolgchancen 2***

Bei nicht dringlichem Bedarf entscheidet der aufgrund strikt medizinischer Kriterien erhoffte grössere medizinische Nutzen über die Rangordnung der auf eine Transplantation Wartenden. Zu beachten sind die in Punkt 6.2 genannten Faktoren sowie das Ausmass der Übereinstimmung von Organalter und Empfängeralter («age matching»); der Wert der Wahrscheinlichkeit, innerhalb der Ischämietoleranz transplantieren zu können; der Grad der Übereinstimmung der HL-Antigene zwischen spendender und empfangender Person; der Status allfälliger Krankheitserreger. Die – auch organspezifisch zu berücksichtigenden – medizinischen Erfolgsfaktoren, die vorweg mit maximalen Punktzahlen zu gewichten sind, werden ermittelt, verrechnet und zur individuellen

Erfolgswahrscheinlichkeit integriert. Die Erfolgsorientierung des Verfahrens gestattet, eine möglichst verlässliche Abschätzung der Überlebenszeit eines Transplantats zu berücksichtigen. Auch der Wert einer solchen Abschätzung ist in Punkten auszuweisen.

## ***6.6 Vorrangregeln 2***

Leidende mit besonderen physiologischen Eigenschaften (darunter hohe Immunisierung), welche Allokationschancen signifikant herabsetzen, geniessen Vorrang; desgleichen Kinder und Jugendliche im Falle einer Nierentransplantation.

Ebenfalls Vorrang geniessen wiederum

- Personen, deren Gesundheit für von ihnen unmittelbar Abhängige existenziell entscheidend ist und die sich nicht ersetzen lassen;
- Personen, deren Lebenszeit wesentlich kürzer ist als diejenige ihrer Konkurrenten.

## ***6.7 Vermeidung struktureller Diskriminierung***

Abgesehen von einer Allokation im Zeichen der Dringlichkeit gilt das gleiche Recht auf elementare Lebenschancen uneingeschränkt. Die Nutzenorientierung impliziert strukturell die Möglichkeit, ältere, im Durchschnitt krankheitsanfälligeren Personen zu benachteiligen. Wie weit dies auf die einzelne transplantationsbedürftige Person zutrifft, ist von Fall zu Fall zu ermitteln. Analog der Lösung für Leidende mit seltenen Gewebemerkmale oder der Blutgruppe 0, ist es ethisch richtig, wenn älteren Transplantationsbedürftigen ein Vorrang eingeräumt wird – ein Vorrang, der nicht generell gilt, sondern durch einen Punkte-Bonus ausgedrückt und in den Erfolgskalkül integriert wird.

## ***6.8 Wartezeit***

Die Berücksichtigung der Wartezeit, ein anerkanntes, objektives, dem Prinzip der Chancengleichheit zuzuordnendes Kriterium, kommt erst hier zum Zuge. Ausschlaggebend für die späte Einreihung ist die Ausrichtung auf möglichst weitgehende, Aspekte der Billigkeit mit einbeziehende materiale Gerechtigkeit.

## **6.9 Vollzogene Lebendspende**

Wer sich, aus welchen Gründen immer, für eine Organ-Lebendspende zur Verfügung gestellt hat, darf auf eine ausserordentliche Leistung im Transplantationssystem hinweisen. Sie mag einer sehr nahe stehenden Person zugute gekommen sein, es ziehen doch indirekt alle auf ein entsprechendes Organ bzw. einen Organteil Wartenden daraus Nutzen. Sind Lebendspendende nun selber einer Transplantation bedürftig geworden, verlangt das Fairnessprinzip ihre vorrangige Berücksichtigung. Betrifft das Leiden ein paariges Organ oder jenes Organ, von dem ein Teil gespendet wurde; lässt sich der Bedarf mithin direkt auf einen seinerzeit in Kauf genommenen Mangel bzw. auf eine Gefährdung zurückführen, begründet das Prinzip der Wiedergutmachung die Berücksichtigung, noch bevor die Wartezeit in Anschlag gebracht wird. Andernfalls begründet die supererogatorische Leistung, *ceteris paribus*, den Vorrang gegenüber einer Person auf gleicher Position in der Warteliste.

## **6.10 Spendebereitschaft**

Bei gleicher Wartezeit, nicht also schon vor deren Berücksichtigung, erlaubt deklarierte Spendebereitschaft, aus Fairnessgründen, die Einräumung eines Vorrangs – im Nachgang freilich zu einem/r Lebenspender(in).

## **6.11 Los**

Die Entscheidung dem Zufall zu überlassen ist, trotz hoher Praktikabilität und sicherer Verwirklichung formaler Gerechtigkeit, nur ultima ratio. Was in Allokationsprozessen auf dem Spiele steht, ist existenziell derart schwer wiegend, dass der Zufall erst auftreten darf, wenn die sittliche Kompetenz ausgeschöpft ist.

## **6.12 Retransplantation ist unbeachtlich**

Der Bedarf einer Retransplantation ist als eigenes Allokationskriterium unbeachtlich. Entweder fällt die betroffene Person unter die Kategorie der dringlichen Versorgung, ist also gemäss Punkt

6.1 zu bedienen. Oder aber, bei nicht dringlichem Bedarf, ist sie wie jede(r) ordentliche Transplantationsanwärter(in) zu pflegen, wobei die Position auf der Warteliste dem Zeitpunkt des neuen Entscheids im Transplantationszentrum entspricht. Was differenzierter ausfallen muss, ist die Ermittlung der erhofften Erfolgsquote.

## **7. Kurzfassung**

(Die Nummerierung der Abschnitte folgt jener im ausführlichen Text.)

### **1. Vorbemerkung**

Die Transplantationsmedizin entwickelt sich in der Schweiz seit den frühen 60er-Jahren. Einen Markstein gesamtschweizerischer Verständigung setzte 1985 die Gründung der Stiftung Swiss Transplant. Ihre hauptsächlichen Ziele sind die Koordination der Transplantationsaktivitäten in der Schweiz, die Förderung internationaler Zusammenarbeit und die Sensibilisierung des medizinischen Personals. - Mit dem Ausbau der transplantationsmedizinischen Möglichkeiten ging deren ethische Reflexion einher, einerseits um die faktisch befolgten normativen Grundlagen zu klären und zu legitimieren, andererseits um diese Grundlagen auf Angemessenheit und sittliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Einsichten wurden gewonnen, die zur Erweiterung und Modifikation der ersten Grundlagen nötigen. – In der Transplantationsmedizin soll die Perspektive der Gerechtigkeit einen *Prima facie*-Vorrang vor anderen, z.B. Nutzenerwägungen, geniessen – ein Prinzip, das den Grundsätzen der Bundesverfassung entspricht.

### **2. Auftrag, Fragen**

Mit dieser Studie wird einem Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (September 2002) entsprochen. Aus philosophisch-ethischer Sicht sollen die Anforderungen an eine gerechte Organallokation ermittelt werden. Die bestehende Allokationspraxis ist mit jener im Entwurf des Schweizerischen Bundesrates zu einem gesamtschweizerischen Transplantationsgesetz zu vergleichen. Zu erörtern sind insbesondere die Fragen, welche Zuteilungskriterien (Dringlichkeit, Erfolgsaussichten [Nutzen], Wartezeit, Alter, sozialer Status, eigene Spendebereitschaft u.s.w.) in welcher Gewichtung gerechtigkeitstheoretisch angemessen sind und «wieviel Ungerechtigkeit» im Transplantationswesen zugelassen werden darf, um dagegen die Forderungen nach Rechtssicherheit und Praktikabilität zu erfüllen.

### **3. Zum Vorgehen**

Im Gesamtzusammenhang des «Transplantationssyndroms» (U. Kostka) beschränkt sich die Studie auf jenen Abschnitt im Allokationsgeschehen, welcher mit der Verfügbarkeit eines Organs einsetzt und mit dessen Zuteilung an einen Patienten endet. Die konsultierte Spezialliteratur berücksichtigt insbesondere Arbeiten, die den aktuellen Stand der Debatte spiegeln. Aus den laufenden Kontroversen werden für den Auftrag besonders bedeutsame Positionen herausgegriffen. Auf die eingehende Bearbeitung des Themas der Lebendspende wird verzichtet, weil Lebendspenden die Probleme, mit denen die Studie sich befasst, nicht erheblich beeinflussen.

### **4. Grundlagen**

#### ***4.1 Gerechtigkeitsfragen***

##### **4.1.1 Gerechtigkeit**

Sollen die gängige Allokationspraxis und der Entwurf zum TPG in gerechtigkeits-theoretischer Perspektive beurteilt werden, muss erst die Bedeutung von «gerecht» geklärt werden. Doch selbst das bescheidenere Unternehmen, das eigene Gerechtigkeitsverständnis zu erläutern, kann nur teilweise erfüllt werden. Die Aufgabe wird in Angriff genommen unter den Einschränkungen, dass nur die im europäischen Kulturkreis entwickelte Gerechtigkeitsdebatte berücksichtigt wird und dass grundsätzliche Einigkeit über das Ziel von Gerechtigkeit besteht: jedem Mitglied der politisch verfassten Gemeinschaft ein selbstbestimmtes gelingendes Leben zu ermöglichen.

Das Urbedürfnis nach Gerechtigkeit formuliert sich in verschiedenen Intuitionen aus, die zwar geschichtlich gewachsen, aber dennoch allgemein menschlich sind: Als Kern des Gerechtigkeitsbegriffs impliziert der Grundsatz der Gleichheit die Forderung nach grundsätzlicher Gleichbehandlung und nach Rechtfertigung von Ungleichbehandlung; Vor- und Nachteile sollen fair verteilt werden; Konflikte zwischen verschiedenen Personen sollen nach formalen, kritisier- und veränderbaren Regeln entschieden werden. Eine besonders wichtige Intuition betrifft den Prozesscharakter von Gerechtigkeit. – Die Gerechtigkeitsintuitionen lassen sich in eine Reihe von Prinzipien fassen, die fürs Erste zur Klärung der Frage nach der Bedeutung

von «gerecht» genügen soll. Den obersten Leitwert bildet die Idee der Menschenwürde. Aus den Prinzipien der unbedingten wie der bedingten Gleichheit fließen die Normen gleicher Sicherung der fundamentalen Lebensbedingungen für alle bzw. der differenzierten Behandlung Einzelner angesichts wichtiger Ungleichheiten. Der Idee der Fairness entspricht der Anspruch, Lasten und Vorteile nicht einseitig zu verteilen, aber auch besondere Verdienste in der Gemeinschaft zu honorieren. Unter formalem Gesichtspunkt fordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, die Regeln der Unparteilichkeit und der Verfahrensgerechtigkeit zu beachten.

Die Studie konzentriert sich auf distributive Gerechtigkeit, also auf den Weg zur Ordnung des sozialen Miteinanders; Gerechtigkeit als subjektive Tugend kommt nicht zur Sprache.

#### 4.1.2 Billigkeit

Wie die Sprache überhaupt, so vermögen allgemein formulierte Gerechtigkeitsprinzipien den Einzelfall in dem, was ihn zu diesem Einen macht, nicht zu erfassen. Daraus resultiert, dass der Gesetzgeber selber nicht direkt für den gerechten Allokationsentscheid im Einzelfall sorgen, sondern bloss die Rahmenbedingungen dazu vorgeben kann. Hier kommt der Begriff der Billigkeit ins Spiel. Ziel ist eine dem Sinn des geltenden Rechts entsprechende kluge Entscheidung, die dem Einzelfall gerecht wird.

Da das Billige das der konkreten Situation angepasste Gerechte ist, ist es das «bessere» Gerechte, das eigentlich Gerechte. Gesetzesnormen müssen Ermessensspielräume eröffnen, innerhalb derer die konkrete Entscheidung gefällt werden kann.

Billigkeit darf nicht als Willkür bei der Gesetzesanwendung verstanden werden. Gesucht ist stets eine Regel bzw. eine Entscheidung, die im Prinzip der Rechtfertigung im intersubjektiven Diskurs zugänglich bleibt. Mit dem Begriff der Billigkeit verbinden sich, im Unterschied zu dem abstrakten, «kalten» Gerechtigkeitskonzept, Milde, Güte – Humanität schlechthin. Der TPG-Entwurf steht der Billigkeit offen gegenüber, und er liefert Beispiele für das Bestreben, Billigkeit in der Organallokation zu realisieren. Weitere Beispiele legt diese Studie vor.

#### 4.1.3 Gerechtigkeitssubjekt

Für das Transplantationswesen ist zu klären, wer gerechte Regeln erlässt (Gerechtigkeitssubjekt) und wer vom gerechten Tun betroffen ist (Gerechtigkeitsadressat). Da die transplantationsmedizinische Versorgung unter den Bedingungen der distributiven Gerechtigkeit stehen soll, können nicht Private Gerechtigkeitssubjekt sein; vielmehr ist es die politische Gemeinschaft. So qualifiziert etwa eine Ärztin auch sein mag, sie ist nicht originäre Gerechtigkeitsquelle. Es ist darauf zu achten, dass im Transplantationswesen Funktionsträger nicht aufgrund deskriptiver medizinischer Befunde zu normativen Aussagen vorstossen, dabei dem naturalistischen Fehlschluss verfallend. Allokationskriterien sind immer von der politischen Gemeinschaft zu beschliessen, nicht von besonders ausgewiesenen Fachpersonen.

Auch Kostenträger (Krankenkassen) dürfen nicht als Gerechtigkeitssubjekte agieren. Dieser negativen Norm widersprechende Tatbestände, wie sie in Deutschland und in der Schweiz vorliegen, sind aus sittlich-politischen Gründen abzulehnen.

