

Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende

Ethische Erwägungen

Stellungnahme Nr. 19/2012

Bern, Oktober 2012

Kommissionsmitglieder:

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Otfried Höffe (*Präsident*), Dr. Ruth Baumann-Hölzle**, Prof. Dr. Annette Boehler*, Prof. Dr. Alberto Bondolfi*, Dr. Kurt Ebnetter-Fässler, Carlo Foppa, PhD, Prof. Dr. Olivier Guillod*, Dr. Bertrand Kiefer, Dr. Margrit Leuthold*, PD Dr. Jean Martin, Dr. Judit Pók Lundquist, Franziska Probst, lic. iur et lic. phil., Prof. Dr. François-Xavier Putallaz*, Maya Shaha, PhD, RN, Prof. Dr. Brigitte Tag

* Mitglied der vorbereitenden Arbeitsgruppe

** Vorsitz der vorbereitenden Arbeitsgruppe

Impressum

Herausgeberin: Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin NEK-CNE

Redaktion: Susanne Brauer, PhD

Produktionsleitung: Dr. Jean-Daniel Strub

Grafik und Layout: Künzle-Druck AG, John Huizing, Zürich

Bezugsadresse: www.nek-cne.ch oder Sekretariat NEK-CNE, c/o BAG, 3003 Bern

Kontakt: nek-cne@bag.admin.ch

Diese Stellungnahme ist in deutscher, französischer und italienischer Sprache erschienen. Unter www.nek-cne.ch ist sie in englischer Sprache verfügbar.
© 2012 Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, Bern
Abdruck unter Angabe der Quelle erwünscht.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	5
1 Besteht ein Anlass für einen Wechsel zur Widerspruchslösung?	6
2 Zu Frage 1: Ethische Bedenken zur Widerspruchslösung	7
2.1 Menschenwürde	7
2.2 Schutz der Persönlichkeit	8
2.3 Schutz der Gesundheit	10
2.4 Neutralitätsgebot des Staates mit Blick auf die Transplantationsmedizin	11
2.5 Organspende als altruistische Entscheidung der spendenden Person	11
3 Zu Frage 2: Ethische Gesichtspunkte bei einer Umsetzung der Widerspruchslösung	12
3.1 Information der Bevölkerung	12
3.2 Möglichkeiten der Widerspruchsäusserung (Register)	12
3.3 Rolle der Angehörigen	13
3.4 Situation des medizinischen Personals	13
3.5 Vorbereitende medizinische Massnahmen	14
3.6 Wissenschaftliche Begleitforschung	14
Literatur	15

Zusammenfassung

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2011 hat der damalige Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern, Bundesrat Didier Burkhalter, die Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE) gebeten, zu folgenden Fragen Stellung zu beziehen:

1. Gibt es ethische Bedenken gegenüber der Widerspruchslösung und somit bezüglich eines Wechsels zur Widerspruchslösung in der Schweiz?
2. Welche Punkte müssten aus ethischer Sicht bei der Umsetzung der Widerspruchslösung berücksichtigt werden? Zum Beispiel: Information der Bevölkerung, Möglichkeiten der Widerspruchsausserung (Register), Rolle der Angehörigen, Situation des medizinischen Personals, vorbereitende medizinische Massnahmen.

Grundsatzentscheide der Kommission

1. Da Unklarheiten bestehen, ob durch die Widerspruchslösung die Spenderzahlen in der Schweiz steigen, gleichbleiben oder gar fallen könnten, sieht die Kommission keinen Anlass, die Rechtsgrundlage in dieser Hinsicht zu ändern. Die Kommission lehnt einstimmig ab, einen Übergang zur Widerspruchslösung zu empfehlen.
2. Eine deutliche Mehrheit der Kommission lehnt die Widerspruchslösung aus grundsätzlichen ethischen Überlegungen ab, weil sie die Persönlichkeitsrechte tangiere. Die Widerspruchslösung müsste nämlich an eine Äusserungspflicht geknüpft werden, um zu garantieren, dass Organe nicht ohne Einwilligung entnommen werden. Eine solche Äusserungspflicht würde aber eine empfindliche Einschränkung des persönlichen Entscheidungsspielraumes bedeuten und den Bund dazu veranlassen, von seinem Neutralitätsprinzip bezüglich Organspende abzurücken.
3. Eine Minderheit der Kommission ist der Auffassung, dass die Widerspruchslösung aus ethischer Sicht grundsätzlich akzeptabel wäre, lehnt jedoch eine Änderung der Gesetzeslage unter den gegenwärtigen Bedingungen ab: Da nicht nachgewiesen werden kann, dass die Widerspruchslösung zu einer Erhöhung der Spenderrate führt, entfällt der Anlass zu einer Gesetzesänderung.
4. **Die Kommission empfiehlt dem Bund, seine Bemühungen und Ressourcen auf Massnahmen zur Erhöhung der Spenderzahl zu konzentrieren, die einen nachweislich positiven Effekt haben und ethisch unbedenklich sind.** Dazu zählen die Optimierung von Prozessen im Transplantationssystem und in den Spitälern, eine verbesserte Spenderidentifikation, die Weiterbildung des medizinischen Personals und die Professionalisierung des Gesprächs mit den Angehörigen, nicht zuletzt Informationskampagnen.