#### 4.1.4 Adressaten der Gerechtigkeit

Nicht alle am Transplantationsprozess beteiligten Personen und Institutionen sind Adressaten der Gerechtigkeit, vielmehr nur die Patientinnen und Patienten. Den Spendenden, Transplantierenden und Transplantationsinstitutionen hat allenfalls in für die Allokation nicht relevanter Weise Gerechtigkeit zu widerfahren. Daraus ergibt sich die wichtige Konsequenz, dass die Zuteilung von Organen ausschliesslich patientenorientiert zu erfolgen hat. Die vordergründig plausible Idee, die Transplantationszentren eines Landes als Gerechtigkeitsadressaten zu verstehen, fusst auf einem Kategorienfehler: Gegenstand gerechter Distribution sind Organe, d.h. Objekte, zu deren Vorhandensein die Zentren nichts beigetragen haben. Insbesondere die bestehenden «Pay-back»-Regelungen erweisen sich damit als ethisch unhaltbar.

In der Literatur zur Organallokation und in der Botschaft zum TPG-Entwurf wird der Gerechtigkeitsadressat als isoliertes Individuum präsentiert. Doch die einzelne Person wird immer mit konstituiert durch die Gemeinschaft, sie ist keineswegs ein autarkes Ich. Die Rettung des individuellen Lebens steht zwar immer noch im Vordergrund; in dilemmatischen Situationen der Konkurrenz um ein lebensrettendes Organ kann das Wissen um die Vernetztheit der Person hingegen zum Tragen gebracht werden. Das hier präsentierte, adäquatere Menschenbild lässt

erkennen, dass die Auswirkungen von Verteilungsentscheidungen auf Dritte gerechtigkeitsrechtlich relevant sind.

#### 4.1.5 Gerechtigkeitsraum und Zuteilungskompetenz

Weil der auch durch einen bestimmten Raum definierte politische Verband als eine Gemeinschaft von Gleichen ausgezeichnet wird, ist die Frage, innerhalb welchen Raums sich ein Gerechtigkeitsprozess vollziehen soll, wichtig. Der Gerechtigkeitsraum umfasst bestimmt diejenigen, die für Entwurf und Durchsetzung des Gerechtigkeitsprozesses Verantwortung tragen, also etwa den Souverän eines nationalen Rechtsstaates. Dies schliesst Vereinbarungen nicht aus, die den Gerechtigkeitsraum ausweiten, sofern dies zweckmässig und vom Souverän bewilligt ist (internationale Zusammenarbeit, grenzüberschreitende regionale Abkommen einzelner Zentren). Da die politische Gemeinschaft der Schweiz auch von denjenigen Mitmenschen mit konstituiert wird, die in ihr leben, ohne politische Rechte zu besitzen, umfasst der Gerechtigkeitsraum auch diese. In der Schweiz wohnhaften Ausländerinnen kommen somit im Transplantationswesen mehr Rechte zu als bloss Durchreisenden. Letztere partizipieren an ihrem je eigenen Gerechtigkeitsraum. «Transplantationstourismus» wird damit grundsätzlich verworfen, mit dem Vorbehalt von Ausnahmen etwa dann, wenn im eigenen Gerechtigkeitsraum keine Organknappheit herrscht. Dem Konzept des einen Gerechtigkeitsraums entspricht die Lösung, wonach Organe ausschliesslich zentral, nicht aber regional zugeteilt werden. Das Prinzip der Gleichbehandlung fordert, wann immer möglich, eine einzige Zuteilungsinstanz für die Allokation knapper Güter. Das Gebot, den Bedürftigsten zu helfen, spricht ebenfalls für eine zentrale Zuteilungsstelle; diese verfügt allein über die notwendige vollständige Übersicht. Aufgrund der relativ geringen geographischen Ausdehnung und der guten infrastrukturellen Versorgung der Schweiz steht einer zentralen Zuteilungsstelle als einziger final entscheidender Instanz nichts entgegen.

#### 4.1.6 Diskriminierung

Gerechtigkeitsorientierte Organallokation steht unter dem Verbot der Diskriminierung. Zu unterscheiden ist primäre von sekundärer Diskriminierung. In einem modernen Moralsystem bedarf formale Egalität keiner Begründung. Regelungen, die eine Asymmetrie nach sich ziehen, müssen hingegen gerechtfertigt werden: Alle Glieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft müssten ihnen zustimmen (können). Deshalb ist primäre Diskriminierung (Diskriminierung aufgrund von

Eigenheiten, die einem Angehörigen der Gemeinschaft natürlicherweise und schicksalhaft vorgegeben sind) in einem Moralsystem nicht erlaubt; sekundäre Diskriminierung (Diskriminierung aufgrund von sozial konstruierten Eigenheiten) ist erlaubt, sofern sämtliche Glieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft ihr zustimmen (können).

## **4.2 Eigentumsfragen**

### 4.2.1 Wem gehören die Organe? – Zu Eigentum und Persönlichkeitsschutz

Die Rede vom Organ als dem Eigentum eines Menschen setzt ein fragwürdiges Menschenbild voraus: Hier wird die Person nicht als leiblich-seelisch-geistige Einheit verstanden, sondern als Ich, das seinen Körper besitzt. Der Eigentumsbegriff, wird er auf Organe bezogen, ist unangemessen und daher abzulehnen. Doch auch wenn Organe nicht als Eigentum der spendenden Person betrachtet werden, stellt sich aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive die Frage, inwiefern die Person ein Verfügungsrecht über ihre Organe besitzt. Das Prinzip des Persönlichkeitsschutzes, das im Falle einer Lebendspende ein absolutes Verfügungsrecht impliziert, wird im Falle des toten Körpers zwar nicht hinfällig, muss aber doch modifiziert und abgeschwächt werden. Die Möglichkeit der Widmung des Organs an eine bestimmte nahe stehende Person wird dadurch nicht ausgeschlossen; diese ist ein supererogatorischer Akt. Der Staat hat dies zu respektieren, aber auch dafür zu sorgen, dass nur eindeutig sittlich qualifizierte Widmungen berücksichtigt werden.

### 4.2.2 Wer soll über Organe verfügen?

Da niemand für die Existenz von anfallenden Organen verantwortlich ist, besteht von keiner Seite (Patientinnen, Transplantationszentren, Staat) ein Recht auf ein gespendetes (nicht gewidmetes) Organ. Zu Transplantationszwecken frei gegebene Organe stellen ein öffentliches Gut dar, über dessen gerechte Verteilung der Staat zu bestimmen hat.

### 4.2.2 Modelle auf Gegenseitigkeit

In der Literatur wurden drei Mittel, der Organknappheit zu begegnen, entworfen. Gegenüber diesen Modellen lassen sich Praktikabilitäts- und Finanzierungsbedenken anbringen, aber auch grundsätzlichere Kritik. Da alle diese Modelle einen Teil der Gerechtigkeitsgemeinschaft als

privilegiert herausgreifen, verstossen sie gegen grundlegende Prinzipien wie die Rechtsgleichheit und das Recht auf Leben.

4.2.3.1 Das Clubmodell sieht die Bildung privater Vereine vor, in denen Personen, die sich zu einer Spende im Falle ihres Ablebens verpflichtet haben, zusammenfinden. Das wichtigste Argument für das Clubmodell ruht auf den Prinzipien von Autonomie, Persönlichkeitsschutz und Wohlwollen sowie auf der liberalen Forderung nach Nicht-Einmischung des Staates in privatvertraglich geregelte Bereiche. Ein erster Einwand gegen diese Begründung macht darauf aufmerksam, dass diese privaten Verträge erst dank Vorleistungen der öffentlichen Hand realisierbar werden (Benützung von Spitälern!) und die Berufung auf Autonomie dadurch enge Grenzen findet. Ein zweiter Einwand zieht das Beispiel einer Organspende mit rassistischer Auflage heran und beurteilt die Allokationsregel des Clubmodells ähnlich: Sie setzt persönliche Interessen über medizinische und Gerechtigkeitserwägungen und ist daher abzulehnen. Das Grundanliegen des Clubmodells, ein deklariertes Spendewille sei zu honorieren, besitzt trotz dieser Kritik eine gewisse Plausibilität und kann unter Umständen als letzte Entscheidungshilfe (vor einer Zufallsentscheidung) berücksichtigt werden.

4.2.3.2 Das Motivationsmodell fusst auf dem Gedanken, dass jene Person bevorzugt Nutzen aus einem öffentlichen Organpool ziehen soll, die zu seiner Erhaltung und Vergrösserung beiträgt. Im Unterschied zum Clubmodell sieht es vor, dass der Staat die zur Umsetzung dieses Gedankens nötigen Vorkehrungen trifft. Das Modell hat unter dem Aspekt der Gerechtigkeit dieselben Schwächen wie das Clubmodell; erschwerend kommt hinzu, dass es sich der Staat nicht erlauben darf, gerechtigkeitswidrige Massnahmen zu treffen. Es ist unverhältnismässig und kann zur Missachtung des Nothilfeprinzips führen, wenn Allokationen von Anfang an auf das Vorhandensein guter Absichten gestützt werden. Wie im Clubmodell werden im Motivationsmodell Menschen, die aus weltanschaulichen Gründen das Hirntodkriterium ablehnen, benachteiligt. Zur Respektierung persönlicher Autonomie verpflichtet, kann ein Rechtsstaat dies nicht zulassen.

4.2.3.3 Das Modell der qualifizierten Warteliste sieht vor, Personen, die sich früh genug zu einer Spende bereit erklären, einen bevorzugten Platz auf der Warteliste einzuräumen. Dieses Konzept hat den Vorteil, dass die Spendeerklärung keinen absoluten Vorrang begründet und z.B. der

Dringlichkeit nachgestellt wird, und dass die Wahl des Todeskriteriums bei der Spendeerklärung frei bleibt. Seine Umsetzung impliziert aber einen unverhältnismässigen administrativen Aufwand. Zudem geht das Konzept der qualifizierten Warteliste, wie die anderen zwei Modelle, von zwei fragwürdigen Hypothesen aus, nämlich dass die Spendebereitschaft steigt, wenn sie mit einer Prämie verbunden wird, und dass sich der Organmangel verschärft, wenn kein Prämiensystem eingerichtet wird. Ausserdem übersieht der Vorschlag, dass eine Spendeerklärung noch keine tatsächliche Spende ist, dass also der «Tauschhandel von Organ gegen Organ» blosser Fiktion ist.

Die Diskussion der drei Modelle ergibt, dass die Spendeabsicht erst dann als Kriterium berücksichtigt werden soll, wenn sonst der Zufall vorzeitig bemüht werden müsste.

### ***4.3 Existenziale Endlichkeit***

#### 4.3.1 Endlichkeit; Grenzen der Pflicht, zu helfen und zu heilen

Endlichkeit ist eine anthropologische Konstante, die grössere Beachtung in der biomedizinischen Ethik verdient. Unser gesamtes Dasein ist von Hinfälligkeit und Sterblichkeit: von Endlichkeit schlechthin mit geprägt. In der biomedizinischen Ethik liefert existenziale Endlichkeit ein hilfreiches Korrektiv zur bisweilen absolut gesetzten ärztlichen Pflicht, zu helfen und zu heilen. Nur wenn sich ein ärztlicher Entscheid auch unter der Perspektive der existenzialen Endlichkeit rechtfertigen lässt, ist er wirklich sinnvoll und ethisch überzeugend.

#### 4.3.2 Brauchen wir mehr Organe?

Die steigende Nachfrage nach Organen ist von mannigfaltigen Faktoren abhängig, von den rasant sich entwickelnden Möglichkeiten der Medizin über ökonomische Gründe bis hin zum schwindenden Transzendenzbezug. Die zur Selbstverständlichkeit gewordene Ansicht, jedes Leben sei um jeden Preis zu erhalten, äussert sich in der Transplantationsmedizin im kaum hinterfragten absoluten Wert, den man der Rettung eines Lebens gibt. Demgegenüber ist es sinnvoll, das Prinzip der Verhältnismässigkeit auch dann nicht aus den Augen zu verlieren, wenn extreme existenzielle Situationen verhandelt werden müssen.

#### ***4.4 Zum Umfang des Allokationsprozesses: Gerechtigkeitsorte***

Bei der Allokation von Organen, die Toten entnommen werden, besitzen folgende Punkte gerechtigkeitsrechtliche Relevanz: 1. Indikationsstellung und Zuweisung an ein Transplantationszentrum; 2. Entscheid über Aufnahme in die Warteliste; 3. Feststellung und Bewertung der Dringlichkeit einer Transplantation; 4. Selektion für die Zuteilung eines verfügbaren Organs; 5. Vollzugsmeldungen; 6. Kontrolle; 7. Evaluation. An jedem dieser sieben Gerechtigkeitsorte kann und muss auf je eigene Weise Gerechtigkeit verwirklicht werden.

#### ***4.5 Besondere Probleme an zwei Gerechtigkeitsorten***

##### ***4.5.1 Indikationsstellung***

Da die Indikation darüber entscheidet, ob eine Person Adressatin von distributiver Gerechtigkeit im Transplantationssystem wird, ist sie gerechtigkeitsrelevant. Die Indikationsstellung darf selbst nicht zum Akt der distributiven Gerechtigkeit werden. Geht eine Ärztin oder ein Arzt bei der Indikationsstellung nicht ausschliesslich von im engeren Sinne, also strikt medizinischen Faktoren aus, verletzt er bzw. sie dabei das oberste Gebot ärztlicher Ethik, die Gesundheit des Patienten zum obersten Ziel zu setzen. Der Gesetzgeber verfügt über wenige Möglichkeiten, um Gerechtigkeit in dieser Phase zu gewährleisten. Immerhin kann er vorschreiben, dass bei indizierter Transplantation die betroffene Person unverzüglich der nächsten Instanz gemeldet wird, damit sie möglichst schnell die Chance erhält, in eine Warteliste aufgenommen zu werden; und er kann ein Klagerecht bei nicht erfolgter Indikation einführen – eine Möglichkeit, die im TPG-Entwurf nicht vorgesehen ist.