1 Besteht ein Anlass für einen Wechsel zur Widerspruchslösung?

Die Widerspruchslösung sieht vor, einer Leiche Organe entnehmen zu dürfen, wenn die betroffene Person zu Lebzeiten dagegen keinen Widerspruch erhoben hat. Die erneute politische Debatte um die rechtliche Autorisierung der Organentnahme ist von der Erwartung getragen, dass unter einer Widerspruchslösung die Zahl der Organspenden stiege. Nach Ansicht der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE) sollte ein Wechsel der rechtlichen Regelung nur dann zur Disposition gestellt werden, wenn sie tatsächlich nachweislich einen Anstieg der Spenderzahl oder eine andere Verbesserung im Transplantationssystem zur Folge hätte.

Ein Blick auf andere Länder kann diese Erwartung jedoch nicht bestätigen. Während in einigen Ländern die Spenderrate unter der Widerspruchslösung anstieg (z.B. Belgien¹), veränderte sich die Rate in anderen Ländern nicht (z.B. Schweden² und Singapur) oder sank sogar (z.B. Brasilien³; Dänemark⁴; Lettland⁵). Es sind allerdings auch Länder bekannt, in denen sich die Einführung der Zustimmungslösung mit einer Erhöhung der Spenderrate verband (Australien; USA).

Auch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtspraxis oftmals von der Rechtsgrundlage abweicht, so dass sich die Rechtspraktiken der Länder mit und ohne Widerspruchslösung wenig unterscheiden.⁶ Spanien gibt hierfür ein deutliches Beispiel: Obwohl Spanien unter der Widerspruchslösung das Land mit der höchsten Spenderzahl ist, werden Organe dennoch nur mit Zustimmung der Angehörigen entnommen.⁷

Statistisch gesehen findet sich zwar bei einer Mehrheit der Länder mit einer Variante der Widerspruchslösung eine höhere Spenderrate⁸ und eine höhere Bereitschaft zur Organspende als bei der Zustimmungslösung.⁹ Aufgrund des Zusammenspiels komplexer Faktoren kann jedoch in keinem Land die Erhöhung der Spenderzahl mit der Widerspruchslösung in einen eindeutigen Kausalzusammenhang gebracht werden.¹⁰ Denn deren Einführung wurde oftmals von anderen Massnahmen begleitet, die die Spenderrate nachweislich positiv beeinflussen.¹¹ Dazu gehören vor allem eine gute Aufklärung der Bevölkerung¹², eine Optimierung der Spitalprozesse und Logistik¹³, Transparenz und Vertrauenswürdigkeit der Strukturen¹⁴, eine gute Spenderidentifikation¹⁵ und die Schulung des medizinischen Personals.

Die Bedeutung der Vielzahl von Begleitmassnahmen belegt auch die Schweizer Transplantationsgeschichte. In den Kantonen Genf und Zürich hatte der Wechsel von einer Widerspruchslösung zu einer erweiterten Zustimmungslösung, die mit Einführung des Transplantationsgesetzes am 1. Juli 2007 bundesweit verbindlich wurde, keinen negativen Effekt auf die Spenderzahlen. Im Kanton Tessin, der bis vor kurzem gesamtschweizerisch die höchste Spenderzahl aufweisen konnte, galt bereits vor der Einführung des Transplantationsgesetzes die Zustimmungslösung. Die Zahl gespendeter Organe in der Schweiz ist demnach von vielfältigen Faktoren abhängig.