##### ***4.5.2 Aufnahme in die Warteliste***

Aus dem Prinzip der Menschenwürde folgt, dass jedes Glied einer Gerechtigkeitsgemeinschaft einen grundrechtlichen Teilhabeanspruch am gemeinsamen Organpool besitzt. Die Aufnahme in eine Warteliste sollte also möglichst leicht gemacht werden. Dem moralischen Anspruch auf Aufnahme in eine Warteliste soll nur dann nicht nachgegeben werden, wenn damit das Prinzip der Zweckmässigkeit verletzt würde – Letzteres sehr eng, d.h. bloss strikt medizinisch verstanden. Allerdings ist unklar, was «medizinisch» bedeutet, ob z.B. Alter, Risikoverhalten und auffälliges Sozialverhalten die Aufnahme in eine Warteliste mit beeinflussen sollen. Dies wäre

nicht gerechtigkeitskonform. Die Verweigerung der Aufnahme ist nur gerechtfertigt, wenn aufgrund des körperlichen Zustands schwerwiegende Kontraindikationen eine Transplantation als aussichtslos erscheinen lassen. Um in dieser frühen Phase des Allokationsprozesses keine unzulässigen Diskriminierungen zu erlauben, empfiehlt es sich, eine Liste mit den allein zu beachtenden Kriterien aufzustellen und alle anderen Kriterien als nicht beachtenswert zu deklarieren. Aus den bisherigen Überlegungen folgt: In einem Gerechtigkeitsraum soll eine einzige massgebliche Warteliste geführt werden; im ganzen Gerechtigkeitsraum sind dieselben Aufnahme- bzw. Ausschlusskriterien anzuwenden; Aufnahmeentscheidungen sind von interdisziplinären Konsilien zu treffen; die Anmeldung von Personen zur Aufnahme in eine Warteliste soll weder zu früh noch zu spät erfolgen. Dilemmata sind nicht bereits beim Aufnahmeentscheid zu bewältigen, sondern erst bei der finalen Allokation.

#### ***4.6 Allokationsprinzipien***

##### 4.6.1 Vom Umgang mit Prinzipien

Die Frage nach höchsten Prinzipien in der Organallokation kann nicht zurückgewiesen werden mit dem Hinweis darauf, allgemeine Prinzipien seien der konkreten Handlungssituation nicht angemessen; denn konkrete Handlungsgründe bedürfen der Legitimation und Anleitung durch vorgeordnete Prinzipien.

##### 4.6.2 Prinzipien für die Organallokation

Jeder Allokationsentscheid muss sich letztlich im Hinblick auf die aus dem Grundsatz der Menschenwürde fließenden Prinzipien vertreten lassen. Das sind insbesondere die Prinzipien der Gleichbehandlung, der standardisierten Allokationsverfahren, der Autonomie, des Nichtschädigens sowie des Wohltuns und Helfens. Als Prinzip, das die Anwendung der anderen Prinzipien kontrolliert, fungiert das Prinzip der Billigkeit. Es ist durchaus zu erwarten, dass in der konkreten Anwendung verschiedene, gleichermassen als verbindlich erkannte Prinzipien miteinander konfliktieren. Der Vorrang der negativen vor den positiven Pflichten kann in Konfliktsituationen zur Lösung führen.

### 4.6.3 Gerechtigkeit vs. Nutzen

Die Spannung zwischen Gerechtigkeitsorientierung und Nutzenmaximierung gilt als das normative Grundproblem bei der Regelung der Organallokation. In Übereinstimmung mit der Bundesverfassung favorisiert der TPG-Entwurf Gerechtigkeitserwägungen. Zunächst ist aufgrund der Prinzipien der Menschenwürde und der Gleichheit klar, dass allen in gleicher Weise öffentliche Ressourcen zustehen, wenn es um Erhaltung und wesentliche Verbesserung der Existenz geht. Die Glieder der Gerechtigkeitsgemeinschaft dürfen gerechte Verfahren erwarten, nicht der individuelle oder der kollektive Nutzen hat die erste Stimme. Allerdings muss beachtet werden, dass Gerechtigkeits- und Nutzenprinzip sich nicht grundsätzlich widerstreiten, sondern sich ergänzen. Denn wenn Allokationsentscheide getroffen werden im sicheren Wissen, dass das angestrebte Ziel nicht erreicht wird, beraubt dies andere Bedürftige lebensnotwendiger Güter und ist damit ungerecht. Nutzenerwägungen sollen also ihren Platz in Allokationsentscheiden haben, der allerdings durch den lexikalischen Vorrang der Gerechtigkeit bestimmt sein muss. Es wäre verfehlt, nur zu formalen Kriterien Zuflucht zu nehmen, ohne die einzelne Situation in ihrer Komplexität angemessen zu berücksichtigen. Formale Verfahrensgerechtigkeit steht hier in Spannung zu Billigkeit. Letzterer kommt, als der besseren Gerechtigkeit, der Vorrang zu. Wichtig ist in diesen Fällen, dass eine Abweichung von der formalen Verfahrensgerechtigkeit nicht kategorisch ausgeschlossen wird, immer jedoch der Rechtfertigung bedarf: im Voraus vor dem Gewissen der Entscheidenden, im Nachhinein vor Instanzen der Kontrolle, die nötigenfalls Massnahmen im Blick auf die Zukunft ergreifen.

## **4.7 Allokationskriterien**

### 4.7.1 Allgemeines

In ein und demselben Gerechtigkeitsraum müssen die gleichen Kriterien die Allokationsentscheide leiten. Ermessensentscheide dürfen grundsätzlich nur in der Kompetenz der final entscheidenden Instanz liegen. Alles andere würde zu Intransparenz und Vertrauensverlust seitens der Bevölkerung führen. Es ist also unabdinglich, die zulässigen Kriterien zu fixieren, allerdings unangemessen, eine verbindliche Reihenfolge oder Gewichtung zu fordern (wie dies in der Literatur und im TPG-Entwurf getan wird): Das Gewicht der Kriterien mag je nach Einzelfall differieren.

#### 4.7.2 Zur Diskussion einzelner Kriterien

Die Frage nach Allokationskriterien kann auf zweierlei Arten beantwortet werden. Erstens kann man vom Gleichheitsgebot ausgehen und Faktoren suchen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen und einen Vorrang bei der Organallokation begründen. Zweitens kann man Faktoren auflisten, die nicht als Kriterium in Frage kommen (Diskriminierungsverbote). Hier wird nur über Allokationskriterien gesprochen, bezüglich derer diese Studie eine von der gängigen Literatur und dem TPG-Entwurf abweichende Meinung vertritt.

#### 4.7.3 Zum Umgang mit dem Konzept der Menschenwürde

Die herausragende normative Position des Konzepts der Menschenwürde ist unbestritten, doch ist auch hier ein vorsichtiger Umgang geboten. Voreilige und dogmatische Berufung auf Menschenwürde kann bei Allokationsentscheiden eine Lösung im Sinne der «besseren Gerechtigkeit» verhindern.

#### 4.7.4 Lebenszeit und soziale Pflichten

4.7.4.1 Chronologisches Alter als Allokationskriterium: In einer angemessenen Beurteilung der Möglichkeiten, individuellen Lebenssinn zu schaffen und zu entfalten, darf die zeitliche Dimension nicht vernachlässigt werden. Im Unterschied zum TPG-Entwurf wird hier postuliert, in dilemmatischen Situationen auch das chronologische Alter von Leidenden als subsidiäres bzw. sekundäres Allokationskriterium heranzuziehen.

4.7.4.2 Verantwortung für Dritte: Dem hier favorisierten Menschenbild, dem gemäss die Person durch die Wechselbeziehungen zu Mitmenschen in ihrem Selbst konstituiert wird, entspricht, dass mit dieser Person immer auch Dritte gerechtigkeitsrelevant sind. Berücksichtigung auch bei Allokationsentscheiden verdienen wechselseitige Beziehungen, wenn sie existenziell zentral und nicht bloss instrumentell sind. Im Beispiel: Die alleinerziehende junge Mutter ist dem qualifizierten Arzt, *ceteris paribus*, vorzuziehen, aufgrund ihrer nicht vertretbaren persönlichen Verantwortung für ihre Kinder. Dass die Berücksichtigung von Verantwortung für Dritte im TPG-Entwurf verworfen wird, stellt insofern einen Mangel dar.

#### 4.7.5 Spendebereitschaft

Das Kriterium der Spendebereitschaft wird, im Gegensatz zur Literatur und zum TPG-Entwurf, schwach positiv gewichtet: Es kann als letzter Ausweg, vor einem Losentscheid, Beachtung finden.

#### 4.7.6 Das Problem richtiger und angemessener Differenzierung

Bei der Organallokation werden situationssensitive Differenzierungen relevant. So ist etwa in der Frage nach der Zuteilungsrelevanz einer früheren Lebendspende zu unterscheiden zwischen der (nicht-erlaubten) Diskriminierung des Spendeverweigerers und der (erlaubten und unter Umständen angemessenen) Bevorzugung der Lebendspenderin. Dass der Unterschied zwischen Vorrang und Diskriminierung nicht nur ein Unterschied des Aspekts ist, wird klar aufgrund der Lehre von der Doppelwirkung einer Handlung (eine negative Nebenwirkung einer Handlung ist unter Umständen legitimiert, wenn sie sich, selbst nicht beabsichtigt, als unvermeidbare Folge einer legitimerweise beabsichtigten Handlung einstellt). Diese Überlegung eröffnet zumindest die Möglichkeit, eine vollzogene Lebendspende als positiv ins Gewicht fallendes Allokationskriterium zu beachten, gerechtfertigt durch die Prinzipien der Fairness und der Nothilfe. Diese Diskussion zeigt, wie komplex die Frage nach der angemessenen Gewichtung von Allokationskriterien ist. Es empfiehlt sich, den nötigen Ermessensspielraum bei der finalen Entscheidungsinstanz, nicht schon bei vorgelagerten Stellen einzurichten.

#### ***Exkurs: Evaluation und Kontrolle als Gerechtigkeitsfaktoren***

Auch die Operationalisierung der Allokationskriterien bedarf der Rechtfertigung, d.h. nötig ist die Evaluation und Kontrolle von konkreten Allokationsvorgängen. Externen, öffentlich-rechtlichen Instanzen, die auch Sanktionen ergreifen können, ist sie zu übertragen. Das schliesst Aufträge an private Dritte nicht aus. Sämtliche Agenten im Allokationsprozess müssen zu Objekten der Untersuchung gemacht werden, insbesondere die final entscheidende Instanz.

#### 4.7.7 «Super urgent»-Patientinnen und -Patienten

Transplantationsanwärter, deren Leben unmittelbar bedroht ist, können sie nicht innert weniger Tage ein Transplantat erhalten, verdienen besondere Aufmerksamkeit. Aus Gründen der Nachhaltigkeit ist das Prinzip, unmittelbar gefährdetes Leben sei in jedem Fall zu retten, zu

relativieren. Für dilemmatische Situationen befriedigt aus ethischer Warte weder die heute gängige Lösung, den Patienten in dem Transplantationszentrum zu bevorzugen, in dem sich die spendende Person befindet, noch die Alternative des Losentscheids. Der Losentscheid kann hinausgeschoben werden, wenn das Gewicht von Geschichtlichkeit und von Wechselbeziehungen zu Mitmenschen, die jede und jeden Einzelne(n) auszeichnen, mit in Anschlag gebracht wird. Vorrang soll geniessen, wer über erwartbar mehr und reichere Lebenschancen verfügt, insbesondere einem Konkurrenten gegenüber, der schon viele Möglichkeiten hatte, Präferenzen zu verwirklichen. Der Einbezug Dritter ist bei diesen Erwägungen unumgänglich.

#### 4.7.8 Der Zufall als letzte Entscheidungsinstanz?

Das Los wird in der Literatur und auch in dieser Studie als *ultima ratio* akzeptiert. Dennoch bringen viele Autoren das Los zu früh ins Spiel. Die sozialen Wechselbezüge und Verpflichtungen von Allokationsanwärtern werden als Kriterien verworfen. Es entspricht aber der mit der Menschenwürde verbundenen Pflicht der Zuteilenden, so lange wie möglich eine Allokation gestützt auf materiale Gründe dem Zufallsentscheid vorzuziehen. Das Los gewinnt Sinn erst dann, wenn die Zuteilungsinstanzen moralisch überfordert sind. Gegenüber der Behauptung, Neutralität zeichne den Losentscheid aus, genügt als Kritik die Feststellung, der Entschluss zum Losentscheid verbinde sich mit dem sittlich relevanten Willen, auf weitere Abwägungen zu verzichten. Dieser Wille ist keineswegs ethisch neutral.

## 5. Zu den Fragen

### ***5.1 Anforderungen an eine gerechte Organallokation, aus ethischer Sicht***

Der Allokationsprozess ist kein privatrechtlich gesteuerter Tauschvorgang, sondern ein regelgeleitetes öffentlich-rechtliches Distributionsgeschehen.

#### 5.1.1 Zweckmässigkeit

Wenn (aufgrund medizinischer Indikation) mit grosser Sicherheit davon auszugehen ist, dass der Zweck einer Allokation nicht erreicht werden kann, ist von einer solchen abzusehen.

Mutmassungen über das postoperative Verhalten einer Patientin dürfen dabei nicht ins Gewicht fallen.

### 5.1.2 Absehbarer Erfolg

Der Verlust eines Organs nach erfolgloser Transplantation schädigt die Person, der das Organ an zweiter Stelle zugesprochen worden wäre. Die Forderung, den absehbaren Erfolg zu berücksichtigen, entspricht dem Prinzip des Nichtschädigens.

### 5.1.3 Menschenwürde, Anspruchs- und Freiheitsrechte

Das Prinzip der Menschenwürde konkretisiert sich im Recht auf jene Versorgung bzw. Güter, welche die Existenz als autonomes Wesen in Gemeinschaft erlauben. Organe gehören offensichtlich zu diesen Gütern.

### 5.1.4 «Transplantationsmedizinische Egalität»

Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Unparteilichkeit müssen den Allokationsprozess beherrschen. Es gilt das Prinzip der Chancengleichheit: Allen Bedürftigen stehen im Prinzip die gleichen Chancen zu, in den Genuss eines knappen Guts zu kommen.

### 5.1.5 Von formaler zu materialer Gerechtigkeit

Formale Bestimmungen müssen durch materiale ergänzt werden. Von den verschiedenen in der Tradition formulierten materialen Bestimmungen sticht das Prinzip der bedarfsgerechten Zuteilung heraus, dessen Verwirklichung allerdings aufgrund der Ressourcenknappheit empfindliche Einschränkungen entgegenstehen.

### 5.1.6 Funktion traditioneller Konzepte

Von jedem auf Gerechtigkeit ausgerichteten Allokationssystem muss verlangt werden, dass es die Zuhilfenahme der zahlreichen und bewährten traditionellen Gerechtigkeitskonzepte an allen seinen Stellen zulässt, sofern diese die ethische Kohärenz eines Beschlusses zu verbessern helfen.

### 5.1.7 Die (den) Bedürftigste(n) bevorzugen

Die vorrangige Berücksichtigung der Bedürftigsten entspricht prima facie der traditionellen ärztlichen Ethik. Explizit fordert sie John Rawls in seiner für die Allokationsproblematik auf weite Strecken massgebenden Gerechtigkeitstheorie ein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass Zuteilungen von einer zentralen, den ganzen Gerechtigkeitsraum umfassenden

Stelle vorgenommen werden. Durch rasche und vollständige Kommunikation (einschliesslich Konsultations- und Vernehmlassungsverfahren) muss garantiert werden, dass sich diese zentrale Stelle bezüglich aller relevanten Daten jederzeit auf dem neuesten Stand befindet.

#### 5.1.8 Ermessen, Billigkeit, Kontrolle, Rekurse

Ein gerechtes Allokationssystem muss Spielraum für Ermessen und Billigkeit lassen. Kriterien sollen als Wegleitungen zur Lösung komplexer Entscheidungen vorgegeben werden, ohne sie in eine feste Reihenfolge zu pressen. Alle Ermessens- und Billigkeitsentscheide bedürfen allerdings der obligatorischen Kontrolle und Evaluation. Zudem muss den Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, gegen Allokationsentscheide zu rekurrieren. Konkrete Gerechtigkeit im Allokationswesen realisiert sich nur, wenn der Faktor der existentialen Endlichkeit berücksichtigt wird. Dies kann z.B. implizieren, in besonderen Fällen das chronologische Alter als Allokationskriterium zuzulassen. Ermessen und Billigkeit, die den Einzelfall regieren, mögen zwar Transparenz und Rechtssicherheit herabsetzen; im Gegenzug wird dafür den konkreten Bedingungen menschlichen Daseins besser Rechnung getragen.

### ***5.2 Zum Vergleich der aktuellen Praxis mit dem Konzept im Transplantationsgesetz***

#### 5.2.1 Grundsätzliches

Verglichen wird eine bewährte mit einer erst entworfenen Praxis. Gegenstand des Vergleichs sind die theoretischen Voraussetzungen und Implikationen der aktuellen Praxis mit dem Konzept im TPG-Entwurf. Es geht dabei nicht um eine Herabsetzung aktueller Praxis. Auch diese ist dem Gerechtigkeitsgedanken verpflichtet, und sie kann respektable Leistungen vorweisen. – Die Ermittlung von Gerechtigkeitsgehalten setzt Transparenz von Institutionen und Prozessen voraus. In der Transplantationsmedizin sind der Transparenz jedoch aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes Grenzen gesetzt. Doch zumindest wichtige Punkte wie die Phasen des Allokationsprozesses, zuständige Instanzen, angewandte Regeln und Kriterien sowie Rekurs- und Kontrollmittel muss ein Vergleich umfassen. Die gerechtigkeitsrelevanten Phasen im Allokationsprozess reichen von der Indikationsstellung durch die behandelnde Ärztin bis zu im Anschluss an Evaluation und Kontrolle getroffenen Massnahmen.

## 5.2.2 Gerechtigkeit in der aktuellen Praxis

5.2.2.1 Organisation: Das Schweizer Transplantationswesen ist eine geschichtlich herangewachsene Struktur. 1985 gründeten die sechs Schweizer Transplantationszentren (TZ) die privatrechtliche Stiftung Swiss Transplant. Die 1992 eingerichtete Nationale Koordinationszentrale (NKZ) koordiniert das nationale Transplantationswesen und führt in Zusammenarbeit mit den TZ eine gesamtschweizerische Warteliste. Nach Indikationsstellung durch den behandelnden Arzt entscheidet ein TZ über die Aufnahme in die eigene Warteliste. Darauf folgt die Einschreibung in die Warteliste der NKZ. Organe, die aus TZ (und nicht aus weiteren Spitälern) stammen, werden von der NKZ in bevorzugter Weise jenem TZ zugeteilt, aus dem das Organ stammt. Kann ein TZ ein solches Organ nicht gebrauchen, fragt die NKZ in festgesetzter Reihenfolge die anderen TZ nach Verwendungsmöglichkeiten an. Ist - im Falle einer anderwärts mit besonderer Dringlichkeit durchzuführenden Transplantation – ein TZ verpflichtet, einem anderen TZ ein Organ zu überlassen, kann für das empfangende TZ eine «Pay-back»-Verpflichtung resultieren. Grundsätzlich entscheidet jedes TZ nach eigenem Gutdünken über die genaue Verwendung von ihm zur Transplantation überlassenen Organen.

5.2.2.2 Indikationsstellung: Der die Indikation stellende Arzt ist nicht formell verpflichtet, eine Patientin, bei der eine Transplantation der beste Weg zur Erhaltung oder Verbesserung ihres Lebens ist, einem TZ zu melden. Problematisch ist der Umstand, dass unter «medizinischer Indikation» Verschiedenes verstanden wird; so kann auch die Berücksichtigung von Alter, sozialer Stellung und erwartetem postoperativem Verhalten unter diesen Begriff fallen, also Faktoren, die in dieser Phase des Allokationsprozesses keine Rolle spielen dürfen.

5.2.2.3 Meldung an Transplantationszentren: Das heutige System lässt die Möglichkeit zu, dass eine Ärztin trotz korrekter Indikationsstellung die Meldung des Patienten an ein TZ unterlässt. Dies ist in der Gerechtigkeitsperspektive unbefriedigend.

5.2.2.4 Aufnahme in eine Warteliste: Das TZ entscheidet über die Aufnahme von ihm gemeldeten Patientinnen in seine Warteliste. Der Aufnahmeprozess schliesst Öffentlichkeit aus, was aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes wünschenswert ist. Zwar verfolgen die TZ im Groben dieselben Kriterien zur Aufnahme in die Warteliste, doch besteht kein Zwang zu

Einheitlichkeit; jedes TZ sanktioniert die von ihm befolgten Kriterien selbst. Die bestehende Situation ermöglicht in dieser Phase primäre wie nicht legitimierte sekundäre Diskriminierung. Sie kennt weder eine einheitliche Evaluation und Kontrolle des Prozesses noch auch die Möglichkeit der formellen Einsprache gegen eine Verweigerung der Aufnahme in eine Warteliste. Dies widerspricht dem Gerechtigkeitsdenken.

5.2.2.5 Zuteilung von Organen: Die Zuteilung von Organen kombiniert patienten- und zentrumsorientierte Allokationskriterien, wobei Letztere erhebliches Gewicht besitzen. Im Lichte der Feststellung, allein Patienten seien Adressaten von Gerechtigkeit im Allokationsprozess, ist dies ein ernstes Gerechtigkeitsdefizit. Der Allokationsprozess richtet sich nach folgenden Grundsätzen:

1. «Super urgent»-Patientinnen erhalten von Swiss Transplant direkt ein kompatibles Organ zugeteilt. Die Allokation erfolgt hier patientenorientiert und ist auf den gesamten Gerechtigkeitsraum bezogen, mithin durchwegs gerechtigkeitskonform geregelt.
2. Die anderen Fälle werden zentrumspezifisch geordnet; zugeteilt wird nicht an Patienten, sondern an Zentren (mit bedürftigen Patienten). Dies widerspricht dem Prinzip der Patientenorientierung. Lokale Interessen sind zugunsten der im einheitlichen Gerechtigkeitsraum zu verwirklichenden Gerechtigkeit zurückzustellen.
3. Ausnahmen zu 2: Die Ausnahmeregelungen sind durchwegs patientenorientiert formuliert, mithin gerechtigkeitskonform. Ethisch nicht akzeptabel sind hingegen die zentrumspezifischen «Pay-back»-Verpflichtungen sowie weitere eingeräumte Vorzugsrechte.

5.2.2.6 Ein Beispiel: Die «Liver Exchange Rules» vom 14. Oktober 2002 lassen erkennen, wie patientenspezifische mit zentrumspezifischen Allokationskriterien vermischt werden. Es ergeben sich folgende Lehren: Zentrumsorientierte Vorkehrungen sind dem Transplantationswesen sachfremd, also abzuschaffen; die Existenz dezentraler Kompetenzen ist problematisch, die Zuteilungskompetenz ist prinzipiell der NKZ zu übertragen; aus Gründen der Zweckmässigkeit können ausnahmsweise Entscheidungskompetenzen direkt einem TZ zugeteilt werden, vorausgesetzt, dieses Verfahren ist allgemein ersichtlich geregelt; die medizinischen und ethischen Allokationskriterien sind nicht privat, sondern innerhalb der gesamten Gerechtigkeitsgemeinschaft öffentlich fest zu legen.

5.2.2.7 Fazit: In wichtigen Teilen ist die heutige Praxis aus der Warte der Gerechtigkeit verbesserungsbedürftig,, insbesondere weil sie sachfremde (zentrums- statt patientenorientierte) Kriterien in den Allokationsprozess einbringt.

### 5.2.3 Der Entwurf des Transplantationsgesetzes (TPG) vom 12.9. 2001

Der TPG-Entwurf steht unter vier Zielvorstellungen: Gerechtigkeit hat *prima facie* Vorrang vor Nutzenerwägungen; Organe werden ausschliesslich patientenbezogen zugeteilt; die definitive Allokation erfolgt durch eine zentrale Instanz; Rechtssicherheit und Transparenz sollen gewährleistet sein.

#### 5.2.3.1 Organisation: Die dreistufige Organisation – behandelnde Ärztinnen,

Transplantationszentren, Nationale Zuteilungsstelle – entspricht derjenigen der aktuellen Praxis.

Folgende Unterschiede sind hingegen besonders wichtig: Im TPG-Entwurf ist die formelle Regelung dichter; nicht gerechtigkeitsrelevante Faktoren werden ausgeschlossen; die Organzuteilung erfolgt ausschliesslich patientenbezogen; Leitnormen und Kriterien werden einheitlich und verbindlich festgesetzt; für sämtliche Akteure werden wichtige Pflichten definiert und deren Erfüllung einklagbar gemacht; die definitive Zuteilungskompetenz liegt bei einer einzigen Stelle; Kontrollen und Evaluation werden formell verankert. Zwei Bemerkungen beugen Einwänden vor: Erstens wird zwar den Ärztinnen die Kompetenz zur direkten Festlegung von Zuteilungskriterien entzogen, doch ist ihr Fachwissen in der Ausarbeitung des Kriterienkatalogs umso mehr gefragt. Zweitens versteht der TPG-Entwurf Gerechtigkeit als einen Prozess und stellt sich damit dem Faktum der Geschichtlichkeit und dem Erfordernis der Flexibilität. Die im TPG-Entwurf vorgesehene Mitwirkung des Souveräns ist unerlässlich, da es ja um die Regelung distributiver Gerechtigkeit geht. Unter diesen Gesichtspunkten ist der TPG-Entwurf der aktuellen Praxis vorzuziehen.

#### 5.2.3.2 Artikel 15 TPG, Geltungsbereich: Die hier getroffenen Bestimmungen beziehen sich auf gespendete (nicht gewidmete) Organe primär (hirn)toter Personen. Widmungen lassen sich nur in engen Grenzen realisieren und gelten dann als sittlich verdienstvolles, nicht dem Tauschprinzip folgendes Liebeswerk. Die Botschaft zum TPG-Entwurf macht klar, dass Modelle auf Gegenseitigkeit und (z.B. rassistisch motivierte) Spendeauflagen ausgeschlossen bzw. nicht berücksichtigt werden; da die Widmung ein supererogatorisches Werk ist und einen bestimmten,

zur Spendeperson in engem Verhältnis stehenden Menschen betrifft, ist die ungleiche Behandlung von Widmung und Spendeauflage gerechtfertigt. Dass der Bundesrat darüber entscheiden soll, welche Art von Organen als Spendeorgane in Frage kommen, stellt eine wünschenswerte ethisch-politische Kontrolle des Einsatzes neuer wissenschaftlicher Errungenschaften dar.