¹ Zink et al. 2005.

² Coppen et al. 2008.

³ Zink et al. 2005.

⁴ Zink et al. 2005.

⁵ Robson 2005.

⁶ Boyarsky et al. 2011;
Jannsen/Gevers 2005.

⁷ Manatschal/Thomann 2011.

⁸ Da Silva et al. 2007;
Horvat et al. 2010.

⁹ Mossialos et al. 2008.

¹⁰ Coppen et al. 2010; Healy 2005;
Simillis 2010; dagegen Abadie/
Gay 2006.

¹¹ Neades 2009, S. 274f.

¹² Siminoff et al. 2012.

¹³ Seiler et al. 2006.

¹⁴ European Commission/DG 2011.

¹⁵ Vgl. *Programme Latin de Don d'Organes* (PLDO); Swisstransplant 2010, S. 10; Manatschal/Thomann 2011, S. 35; Roels/Rahmel 2011, S. 362.

Ebenso gibt es auch in der Schweiz Hinweise dafür, dass die Spenderzahlen vor allem von der Zustimmungsrates der Angehörigen abhängen.¹⁶ Insofern wäre es für die Entwicklung der Spenderrate in der Schweiz bedenklich, wenn die Widerspruchslösung bei den Angehörigen Misstrauen und Ablehnung hervorrufen würde. Zudem haben jene kulturellen Einstellungen zur Organspende einen starken Einfluss auf die Bereitschaft zur Spende¹⁷, die in der Schweiz regional sehr verschieden sind.¹⁸

Fazit 1

Da die Widerspruchslösung die Spenderrate in der Schweiz nicht notwendigerweise steigen lässt, die Spenderrate sogar zurückgehen könnte, kommt die NEK-CNE zum Schluss, dass der Anlass zur Einführung der Widerspruchslösung entfällt. Schon aus diesem Grund ist eine Änderung des jetzigen Zustimmungsmodells aus Sicht der Kommission nicht zu empfehlen.

2 Zu Frage 1: Ethische Bedenken zur Widerspruchslösung

Eine Organentnahme ist rechtlich und ethisch zulässig, wenn die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Gesundheit nicht beeinträchtigt werden. Das Transplantationsgesetz (TxG) bezweckt den Schutz dieser Grundgüter.¹⁹ Ebenfalls sind von rechtlichem und ethischem Belang die Neutralität, die der Bund gegenüber der Transplantationsmedizin einnimmt, und die Auffassung der Organspende als altruistische Entscheidung der spendenden Person. **Vor diesem Hintergrund prüft die Kommission, ob grundsätzliche ethische Bedenken vorliegen, die die Widerspruchslösung auch bei einer Änderung der empirischen Sachlage, wie sie im vorangehenden Abschnitt angedeutet wurde, verbieten würde.**

2.1 Menschenwürde

In der Botschaft zum Transplantationsgesetz werden drei Aspekte der Menschenwürde genannt, die im Zusammenhang mit der Transplantation relevant sind. Die Menschenwürde muss erstens bei der Entnahme von Körperteilen und zweitens im Zusammenhang mit der Bestimmung des Todeszeitpunktes geachtet werden. Darüber hinaus ist drittens das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben zu respektieren.²⁰

Ob es zwischen der Widerspruchslösung und der Menschenwürde einen Konflikt gibt, entscheidet sich am Begriff der Menschenwürde, dessen Gehalt aber strittig ist. Allerdings scheint die Zustimmungslösung stärker

¹⁶ Dunkel 2011; Volz Wenger/Szucs 2010.

¹⁷ Wright 2007.

¹⁸ Schulz et al. 2006; Balthasar/Müller 2009.

¹⁹ Botschaft TxG, S. 132f.

²⁰ Botschaft TxG, S. 132.

als die Widerspruchslösung im Einklang mit der Menschenwürde zu stehen.

2.2 Schutz der Persönlichkeit

Laut der Botschaft zum Transplantationsgesetz kommen jeder Person kraft ihres Menschseins und ihrer Existenz Persönlichkeitsrechte zu.²¹ Im Kontext der Transplantation drückt sich der Respekt vor der Persönlichkeit vor allem als Schutz des Lebens, der körperlichen und geistigen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung aus. Die Persönlichkeitsrechte erstrecken sich in gewissen Hinsichten auch auf den toten Körper, obwohl die Leiche von Rechts wegen keine Person ist. So dürfen Teile einer Leiche nicht wider den Willen der berechtigten Person entnommen werden (Art. 262 Ziff. 2 StGB). Die Schutzwürdigkeit der Leiche hängt damit zusammen, dass das Andenken an die Person und die damit verbundenen Pietätsgefühle vor allem der Angehörigen, aber auch der Gesellschaft gegenüber dem Verstorbenen zu respektieren sind. Ein solcher Respekt bedingt aber nicht notwendigerweise die Intaktheit des toten Körpers. Für die Kommission stellt sich die Frage, ob durch eine Widerspruchslösung die Persönlichkeitsrechte, vor allem mit Blick auf die Selbstbestimmung, tangiert werden.

Als Argument *für* die Widerspruchslösung wird ins Feld geführt, dass unter der jetzigen Zustimmungslösung die nicht geäusserten Wünsche der spendebereiten Personen nicht hinreichend berücksichtigt werden. Angeblich zeigen Bevölkerungsumfragen, dass die bekundete Spendebereitschaft die tatsächliche Anzahl von Spenderausweisen weit übertrifft.²² Wenn Menschen also keine Organe entnommen werden, handle man entgegen ihren nicht geäusserten Wünschen. Nach Ansicht der Kommission ist dieses Argument aber nicht stichhaltig, weil es in der Verantwortung einer spendewilligen Person liegt dafür zu sorgen, dass ihr Wille bekannt ist und damit wirksam wird. Diese Verantwortung macht gerade einen Kernbereich ihrer Persönlichkeit und ihrer individuellen Entscheidungsfreiheit aus. **Der Verweis, statistisch gesehen bestünde eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass eine Person zu ihren Lebzeiten eine Organspende gewollt hätte, kann das Persönlichkeitsrecht, selbst über die Organentnahme zu entscheiden, weder übertrumpfen noch die Pflicht anderer aufheben, dieses Persönlichkeitsrecht zu respektieren.**

Auch Fürsprecher einer Widerspruchslösung müssten dieser Argumentation folgen, solange sie die Organentnahme auf eine Form der Einwilligung abstützen wollen. Ihrer Ansicht nach ist das Schweigen, d.h. der fehlende Widerspruch gegen eine Organentnahme, eine ausreichende Form der Einwilligung. Die Kommission meldet hierzu Bedenken an, weil ein Schweigen, falls überhaupt, nur dann als eine Form der Zustimmung gewertet werden kann, wenn es als solche erkennbar ist. **Die Einwilligung in die Organspende sollte also nicht nur *vermutet* werden, sondern muss *tatsächlich* vorliegen.**

Ein Urteil des Bundesgerichtes folgt der Sache nach dieser Argumentation. Es hält fest, dass ein Schweigen nur unter bestimmten Bedingungen

²¹ Botschaft TxG, S. 132.

²² Balthasar/Müller 2009.

als Einwilligung zur Organentnahme gelten kann, nämlich dann, wenn regelmässig allen Bevölkerungskreisen die relevanten Informationen zur Regelung der Organentnahme zukommen und zusätzlich sichergestellt ist, dass die Personen diese Regelung verstanden haben.²³ Ebenfalls muss ihnen die Möglichkeit der Kontrolle gegeben werden, ihren Widerspruch zu äussern, zu dokumentieren und jederzeit auch wieder zu ändern. Das Bundesgericht bindet damit die Widerspruchslösung an eine Informationspflicht. Auch das Zusatzprotokoll zur Biomedizin-Konvention über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe, das seit dem 1. März 2010 in der Schweiz in Kraft ist, schreibt eine Informationspflicht gegenüber organspendenden und organempfangenden Personen, dem medizinischen Personal und der Öffentlichkeit vor.²⁴

Eine blosser Informationspflicht reicht in den Augen der Kommission aber nicht aus. Denn wenn keine Aussage zur Organspende vorliegt, könnte dies auch bedeuten, dass der Wille einer Person einfach nicht bekannt ist. Unter der Widerspruchslösung kann aber ein Schweigen sowohl eine Einwilligung in die Organentnahme als auch eine fehlende Willensäusserung bedeuten. **Diese Zweideutigkeit des Schweigens und die damit verbundene Unsicherheit, ob die Person mit einer Organspende einverstanden ist, müsste beseitigt werden, damit Menschen nicht ohne ihr Einverständnis Organe entnommen und damit ihre Persönlichkeitsrechte verletzt werden.** Als einziger Weg wäre eine Äusserungspflicht denkbar, unter der jede Person verpflichtet wird, sich zu ihrem Willen zur Organspende zu äussern.