5.2.3.3 Artikel 16, Nichtdiskriminierung: Das Verbot der Diskriminierung umfasst auch verdeckte Diskriminierungen, etwa in der Indikationsstellung. Zu kritisieren bleibt, dass der TPG-Entwurf nicht zwischen primärer und sekundärer Diskriminierung unterscheidet. Damit bleibt es ihm verwehrt, das chronologische Alter oder soziale Pflichten gegenüber Dritten zu einem Allokationskriterium zu machen. Im Dienste der Billigkeit ist hier eine Modifikation angebracht. Die Ausländerregelung (bevorzugte Behandlung von Bedürftigen im eigenen Gerechtigkeitsraum) ist im Hinblick auf das Prinzip der Nähe gerechtfertigt, bleibt allerdings präziser zu formulieren.

5.2.3.4 Artikel 17, massgebende Kriterien: Als allgemeine Zuteilungskriterien werden Dringlichkeit, medizinischer Nutzen und Wartezeit genannt; die Botschaft legt die genannte Reihenfolge *prima facie* nahe. Sie macht hingegen auf die Einzelfall-Sensibilität solcher Entscheide aufmerksam. Selbst der Vorrang des Dringlichkeitskriteriums ist nicht in jedem Fall angebracht. Die Kriterienliste des TPG-Entwurfs wird durch zwei Vorrangregeln ergänzt (Vorrang von Leidenden mit seltenen physiologischen Eigenschaften und von Kindern und Jugendlichen mit Nierenversagen, immer *ceteris paribus*), die gerechtigkeitskonform sind. Der Aspekt der Dringlichkeit sollte nur zum Tragen kommen, wenn Aussicht auf nachhaltigen medizinischen Nutzen der Transplantation besteht. Der Begriff «medizinischer Nutzen» eröffnet einen Ermessensspielraum, der vom Bundesrat genauer definiert werden sollte (im TPG-Entwurf nicht vorgesehen). Der TPG-Entwurf führt nach dem medizinischen Nutzen gleich die Wartezeit als Kriterium an, verzichtet somit auf weitere materiale Kriterien. Folgende Kriterien wären aber jedenfalls zu erwägen: Einerseits die soziale Verantwortung für Dritte und das Alter. Sie sind dem modernen Menschenbild und der Berücksichtigung der existentialen Endlichkeit verpflichtet. Andererseits lässt sich aufgrund des Fairnessgedankens die Spendebereitschaft dann (und erst dann) heranziehen, wenn sonst ein Losentscheid nötig würde. Der Kriterienkatalog im TPG-Entwurf lässt sich also noch ergänzen. Alle diese Zusatzkriterien sind nachrangig gegenüber

der Dringlichkeit und dem medizinischen Nutzen, Alter und soziale Verantwortung liessen sich allenfalls als vorrangig gegenüber dem Platz auf der Warteliste rechtfertigen. Der wohl äusserst seltene Fall, dass ein Transplantationszentrum aus Gründen der Zeitknappheit eigenmächtig über die Verwendung eines Organs entscheiden muss, sollte im TPG geregelt werden, zur Entlastung der behandelnden Ärzte und Ärztinnen.

5.2.3.5 Artikel 18, Nationale Zuteilungsstelle (NZS): Gemäss TPG-Entwurf soll die NZS einzige definitive Zuteilungsinstanz sein, denn sie allein verfügt über sämtliche relevanten Daten. Die TZ werden über die Zuteilungsabsichten der NZS informiert und können darauf reagieren. Damit bleibt die Berücksichtigung der konkreten lokalen Situationen gewahrt. Diese Regelung ist als gerechtigkeits-theoretisch optimal zu bezeichnen. Die Regelung, wonach allein die NZS über die Zurverfügungstellung von Organen aus dem Ausland entscheidet, ist ebenfalls gerechtigkeitskonform.

5.2.3.6 Artikel 19, Meldung von Patientinnen und Patienten: Die behandelnden Ärzte haben eine Pflicht zur zeitverzugslosen Meldung von Patientinnen an ein TZ, wenn die vorurteilslose medizinische Untersuchung ergibt, dass eine Transplantation das einzige Mittel zur Erhaltung oder wesentlichen Verbesserung des Lebens der Betroffenen ist. Auf Patientenseite besteht im Gegenzug ein einklagbares Anspruchsrecht, das so in der bisherigen Praxis fehlt. Bei der Meldung von Patienten sind mögliche oder laufende Ersatztherapien nicht zu beachten, da es sich bei diesen um Notlösungen handelt. Dass eine Meldung an die Einwilligung der Patientinnen gebunden ist, entspricht dem Autonomieprinzip und ist daher zu begrüßen.

5.2.3.7 Artikel 20, Warteliste: Der Entscheid zur Aufnahme in die Warteliste darf nur mit wenigen, leicht operationalisierbaren und einfach kontrollierbaren Kriterien verknüpft werden. Ein Ausschluss darf nur als Folge von ernsthaften, objektiven Hindernissen statthaben. Subjektive, moralische Urteile von Ärzten dürfen beim Entscheid über die Aufnahme in eine Warteliste nicht berücksichtigt werden, ebenso wenig mit Kostenträgern abgesprochene Budgetentwürfe, die sich auf den Umfang der Warteliste auswirken können. Der TPG-Entwurf erfüllt die obigen Gerechtigkeitsforderungen. Die eindeutigen, für den gesamten Gerechtigkeitsraum festgelegten Aufnahme- und Ausschlusskriterien sowie die Möglichkeit der

Einklagbarkeit des Rechts auf Aufnahme in eine Warteliste von Patientenseite sind die bedeutendsten Vorteile der Regelung im TPG-Entwurf gegenüber der aktuellen Praxis.

5.2.3.8 Artikel 21, Meldung von Spenderinnen und Spendern: Dieser Artikel ist selbst nicht gerechtigkeitsrelevant.

5.2.3.9 Artikel 22, Internationaler Organaustausch: In Ausnahmefällen (bei transplantationsbedürftigen Patienten im Ausland, die aufgrund physiologischer Eigenschaften mit einer sehr langen Wartezeit rechnen müssen) erlaubt dieser Artikel eine Organlieferung trotz der Möglichkeit, dieses Organ auch im eigenen Land einzusetzen. Damit scheint er die Prinzipien von Solidarität, Mitleid und Wohlwollen gegenüber der Gerechtigkeitsperspektive zu bevorzugen. Dem ist zu entgegnen, dass die Ausweitung des Gerechtigkeitsraums keine Verletzung des Gerechtigkeitsprinzips darstellt, da sie hilft, die «bessere Gerechtigkeit» zu verwirklichen. Ebenfalls zu begrüßen ist die durch den Artikel eröffnete Möglichkeit grenzüberschreitender regionaler Abkommen. Die Regelung, dass allein die NZS aus dem Ausland stammende Organe entgegennehmen darf, dient der Patientensicherheit und der distributiven Gerechtigkeit.

5.2.3.10 Artikel 53 und 61, Evaluation und Kontrolle: Das prozesshafte Verständnis von Gerechtigkeit verlangt, dass der Allokationsprozess immer für Revisionen offen bleibt. Die Institutionalisierung von Evaluation und Kontrolle durch den TPG-Entwurf bietet damit einen weiteren erheblichen Vorteil gegenüber der aktuellen Praxis. Nicht mehr nur die Qualität der Transplantationen, sondern auch die Praxis der Organallokation soll gemäss TPG-Entwurf untersucht werden.

5.2.3.11 Fazit: Aus gerechtigkeits-theoretischer Perspektive ist der TPG-Entwurf der aktuellen Praxis eindeutig vorzuziehen. Er ist konsequent an der Gerechtigkeitsidee orientiert und vermeidet sachfremde Gesichtspunkte. Kleinere Ergänzungen und Modifikationen, wie in dieser Studie angeregt, sind zu erwägen.

## **6. Zur Konstruktion einer Kriterien-Kaskade, verstanden als Vorschlag für eine revisionsoffene Wegleitung**

Der Versuch, Allokationskriterien in Form einer Kaskade zu systematisieren, folgt der Einsicht, dass im Normalfall mehrere verschiedene Kriterien beizuziehen sind, dass sich diese nicht endgültig gewichten lassen und dass der Billigkeit eine gewichtige Rolle einzuräumen ist. Die hier vorgeschlagene Kriterien-Kaskade kann als eine Wegleitung für Entscheidungsinstanzen dienen, die im Übrigen an ihr Gewissen gebunden bleiben.

### ***6.1 Bedarf***

Der Orientierung am Bedarf (medizinisch ausgewiesene Dringlichkeit) gebührt die erste Position in der Prioritätenordnung.

### ***6.2 Vernünftige Erfolgchancen 1***

Der Vorrang der Dringlichkeit lässt sich durch das Gebot des vernünftigen Erfolgs relativieren. Berücksichtigt werden ausschliesslich medizinische, einer Transplantation zwingend entgegenstehende Faktoren.

### ***6.3 Vorrangregeln 1***

Im Falle einer Konkurrenz bei dringlichem Bedarf werden Alter und direkte soziale Verpflichtungen gegenüber existenziell abhängigen Dritten berücksichtigt.

### ***6.4 Der Zufall als Garant formaler Gerechtigkeit***

Fehlen, bei Konkurrenz sonst gleicher Bedürftiger, die genannten Differenzierungsmöglichkeiten, entscheidet das Los.

### ***6.5 Vernünftige Erfolgchancen 2***

Bei nicht dringlichem Bedarf wird eine Rangordnung der auf eine Transplantation Wartenden erstellt. Sie wird prima facie bestimmt durch den voraussichtlichen medizinischen Nutzen (Überlebenszeit des Transplantats).

### ***6.6 Vorrangregeln 2***

Vorrang genießen Leidende mit besonderen physiologischen Eigenschaften sowie Kinder und Jugendliche im Fall einer Nierentransplantation. Alter und soziale Verpflichtungen gegenüber Dritten sind ebenfalls zu berücksichtigen.

### ***6.7 Vermeidung struktureller Diskriminierung***

Die durch Nutzenorientierung angelegte Möglichkeit, ältere und damit krankheitsanfälligere Personen systematisch zu diskriminieren, ist zu vermeiden, indem älteren Transplantationsbedürftigen (innerhalb eines Punktesystems) ein Vorteil zugesprochen wird.

### ***6.8 Wartezeit***

Erst an dieser Stelle kommt das formale Kriterium der Wartezeit zum Zug, da im Sinne der Billigkeit zuvor möglichst viele materiale Gesichtspunkte zu beachten sind.

### ***6.9 Vollzogene Lebendspende***

Ist ein Transplantatbedarf direkt auf eine früher vollzogene Lebendspende zurückzuführen, rechtfertigt das Wiedergutmachungsprinzip eine bevorzugte Behandlung noch vor Berücksichtigung der Warteliste. Ansonsten garantiert das Fairnessprinzip, dass eine Lebenspenderin, ceteris paribus, einem Nicht-Spender mit gleicher Position auf der Warteliste vorgezogen wird.

### ***6.10 Spendebereitschaft***

Bei gleicher Wartezeit kann deklarierte Spendebereitschaft einen Vorrang begründen, allerdings nachrangig gegenüber einer Lebendspende.

### ***6.11 Los***

Ein Zufallsentscheid ist akzeptabel als ultima ratio.

### ***6.12 Retransplantation ist unbeachtlich***

Ein Patient, der einer erneuten Transplantation bedarf, wird nicht anders behandelt als andere Anwärterinnen, «Super urgent»- Patientinnen und Patienten eingeschlossen.

## 8. Anhang

### 8.1 Literatur

Aristoteles (1979), *Nikomachische Ethik*, übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeier, Darmstadt (7. Aufl.)

Beauchamp, Tom L. and Walters, LeRoy (eds) (1994), *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont CA (4<sup>th</sup> edition)

Becchi, Paolo (2003), «Stärkung der Motivation zur Organspende. Wer gibt, dem wird gegeben», in: *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 57, 10.3.2003, 10

Berthoud, Gérald and Sitter-Liver, Beat (eds.) (1996), *The Responsible Scholar: Ethical Considerations in the Humanities and Social Sciences*, Canton MA: Watson Publishing International

Bien, Günter (1971), «Billigkeit», in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel, Bd.1, Sp. 939 f.