Eine solche Äusserungspflicht hat jedoch Konsequenzen, die in den Augen der Kommission **ethisch bedenklich** sind. *Erstens* ist es bei einer Äusserungspflicht nicht mehr möglich, dass sich jemand *nicht* mit dem Thema Organspende befasst. Die Auseinandersetzung mit dem Thema Organspende geschieht hier unfreiwillig. Die Kommission hält jedoch eine Beschäftigung mit dem Thema Organspende für eine private Entscheidung; der Staat sollte hier seine Neutralität wahren (siehe unten Abschnitt 2.4). *Zweitens* müsste geregelt werden, was bei einer bestehenden Äusserungspflicht im Falle einer Nichtäusserung geschehen solle. Eine Nichtäusserung zu bestrafen ist in den Augen der Kommission eine bizarre Vorstellung, hingegen wäre eine Organentnahme bei einer Nichtäusserung ein Verstoß gegen Persönlichkeitsrechte. *Drittens* sieht die Kommission im Bereich der Organspende eine Freiheit, sich nicht dazu zu äussern. *Viertens* wären durchaus gute Gründe für eine Nichtäusserung denkbar, zum Beispiel, dass die betroffene Person im Falle ihres Widerspruchs Nachteile in der medizinischen Behandlung befürchtet, weil man ihr Verhalten für unmoralisch und unsolidarisch halten könnte. *Fünftens* würde die praktische Umsetzung einer Äusserungspflicht einen grossen Aufwand bedeuten und Ressourcen binden, die anderweitig für effektive Massnahmen zur Erhöhung der Spenderraten eingesetzt werden könnten. *Sechstens* wäre fraglich, wie die Schweizer Bevölkerung auf eine Äusserungspflicht reagieren würde. Unter Umständen könnte das Vertrauen in die Transplantationsmedizin beeinträchtigt werden. *Siebtens* würde eine Verknüpfung der Widerspruchs-

²³ BGE 123 I 112.

²⁴ Zusatzprotokoll zur Biomedizin-Konvention über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe, Präambel, Art. 5 und 8.

lösung mit einer Äusserungspflicht dazu führen, dass die Meinung der Angehörigen rechtlich bedeutungslos würde, weil der Wille der betroffenen Person stets bekannt wäre. Nur ein Vetorecht der Angehörigen, wie es damals im Kanton Genf unter der Widerspruchslösung existierte, könnte dies verhindern. **Nach Meinung der Kommission ist ein Vetorecht der Angehörigen jedoch abzulehnen**, weil damit die Subsidiarität des Willens der Angehörigen gegenüber dem Willen der betroffenen Person ausgehebelt würde. Eine Rücksichtnahme auf die Pietätsgefühle der Angehörigen würde sich unter der Widerspruchslösung beispielsweise darauf beschränken, die Abwesenheitszeit der Leiche zu minimieren oder die Leiche würdig zu gestalten.

Fazit 2

Die Kommission ist davon überzeugt, dass Organe nicht ohne Einverständnis der spendenden Person oder – subsidiär und unter Beachtung ihres mutmasslichen Willens – ihrer nächsten Angehörigen entnommen werden dürfen. Die Widerspruchslösung dagegen gefährdet die Persönlichkeitsrechte. Denn sie kann dazu führen, dass Personen ohne das erforderliche Einverständnis Organe entnommen werden. Ein Schweigen kann nur unter der Voraussetzung einer Äusserungspflicht als eine implizite Form des Einverständnisses gewertet werden. Eine solche Äusserungspflicht lehnt die Kommission jedoch aus Gründen der persönlichen Freiheit ab. Die Kommission betont, dass sowohl die Unterlassung einer Spende aus Zweifel oder aus Nichtwissen, ob die Person zugestimmt hätte, als auch die jetzige Zustimmungslösung keine Persönlichkeitsrechte verletzen.