Birnbacher, Dieter (1995), «Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren», in: Urban Wiesing (Hg.), *Ethik in der Medizin*, Stuttgart 2000, 311-317

Birnbacher, Dieter (1998), «Organtransplantation – Stand der ethischen Debatte», in: Urban Wiesing (Hg.), *Ethik in der Medizin*, Stuttgart 2000, 291-294

Blankart, Charles B. et al. (2000), *Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen*, Berlin (21.8. 2000)

Blankart, Charles B., Kirchner, Christian und Thice, Gilbert (2002), *Transplantationsgesetz: Eine kritische Analyse aus rechtlicher, ökonomischer und ethischer Sicht*, Aachen

Bondolfi, Alberto und Müller, Hansjakob (Hg.) (1999), *Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag*, Basel/ Bern

Bondolfi, Alberto (1999), «Die moralischen Prinzipien medizinischen Handelns», in: A. Bondolfi./D. Müller, Hj. (Hrsg.) (1999), 83-122

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

Brenner, Andreas (2001a), «Gut für wen? Die Transplantationsmedizin lässt die Ethik rotieren», in: Monika Hofmann-Riedinger und Urs Thurnherr (Hg.), *Anerkennung: Eine philosophische Propädeutik*, Freiburg/ München, 135-144

Brenner, Andreas (2001b), «Die Rolle des Arztes unter dem Wandlungsdruck durch die Transplantationsmedizin», in: Paolo Bavastro (Hg.), Individualität, Mensch und Technik, Stuttgart, 199-213

Brenner, Andreas (2003), «Unbekannte Patienten. Welche Ausschlussbedingungen sind bei Organspende und Organtransplantation hinnehmbar?», in Kawaguchi, Hirokazu und Seelmann, Kurt (Hg.), Rechtliche und ethische Fragen der Transplantationstechnologie in einem interkulturellen Vergleich, Beiheft 86 zum Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 137-146

Brumlik, Micha (2002), Bildung und Glück: Versuch einer Theorie der Tugenden, Berlin/ Wien

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand vom 14. Mai 2002)

Bürgenmeier, Beat (1992), Socioeconomics, An Interdisciplinary Approach: Ethics, Institutions, and Markets, Boston/ Dordrecht/ London

Bürgenmeier, Beat (1996), «The Social Construction of the Market», in: Berthoud, Gérald and Sitter-Liver, Beat, The Responsible Scholar, 151-166

Bürgenmeier, Beat (1999) «Economics and the Environment: The Revival of Ethics», in: Shri Bhagwan Dahija (ed.), The Current State of Economic Science, Rothak: Spellbound Publications, vol. 5, pp. 2739-2748

Creifelds, Carl und Meyer-Gossner, Lutz (Hrsg.) (1988), Rechtswörterbuch, München

Demmer, Klaus (2003), Angewandte Theologie des Ethischen, Freiburg i.Üe.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (1997), 123. Band, 1. Teil Verfassungsrecht, Lausanne (BGE 123 I)

Ethik in der Medizin (2000), hg. v. Urban Wiesing, Stuttgart

Gründel, Johannes (1993/2000), «Ethische Probleme bei der Lebendspende von Organen», in: Zeitschrift für Transplantationsmedizin 5 (1993), 72 f.; teilweise abgedruckt in «Ethik in der Medizin» (2000), 295-297

Gutmann, Thomas und Land, Walter (2000), «Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Der Stand der Debatte», in: Organtransplantation, hg. v. Gerd Brudermüller und Kurt Seelmann, Würzburg, 87-137.

Gutmann, Thomas u.a. (2002), Grundlagen einer gerechten Organallokation, MedR, Schriftenreihe Medizinrecht

Gutmann, Thomas, Schneewind, Klaus A. et al. (2003), Grundlagen einer gerechten Organzuteilung: Medizin – Psychologie – Recht – Ethik – Soziologie, Berlin/ Heidelberg/ New York

Haker, Hille (2002), «Identität», in: Handbuch Ethik, 394-399

Handbuch der christlichen Ethik (1978-82), hg. v. Anselm Hertz u.a. (Bde 1-3),  
Freiburg/Basel/Wien/Gütersloh

Handbuch Ethik (2002), hg.v. Markus Düwell, Christoph Hübenthal, Micha H. Werner,  
Stuttgart/Weimar

Heidegger, Martin (1963), Sein und Zeit, Tübingen (10. Aufl.)

Henne-Bruns, Doris (2002), «Klinische und ethische Probleme der Organtransplantation, in:  
Münk, Hans. J. (Hrsg.) (2002), 23-57

Höffe, Otfried (1987), Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von  
Recht und Staat, Frankfurt am Main

Höffe, Otfried (2002), Lexikon der Ethik, München (6., neubearb. Aufl.)

Holderegger, Adrian (1995), Grundlagen der Moral und der Anspruch des Lebens: Themen der  
Lebensethik, Freiburg i.Üe. und Freiburg i.Br.

Hollerbach, Alexander (1985), «Billigkeit», in: Staatslexikon Recht – Wirtschaft – Gesellschaft,  
hg. von der Görres-Gesellschaft, Freiburg/Basel/Wien, 7. Aufl., Bd. 1, Sp. 809-813

Hollerbach, Alexander (1986), «Gerechtigkeit und Recht», in: Staatslexikon Recht – Wirtschaft –  
Gesellschaft, hg. von der Görres-Gesellschaft, Freiburg/Basel/Wien, 7. Aufl., Bd. 2, Sp. 898-903

Hügli, Anton und Lübcke, Poul (Hg.) (1997), «Prima-facie-Pflicht», in: Philosophen-Lexikon,  
Reinbek bei Hamburg, 515 f.

Hüsing, B., Engels, E.-M., Frick, Th., Menrad, K., Reiss, Th. (1998), Xenotransplantation.  
Bericht im Rahmen des Programmes «Technologiefolgenabschätzung» des Schweizerischen  
Wissenschaftsrates, Bern

«Im Grenzland des Todes» (1997), in: Der Spiegel 10/1997, 228-239

Kant, Immanuel (1781/87), «Kritik der reinen Vernunft» (KrV), in: Werke in sechs Bänden, hg.  
v. Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1966, Bd. II (Nachweise nach A, 1. Aufl. 1781 und B, 2.  
Aufl. 1787

Kant, Immanuel (1785/86), «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» (GMS), in: Werke in sechs  
Bänden, hg. v. Wilhelm Weischedel, Darmstadt 1966, Bd. IV, 9-112 (Nachweise nach A, 1. Aufl.  
Riga 1785 und B, 2. Aufl. Riga 1786

Kliemt, Hartmut (1993), Gerechtigkeitskriterien in der Transplantationsmedizin – eine  
ordoliberalen Perspektive, in: E. Nagel und Ch. Fuchs (Hg.), Soziale Gerechtigkeit im  
Gesundheitswesen: ökonomische, ethische und rechtliche Fragen am Beispiel der  
Transplantationsmedizin, Berlin/ Heidelberg/ New York, 262-276

Kliemt, Hartmut (2002), Gesundheitsökonomische Betrachtungen zur Organallokation, Vortragstypuskript

Lachmann, Roy und Meuter, Norbert (1997), Medizinische Gerechtigkeit: Patientenauswahl in der Transplantationsmedizin, München

Largiadèr, Felix (Hg.) (1999 a), Checkliste Organtransplantation, Stuttgart/ New York, 2., überarb. und erw. Auflage

Largiadèr, Felix (1999b), «Ethik und Transplantationsmedizin», in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, 255-266

Lay, Rupert (1991), Ethik für Wirtschaft und Politik, Berlin

Lexikon der Bioethik (1998), hg.v. Wilhelm Korff u.a. (Bde 1-3), Gütersloh

Lexikon Medizin–Ethik–Recht (1989), hg. v. Albin Eser u.a., Freiburg/Basel/Wien

Mazouz, Nadia (2002), «Gerechtigkeit», in: Handbuch Ethik, 365-370

Mosimann, François (2002), «Allocation des organes en Suisse», in: Swiss Transplant Bulletin Nr./No. 13, 2002, 8

Münk, Hans J. (Hrsg.) (2002), Organtransplantation. Der Stand der ethischen Diskussion im interdisziplinären Kontext, Freiburg i.Üe.

Mutschler, Hans-Dieter (1998/99), «Technik als Religionsersatz», in: Scheidewege. Jahresschrift für skeptisches Denken 28, 1998/99, 54-79

«Mütter bevorzugt» (1997), in: Der Spiegel 10/1997, 236-237, Hamburg

Naess, Arne (1973), «The Shallow and the Deep – Begründung der Tiefenökologie», in: Jahrbuch Ökologie 1997, hg. v. Günter Altner, et al., München 1996, 130-137

Naess, Arne (1987), «Self-Realization. An Ecological Approach to Being in the World», in: The Trumpeter 4 (1987), 3, 35-42. Abgedruckt in A. Drengson and Y. Inoue (eds.) (1995), The Deep Ecology Movement. An Introductory Anthology, Berkeley CA (North Atlantic Books), 11-30

Nussbaum, Martha C. (1997), Vom Nutzen der Moraltheorie für das Leben, Wien

Perelmann, Chaim (1967), Über die Gerechtigkeit, München

Pieper, Annemarie (1991), Einführung in die Ethik, Tübingen

Radbruch, Gustav (1970), Rechtsphilosophie, hg. v. Erik Wolf, Stuttgart (7. Aufl.)

Rapp, Friedrich (1978), Analytische Technikphilosophie, Freiburg/München

- Rawls, John (1979), Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main (stw 271, 1. Aufl.)
- Regan, Tom (1985), The Case for Animal Rights, Berkeley/ Los Angeles (Paperback Edition)
- Regan, Tom (1997), «Ross, William David (1877-1971)», in: Encyclopedia of Ethics, ed. by C.C. and B. Becker, New York and London, 1111 f.
- Ricken, Friedo (1987), «Anthropozentrismus oder Biozentrismus? Begründungsprobleme der ökologischen Ethik», in: Theologie und Philosophie 62 (1987), 1-21
- Ricken, Friedo (1998), «Handeln und Unterlassen», in: Lexikon der Bioethik, hg. v. W.Korff/L. Beck/ P. Mikat, Gütersloh, Bd. 2, 198-201
- Roelcke, Volker, «Kulturen des Todes: Beobachtungen und Theorieansätze aus Ethnologie und Ethnomedizin», in Schlich, Thomas und Wiesemann, Claudia (Hrsg.) (2001), 66-81
- Rosa, Hartmut (2002), «Kommunitarismus», in: Handbuch Ethik, 218-230
- Salzbruger Erklärung zur sogenannten Bioethik: Für eine Weltsicht der Bezogenheit.  
[http://www.kath-eb.at/frauenbildung/fb\\_ethik\\_erklaerung.htm](http://www.kath-eb.at/frauenbildung/fb_ethik_erklaerung.htm) (oder über  
<http://www.frauenbildung.at>)
- Schara, Joachim (1998), «Lebensverlängerung», in: Lexikon der Bioethik, Band 2, 569-572
- Schlich, Thomas und Wiesemann, Claudia (Hrsg.) (2001), Hirntod: Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung, Frankfurt am Main; darin: Schlich, Thomas, «Tod, Geschichte, Kultur», 9-42
- Schott, Markus (2001), Patientenauswahl und Organallokation, Basel/ Genf/ München
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (1995), Medizinisch-ethische Richtlinien für die Organtransplantation
- Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (1996), Richtlinien zur Definition und Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vollständige Textausgabe; Hrsg. und Autor der Wegleitung Hans Giger, Zürich 1992
- Seelmann, Kurt (2001), Rechtsphilosophie, München (2. Aufl.)
- Sitter-Liver, Beat (1992), «Macht Klugheit Prinzipien entbehrlich? Zur Auflösung einer falschen Entgegensetzung», in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 40, 1992, Heft 11, 1313-1332
- Sitter-Liver, Beat und Caroni, Pio (Hrsg.) (1998), Der Mensch – ein Egoist? Für und wider die Ausbreitung des methodischen Utilitarismus in den Kulturwissenschaften, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg

Sitter-Liver, Beat (2000 a), Xenotransplantation aus der Sicht der Tierethik, Genf (Folia Bioethica 27)

Sitter-Liver, Beat (2000 b), «Tiefen-Ökologie: Kontrapunkt im aktuellen Kulturgesehen», in: Natur und Kultur 1 (2000), 1, 70-88

Sitter-Liver, Beat (2002 a), «Endlichkeit - eine vernachlässigte Perspektive in der Bioethik», in: Holdergger, Adrian / Müller, Denis / Sitter-Liver, Beat / Zimmermann-Acklin, Markus (Hrsg.) (2002), Theologie und biomedizinische Ethik. Grundlagen und Konkretionen. Freiburg i. Üe. und Freiburg i. Br., 208–226

Sitter-Liver, Beat (2002 b), Der Einspruch der Geisteswissenschaften. Ausgewählte Schriften, hg. v. Rainer J. Schweizer im Auftrag der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften, Freiburg i. Üe.

Spaemann, Robert (2000), Wirklichkeit als Anthropomorphismus, in: Information Philosophie Oktober 2000, 7-18

Steinvorth, Ulrich (2000), «Wem gehören meine Organe?», in Bruder Müller, Gerd und Seelmann, Kurt (Hg.), Organtransplantation, 149-158

Sturma, Dieter (2002), «Person», in: Handbuch Ethik, 440-447

Swiss Transplant (2001-2003), Kriterien für die Allokation von Organen:

- (2001) Heart Exchange Rules, 15.5. 2001;
- (2001) Lung Exchange Rules, 15.5. 2001;
- (2002) Liver Exchange Rules, 14.10. 2002;
- (2003) Kidney Exchange Rules, 20.1. 2003;
- (2003) Pancreas Exchange Rules, 10.3. 2003

Swiss Transplant (2002 a), Jahresbericht (Don et Transplantation d'Organes en Suisse – Organspende in der Schweiz), Genf

Swiss Transplant (2002 b), Transplantationsgesetz: Standpunkt von Swisstransplant. Zürich, Mai 2002

Tammelo, Ilmar (1977), Theorie der Gerechtigkeit, Freiburg/ München

Teutsch, Gotthard M.(1987), Lexikon der Tierschutzethik, Göttingen

Tugendhat, Ernst (1996), «Gibt es eine moderne Moral?», in: Zeitschrift für philosophische Forschung 5 (1996), 1/2, 323-338

Tuor, Peter und Schnyder, Bernhard (1986), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich (10. Aufl.)

Veatch, Robert M. (1993), «How Age Should Matter: Justice as the Basis for Limiting Care to the Elderly», in: Gerald R. Winslow and James W. Walters (eds.), Facing Limits: Ethics and Health Care for the Elderly, Boulder etc.

Vollmann, Jochen (2001), «Das Hirntodkriterium heute: Begriffsklärung und medizinethische Kontroversen», in: Schlich, Thomas und Wieseemann, Claudia (Hg.) (2001), 45-65

Wiesing, Urban (Hg.) 2000, Ethik in der Medizin, Stuttgart

## 8.2. Abkürzungen

Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Art.	Artikel
B	Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9. 2001
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bes.	besonders
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Botschaft	Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9.
Bst.	Buchstabe
BV	Schweizerische Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
ebd.	ebenda
EFG	Etablissement français des greffes
et al.	et alii (und andere)
f. / ff.	folgende
GMS	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
HCE	Handbuch der christlichen Ethik
HL-Antigene / HLA-System	«Human Leucocyte Antigen System» (wichtig bei immunologischen Abwehrmechanismen)
KrV	Kritik der reinen Vernunft
MER	Lexikon Medizin, Ethik, Recht
m.E.	meines Erachtens
NE	Aristoteles' Nikomachische Ethik
NKZ	Nationale Koordinationszentrale
NZS	Nationale Zuteilungsstelle
rev.	Revidiert

S./s.	siehe
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
Sp.	Spalte
spez.	Speziell
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SU-Kranker	«Super urgent»-Kranker
ST	Swiss Transplant
TPG	Entwurf für ein Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9. 2001
TZ	Transplantationszentrum
UNOS	United Network for Organ Sharing (USA)
u.ö.	und öfters
u.s.w.	und so weiter
Vgl./vgl.	Vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

### **8.3 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Entwurf) - Auszug**

Bundesgesetz  
über die Transplantation von Organen,  
Geweben und Zellen  
(Transplantationsgesetz)

*Entwurf (12.9.2001)*

vom

---

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,  
gestützt auf Artikel 119a Absätze 1 und 2 der Bundesverfassung,  
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 12. September 2001,  
beschliesst:

## **1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen**

### **Art. 1 Zweck**

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.

### **Art. 2 Geltungsbereich**

1 Dieses Gesetz gilt für den Umgang mit Organen, Geweben oder Zellen menschlichen oder tierischen Ursprungs sowie daraus hergestellten Produkten (Transplantatprodukte), die zur Transplantation auf den Menschen bestimmt sind.

2 Es gilt nicht für den Umgang mit:

- a. künstlichen oder devitalisierten Organen, Geweben und Zellen;
- b. Blut, ausgenommen Blut-Stammzellen;
- c. Blutprodukten;
- d. Keimzellen, imprägnierten Eizellen und Embryonen im Rahmen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen.

3 Für den Umgang mit Organen, Geweben oder Zellen zur autogenen Transplantation ist nur Artikel 35 anwendbar. Der Bundesrat kann darüber hinaus für Organe,

Gewebe oder Zellen zur autogenen Transplantation, die vor der Übertragung aufbereitet werden, Vorschriften zur Qualität und Sicherheit erlassen.

### **Art. 3** Begriffe

Im Sinne dieses Gesetzes gelten als:

a. **Organe:** alle Teile des Körpers, deren Zellen und Gewebe zusammen eine Einheit mit bestimmter Funktion bilden. Den Organen gleichgestellt sind Organteile, die in ihrer Funktion einem Organ gleich kommen sowie aus verschiedenen Geweben zusammengesetzte Körperteile, die eine bestimmte Funktion haben.

b. **Gewebe:** strukturierte Zellverbände, zusammengesetzt aus gleichen oder verschiedenen Zellen, die im Körper eine gemeinsame Funktion besitzen.

c. **Zellen:** einzelne Zellen, unstrukturierte Zellmassen sowie Zellsuspensionen, die ausschliesslich aus gleichen Zellen bestehen.

d. **Transplantatprodukte:** aus menschlichen oder tierischen Organen, Geweben oder Zellen hergestellte Produkte, die oder deren Herstellungsverfahren standardisierbar sind.

### **Art. 4** Allgemeine Sorgfaltspflicht

Wer mit Organen, Geweben oder Zellen oder mit Transplantatprodukten umgeht, muss alle Massnahmen treffen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, damit die Gesundheit von Menschen nicht gefährdet wird.

### **Art. 5** Entnahme zu anderen Zwecken als der Transplantation

Sind Organe, Gewebe oder Zellen zu anderen Zwecken als der Transplantation entnommen worden, so dürfen sie nur transplantiert oder zur Herstellung von Transplantatprodukten verwendet werden, wenn die Vorschriften über die Information und Zustimmung nach den Artikeln 8, 12 Buchstabe b, 13 Absatz 2 Buchstaben e und f sowie 38 Absatz 2 eingehalten worden sind.

## **2. Kapitel: Menschliche Organe, Gewebe und Zellen**

### **1. Abschnitt: Unentgeltlichkeit und Handelsverbot**

#### **Art. 6** Unentgeltlichkeit der Spende

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

2 Nicht als finanzieller Gewinn oder anderer Vorteil gilt der Ersatz:

- a. des Einkommensausfalls und des Aufwandes, welcher der spendenden Person unmittelbar entsteht;
- b. von Schäden, welche die spendende Person durch die Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen erleidet.

#### **Art. 7** Verbot des Handels

1 Es ist verboten:

- a. mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland zu handeln;
- b. menschliche Organe, Gewebe oder Zellen, die mit Geld oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind, zu entnehmen oder zu transplantieren.

2 Das Verbot gilt nicht für:

- a. den Ersatz von Aufwendungen, die im Hinblick auf eine Transplantation anfallen, namentlich die Kosten für Entnahme, Transport, Aufbereitung, Aufbewahrung und Transplantation;
- b. Transplantatprodukte nach Artikel 47.

## **2. Abschnitt: Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei verstorbenen Personen**

#### **Art. 8** Voraussetzungen der Entnahme

1 Organe, Gewebe oder Zellen dürfen einer verstorbenen Person entnommen werden, wenn:

- a. sie vor ihrem Tod einer Entnahme zugestimmt hat;
- b. der Tod festgestellt worden ist.

2 Liegt keine dokumentierte Zustimmung oder Ablehnung der verstorbenen Person vor, so sind ihre nächsten Angehörigen anzufragen, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist.

3 Ist den nächsten Angehörigen eine solche Erklärung nicht bekannt, so können Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden, wenn die nächsten Angehörigen einer Entnahme zustimmen. Die nächsten Angehörigen haben bei ihrer Entscheidung den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person zu beachten.

4 Sind keine nächsten Angehörigen vorhanden oder erreichbar, so ist die Entnahme unzulässig.

5 Der Wille der verstorbenen Person hat Vorrang vor demjenigen der nächsten Angehörigen.

6 Hat die verstorbene Person den Entscheid über eine Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen nachweisbar einer Person ihres Vertrauens übertragen, so tritt diese an die Stelle der nächsten Angehörigen.

7 Eine Erklärung zur Spende kann abgeben, wer das 16. Lebensjahr vollendet hat.

8 Der Bundesrat umschreibt den Kreis der nächsten Angehörigen.

#### **Art. 9** Todeskriterium und Feststellung des Todes

1 Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.

2 Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Feststellung des Todes. Er legt insbesondere fest:

- a. welche klinischen Zeichen vorliegen müssen, damit auf den irreversiblen Ausfall der Funktionen von Hirn und Hirnstamm geschlossen werden darf;
- b. die Anforderungen an die Ärztinnen oder Ärzte, die den Tod feststellen.

#### **Art. 10** Vorbereitende medizinische Massnahmen

1 Medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen, dürfen vor dem Tod der spendenden Person nur vorgenommen werden, wenn diese umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat.

2 Solche Massnahmen sind verboten, wenn sie:

- a. den Tod der Patientin oder des Patienten beschleunigen;
- b. dazu führen können, dass die Spenderin oder der Spender in einen dauernden vegetativen Zustand gerät.

3 Liegt keine Erklärung zur Spende vor, so dürfen medizinische Massnahmen nach dem Tod der Patientin oder des Patienten bis zum Entscheid der nächsten Angehörigen durchgeführt werden. Der Bundesrat legt fest, wie lange solche Massnahmen längstens durchgeführt werden dürfen.

#### **Art. 11** Unabhängigkeit der beteiligten Personen

1 Ärztinnen oder Ärzte, die den Tod eines Menschen feststellen, dürfen:

- a. weder an der Entnahme noch an der Transplantation von Organen, Geweben oder Zellen mitwirken;
- b. nicht den Weisungen einer ärztlichen Fachperson unterstehen, die an solchen Massnahmen beteiligt ist.

2 Ärztinnen oder Ärzte, die Organe, Gewebe oder Zellen entnehmen oder transplantieren sowie das daran beteiligte medizinische Personal, dürfen Personen, welche die sterbende Person betreuen oder den Tod feststellen, nicht unter Zeitdruck setzen oder anderweitig zu beeinflussen versuchen.

### **3. Abschnitt:**

#### **Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei lebenden Personen**

##### **Art. 12** Voraussetzungen der Entnahme

Organe, Gewebe oder Zellen dürfen einer lebenden Person entnommen werden, wenn:

- a. sie urteilsfähig und mündig ist;
- b. sie umfassend informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat;
- c. für ihr Leben oder ihre Gesundheit kein ernsthaftes Risiko besteht;
- d. die Empfängerin oder der Empfänger mit keiner anderen therapeutischen Methode von vergleichbarem Nutzen behandelt werden kann.

##### **Art. 13** Schutz urteilsunfähiger oder unmündiger Personen

1 Urteilsunfähigen oder unmündigen Personen dürfen keine Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden.

2 Ausnahmen sind zulässig für die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Artikel 12 Buchstaben c und d erfüllt sind;
- b. eine geeignete urteilsfähige und mündige spendende Person nicht zur Verfügung steht;
- c. die empfangende Person ein Elternteil, ein Kind oder ein Geschwister der spendenden Person ist;
- d. die Spende geeignet ist, das Leben der Empfängerin oder des Empfängers zu retten;
- e. der gesetzliche Vertreter umfassend informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat;
- f. die urteilsfähige, aber unmündige spendende Person umfassend informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat;
- g. keine Anzeichen vorhanden sind, die erkennen lassen, dass sich die urteils-unfähige Person einer Entnahme widersetzen würde;
- h. eine unabhängige Instanz zugestimmt hat.

3 Eine urteilsunfähige Person ist soweit wie möglich in das Informations- und Zustimmungsverfahren einzubeziehen.

4 Die Kantone bezeichnen die unabhängige Instanz nach Absatz 2 Buchstabe h und regeln das Verfahren.

#### **Art. 14** Vorschriften des Bundesrates

1 Der Bundesrat regelt die Entschädigung durch die Sozialversicherungen für den Erwerbsausfall der Spenderin oder des Spenders im Zusammenhang mit der Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen.

2 Der Bundesrat umschreibt die Anforderungen an die Information nach Artikel 12 Buchstabe b und Artikel 13 Absatz 2 Buchstaben e und f.

3 Er kann festlegen, welche anderen therapeutischen Methoden für die Empfängerinnen oder Empfänger keinen vergleichbaren Nutzen haben.

## **4. Abschnitt: Zuteilung von Organen**

### **Art. 15** Geltungsbereich

1 Dieser Abschnitt gilt für die Zuteilung von Organen, welche die Spenderin oder der Spender nicht einer bestimmten Person zukommen lassen will.

2 Der Bundesrat:

- a. legt fest, welche Organe nach diesem Abschnitt zuzuteilen sind;
- b. kann diesen Abschnitt auch auf die Zuteilung von Geweben und Zellen anwendbar erklären.

### **Art. 16** Nichtdiskriminierung

1 Bei der Zuteilung eines Organs darf niemand diskriminiert werden.

2 Ausländerinnen und Ausländer sind bei der Zuteilung gleich zu behandeln wie Schweizerinnen und Schweizer. 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.

### **Art. 17** Massgebende Kriterien

1 Für die Zuteilung dürfen nur die folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

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

2 Bei der Zuteilung ist anzustreben, dass Patientinnen und Patienten, die aufgrund ihrer physiologischen Eigenschaften mit sehr langen Wartezeiten rechnen müssen, mit gleicher Wahrscheinlichkeit ein Organ zugeteilt erhalten wie Patientinnen und Patienten ohne diese Eigenschaften.

3 Der Bundesrat legt fest, in welcher Reihenfolge diese Kriterien anzuwenden sind oder gewichtet sie.

## **Art. 18** Nationale Zuteilungsstelle

1 Der Bund schafft eine Nationale Zuteilungsstelle.

2 Die Nationale Zuteilungsstelle:

- a. führt eine Liste der Personen, die auf die Transplantation eines Organs warten (Warteliste);
- b. teilt die verfügbaren Organe nach Rücksprache mit den Transplantationszentren den Empfängerinnen und Empfängern zu;
- c. organisiert und koordiniert auf nationaler Ebene alle mit der Zuteilung zusammenhängenden Tätigkeiten;
- d. arbeitet mit ausländischen Zuteilungsorganisationen zusammen.

3 Die Nationale Zuteilungsstelle führt über jeden Entscheid Unterlagen und bewahrt diese 10 Jahre auf.

4 Der Bundesrat regelt das Zuteilungsverfahren.

## **Art. 19** Meldung von Patientinnen und Patienten

Die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt muss Patientinnen und Patienten, bei denen eine Transplantation medizinisch indiziert ist, mit deren schriftlicher Einwilligung unverzüglich einem Transplantationszentrum melden. Die Meldung muss auch dann erfolgen, wenn eine Ersatztherapie durchgeführt wird.

## **Art. 20** Warteliste

1 Die Transplantationszentren entscheiden, wer in die Warteliste aufzunehmen oder daraus zu streichen ist. Sie dürfen dabei nur medizinische Gründe berücksichtigen. Artikel 16 Absatz 1 gilt sinngemäss.

2 Sie teilen ihre Entscheide zusammen mit den erforderlichen Daten der Nationalen Zuteilungsstelle mit.

3 Der Bundesrat umschreibt näher:

- a. die medizinischen Gründe nach Absatz 1;
- b. die erforderlichen Daten nach Absatz 2.

## **Art. 21** Meldung von Spenderinnen und Spendern

1 Die Spitäler und Transplantationszentren melden der Nationalen Zuteilungsstelle zusammen mit den erforderlichen Daten alle Personen, bei denen die Voraussetzungen für eine Organentnahme erfüllt sind. Der Bundesrat umschreibt die erforderlichen Daten näher.

2 Verzichtet die Spenderin oder der Spender darauf, eine Empfängerin oder einen Empfänger zu bezeichnen, so ist auch die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt zur Meldung verpflichtet.

## **Art. 22** Internationaler Organaustausch

1 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. Vorbehalten bleibt der Austausch eines Organs im Rahmen internationaler Programme für Patientinnen und Patienten nach Artikel 17 Absatz 2.

2 Organangebote aus dem Ausland dürfen nur von der Nationalen Zuteilungsstelle angenommen werden.

3 Die Nationale Zuteilungsstelle kann mit ausländischen Zuteilungsorganisationen Vereinbarungen über den gegenseitigen Organaustausch abschliessen.

## **5. Abschnitt: Entnahme, Lagerung, Ein- und Ausfuhr, Aufbereitung**

### **Art. 23** Meldepflicht für Entnahme

1 Wer Menschen Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, muss dies der zuständigen Bundesstelle melden.

2 Der Bundesrat legt den Inhalt der Meldung sowie die Pflichten der meldepflichtigen Personen fest.

### **Art. 24** Bewilligungspflicht für Lagerung sowie Ein- und Ausfuhr

1 Eine Bewilligung der zuständigen Bundesstelle braucht, wer:

a. Gewebe oder Zellen lagert;

b. Organe, die nicht nach dem 4. Abschnitt zugeteilt werden, sowie Gewebe oder Zellen ein- oder ausführt.

2 Die Einlagerung in ein Zolllager gilt als Einfuhr.

3 Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

- a. die erforderlichen fachlichen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind;
- b. ein geeignetes Qualitätssicherungssystem vorhanden ist.

4 Der Bundesrat regelt die Voraussetzungen für die Bewilligung sowie das Bewilligungsverfahren und legt die Pflichten der bewilligungspflichtigen Personen fest.

#### **Art. 25** Aufbereitung

Der Bundesrat kann Vorschriften für die Aufbereitung der Organe, Gewebe oder Zellen erlassen. Er berücksichtigt dabei international anerkannte Richtlinien und Normen.

[...]

## **5. Kapitel: Vollzug**

### **1. Abschnitt: Bund**

#### **Art. 48** Grundsatz

1 Der Bund vollzieht dieses Gesetz, soweit es nicht die Kantone für zuständig erklärt.

2 Der Bundesrat erlässt die Ausführungsvorschriften.

#### **Art. 49** Aufsicht

1 Der Bund beaufsichtigt den Vollzug dieses Gesetzes durch die Kantone.

2 Er koordiniert ihre Vollzugsmassnahmen, soweit ein Interesse an einem gesamtschweizerisch einheitlichen Vollzug besteht. Zu diesem Zweck kann er insbesondere:

- a. die Kantone verpflichten, ihn über ihre Vollzugsmassnahmen zu informieren;
- b. den Kantonen Massnahmen für einen einheitlichen Vollzug vorschreiben.

#### **Art. 50** Internationale Zusammenarbeit

Der Bund trifft Massnahmen, um den Austausch von Informationen sowie den raschen und sicheren Austausch von Organen, Geweben oder Zellen zu erleichtern.

### **Art. 51** Fort- und Weiterbildung des medizinischen Personals

Der Bund kann Fort- und Weiterbildungsprogramme durchführen oder unterstützen, die das medizinische Personal befähigen, Spenderinnen und Spender sowie ihre Angehörigen angemessen zu betreuen.

### **Art. 52** Übertragung von Vollzugsaufgaben

1 Der Bundesrat kann Vollzugsaufgaben auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen.

2 Dies gilt insbesondere für:

- a. die Zuteilung von Organen nach Artikel 18;
- b. das Führen eines Stammzellenregisters nach Artikel 60;
- c. die Kontrolle nach Artikel 61.

3 Der Bundesrat sorgt für die finanzielle Abgeltung der übertragenen Aufgaben.

### **Art. 53** Evaluation

1 Die zuständige Bundesstelle sorgt für wissenschaftliche Evaluationen über den Vollzug und die Wirkungen dieses Gesetzes.

2 Diese Evaluationen haben namentlich zum Gegenstand:

- a. den Einfluss des Gesetzes auf die Situation, die Einstellung und das Verhalten der Bevölkerung sowie des medizinischen Personals;
- b. die Praxis der Zuteilung von Organen, die Qualität der Transplantationen und die Verfügbarkeit von Organen, Geweben und Zellen zur Transplantation.

3 Das Eidgenössische Departement des Innern erstattet nach Abschluss von wichtigen Evaluationen dem Bundesrat Bericht über die Resultate und unterbreitet ihm einen Vorschlag für das weitere Vorgehen.

[...]

## **4. Abschnitt: Information der Öffentlichkeit**

### **Art. 59**

1 Die zuständige Bundesstelle und die Kantone informieren die Öffentlichkeit regelmässig über Belange der Transplantationsmedizin. Sie können zu diesem Zweck mit Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts zusammenarbeiten.

2 Die Information beinhaltet namentlich:

- a. die Möglichkeiten, seinen Willen bezüglich der Spende von Organen, Geweben oder Zellen zu äussern und die damit verbundenen Konsequenzen;
- b. die gesetzliche Regelung und die Praxis der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen in der Schweiz.

[...]

## **6. Abschnitt: Kontrolle und Massnahmen**

### **Art. 61 Kontrolle**

1 Die zuständige Bundesstelle kontrolliert, ob die Vorschriften dieses Gesetzes eingehalten werden. Sie führt dazu insbesondere periodische Inspektionen durch.

2 Sie kann unentgeltlich die dazu notwendigen Proben erheben, die erforderlichen Auskünfte oder Unterlagen verlangen und jede andere erforderliche Unterstützung anfordern. Sie kann die Zollorgane mit der Erhebung von Probenmaterial beauftragen.

3 Sie kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben Grundstücke, Betriebe, Räume und Fahrzeuge betreten.

### **Art. 62 Mitwirkungspflicht**

Wer mit Organen, Geweben oder Zellen oder daraus hergestellten Transplantatprodukten umgeht, muss der zuständigen Bundesstelle bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unentgeltlich behilflich sein. Sie oder er muss insbesondere:

- a. Probeentnahmen gestatten oder auf Verlangen Proben zur Verfügung stellen;
- b. Auskünfte erteilen;
- c. Einblick in die Unterlagen und Zutritt zu den Räumlichkeiten gewähren.

## **Art. 63** Massnahmen

1 Die zuständige Bundesstelle kann alle Massnahmen treffen, die zum Vollzug dieses Gesetzes erforderlich sind.

2 Insbesondere kann sie:

- a. Beanstandungen aussprechen und eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ansetzen;
- b. gesundheitsgefährdende oder nicht den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Organe, Gewebe, Zellen oder Transplantatprodukte einziehen und beseitigen;
- c. die Benützung von Räumen oder Einrichtungen verbieten oder Betriebe schliessen;
- d. Bewilligungen oder Zulassungen sistieren oder widerrufen.

3 Die zuständige Bundesstelle kann die notwendigen vorsorglichen Massnahmen treffen. Insbesondere kann sie beanstandete Organe, Gewebe, Zellen oder Transplantatprodukte auch im Falle eines begründeten Verdachts beschlagnahmen oder verwahren.

4 Die Zollorgane sind berechtigt, bei Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen dieses Gesetzes, Sendungen mit Organen, Geweben, Zellen oder Transplantatprodukten an der Grenze oder in Zolllagern zurückzuhalten und die zuständige Bundesstelle beizuziehen. Diese nimmt die weiteren Abklärungen vor und trifft die erforderlichen Massnahmen.

[...]

## **6. Kapitel: Strafbestimmungen**

### **Art. 66** Vergehen

1 Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach dem Strafgesetzbuch 5 vorliegt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bis 200 000 Franken bestraft, wer vorsätzlich:

- a. für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil gewährt oder entgegennimmt (Art. 6 Abs. 1);

- b. mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland handelt oder menschliche Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt oder transplantiert, die mit Geld oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind (Art. 7 Abs. 1);
- c. einer verstorbenen Person Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, ohne dass dafür eine Zustimmung vorliegt (Art. 8);
- d. die Vorschriften über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen verletzt (Art. 10);
- e. Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt und dadurch für das Leben oder die Gesundheit der Spenderin oder des Spenders ein ernsthaftes Risiko schafft (Art. 12 Bst. c);
- f. urteilsunfähigen oder unmündigen lebenden Personen Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, ohne dass die Voraussetzungen dazu erfüllt sind (Art. 13 Abs. 2 und 3);
- g. bei der Aufnahme in die Warteliste oder bei der Zuteilung von Organen Personen diskriminiert (Art. 16 und 20 Abs. 1) oder Organe nicht nach den massgebenden Kriterien zuteilt (Art. 17);
- h. die Vorschriften über die besonderen Sorgfaltspflichten (Art. 29–34 sowie 43) verletzt und dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet;
- i. klinische Versuche durchführt, die den Anforderungen dieses Gesetzes nicht entsprechen und dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet (Art. 35);
- j. Zeitpunkt und Methode des Schwangerschaftsabbruchs mit Rücksicht auf die Transplantation embryonaler oder fötaler menschlicher Gewebe oder Zellen festlegt (Art. 36 Abs. 1);
- k. menschliche Embryonen oder Föten als Ganzes künstlich am Leben erhält, um ihnen Gewebe oder Zellen zu Transplantationszwecken zu entnehmen (Art. 36 Abs. 2 Bst. a);
- l. embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen einer Person überträgt, die von der Spenderin dafür bezeichnet worden ist (Art. 36 Abs. 2 Bst. b);
- m. embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen von urteilsunfähigen Frauen zu Transplantationszwecken verwendet (Art. 36 Abs. 2 Bst. c);
- n. die Vorschriften über die Information und Zustimmung der Spenderin verletzt (Art. 38).

2 Handelt der Täter oder die Täterin gewerbsmässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu fünf Jahren oder Busse bis 500 000 Franken.

3 Handelt der Täter oder die Täterin fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis 100 000 Franken.

#### **Art. 67** Übertretungen

1 Mit Haft oder Busse bis 50 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig und ohne dass ein Vergehen nach Artikel 66 vorliegt:

- a. die Vorschriften über die Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen zu anderen Zwecken als der Transplantation verletzt (Art. 5);
- b. die Vorschriften über die Unabhängigkeit der beteiligten Personen verletzt (Art. 11 und 39);
- c. einer lebenden Person Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, obwohl die Empfängerin oder der Empfänger mit einer anderen therapeutischen Methode von vergleichbarem Nutzen behandelt werden kann (Art. 12 Bst. d);
- d. Meldepflichten verletzt (Art. 20 Abs. 2, 21, 23, 28 und 35);
- e. Organe, die aus dem Ausland angeboten werden, unbefugt annimmt (Art. 22 Abs. 2);
- f. bewilligungspflichtige Handlungen ohne Bewilligung vornimmt oder an eine Bewilligung geknüpfte Auflagen nicht erfüllt (Art. 24, 26, 37 und 41);
- g. gegen die Schweigepflicht verstösst, soweit nicht die Artikel 320 oder 321 des Strafgesetzbuches 6 verletzt sind (Art. 55);
- h. die Mitwirkungspflicht verletzt (Art. 62);
- i. die Tatbestände nach Artikel 66 Absatz 1 Buchstaben h und i erfüllt, ohne dass dadurch die Gesundheit von Menschen gefährdet wird;
- j. gegen eine Ausführungsvorschrift, deren Übertretung vom Bundesrat für strafbar erklärt wird, oder gegen eine unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn gerichtete Verfügung verstösst.

2 Versuch und Helferschaft sind strafbar.

3 Eine Übertretung und die Strafe für eine Übertretung verjähren in fünf Jahren.

4 In besonders leichten Fällen kann auf Strafanzeige, Strafverfolgung und Bestrafung verzichtet werden.

**Art. 68** Zuständigkeit und Verwaltungsstrafrecht

1 Die Verfolgung und Beurteilung strafbarer Handlungen sind Sache der Kantone.

2 Die Artikel 6, 7 (Widerhandlung in Geschäftsbetrieben) und 15 (Urkundenfälschung, Erschleichen einer falschen Beurkundung) des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes vom 22. März 1974 sind anwendbar.

[...]

Vgl. SR 101  
BB1 2002 29