2.3 Schutz der Gesundheit

Der in der Botschaft zum Transplantationsgesetz erwähnte «Schutz der Gesundheit»²⁵ betrifft hauptsächlich die organempfangende Person. Durch die Transplantation dürfen ihr keine gesundheitlichen Risiken (z.B. eine Infektion) entstehen. Stattdessen sollte sie der Lebensverlängerung und der Steigerung der Lebensqualität dienen. Der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeitsrechte und der Gesundheit im weiteren Sinn erstreckt sich auch auf das medizinische Personal und die Angehörigen. Aus diesem Grund wäre zu prüfen, ob deren Grundrechte durch die Unsicherheiten, die die Widerspruchslösung in sich birgt, berührt werden. **Gerade für die Angehörigen, aber auch für das medizinische Personal könnte es sehr belastend sein, wenn eine Organentnahme trotz Zweifel an ihrer Legitimität durchgeführt würde.**

²⁵ Botschaft TxG, S. 133.

2.4 Neutralitätsgebot des Staates mit Blick auf die Transplantationsmedizin

Der Bund pflegt hinsichtlich der Organspende ein Neutralitätsprinzip, dem zufolge die Organspende zwar zu regeln und über sie zu informieren, sie aber nicht zu fördern und jeder individuelle Entscheid zu respektieren ist. Mit dem Inkrafttreten des Zusatzprotokolls der Biomedizin-Konvention über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe hat sich der Bund nun aber verpflichtet, auf eine Erhöhung der Spenderzahlen hinzuwirken.²⁶ Unabhängig von ihrem tatsächlichen Einfluss auf die Spenderzahlen kann die Widerspruchslösung als eine Massnahme zur Förderung der Organspende verstanden werden, weil unter dieser Regelung die Organentnahme zum «Standard» erhoben wird, dem man sich nur durch Widerspruch widersetzen könnte. Mit der Widerspruchslösung würde der Bund also von dem bislang gepflegten Neutralitätsprinzip abrücken.

Diese Positionsänderung käme zwar jenen Stimmen in der Schweiz entgegen, die im Organmangel ein öffentliches Gesundheitsproblem sehen, dem der Bund mit Fördermassnahmen zu begegnen habe. Ihnen zufolge solle der Bund zukünftig stärker im Interesse derjenigen Patientinnen und Patienten handeln, die ein Organ zur Lebensverlängerung oder zur Steigerung ihrer Lebensqualität brauchen, um damit seiner verfassungsrechtlich verankerten Aufgabe und Pflicht, das Leben zu schützen, besser nachzukommen.²⁷ Die Kommission ist jedoch der Ansicht, dass gegenüber einem gesundheitspolitischen Interesse an Transplantation das Persönlichkeitsrecht des Menschen, auch über seinen Tod hinaus über seinen Körper verfügen zu dürfen, schwerer wiegt. Denn niemand kann einen Anspruch auf sogenannte «verlorene Organe» eines anderen Menschen erheben. **Die Kommission empfiehlt dem Bund, überall dort seinem Neutralitätsprinzip treu zu bleiben, wo Persönlichkeitsrechte verletzt werden.**

2.5 Organspende als altruistische Entscheidung der spendenden Person

Die Organspende lässt sich zwar als Ausdruck einer zwischenmenschlichen Solidarität verstehen, die staatliche Unterstützung verdient. Aus Gründen der persönlichen Freiheit können Menschen jedoch nicht dazu *verpflichtet* werden, ihre Organe zu spenden. Entgegen manchen Befürwortern der Widerspruchsregelung sieht die Kommission keine moralische Pflicht zu einer Organspende, selbst dann nicht, wenn man für sich selbst Organe in Anspruch nehmen möchte. Die Logik der *Organspende* sollte nicht einer Logik des *Organtausches* weichen.

Folglich empfiehlt die Kommission, dass sich die Aktivitäten des Bundes darauf beschränken, eine **«Kultur der Gabe» zu ermöglichen** und somit wichtige Motive für die Organspende, Solidarität und Altruismus, zu stärken.²⁸ Unter der Widerspruchslösung wäre eine solche «Kultur der Gabe» jedoch schwieriger zu pflegen.

²⁶ Zusatzprotokoll der Biomedizin-Konvention über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe, Präambel und Art. 19

²⁷ Art. 10 Bundesverfassung.

²⁸ Rithalia et al. 2009, S. 3.

3 Zu Frage 2: Ethische Gesichtspunkte bei einer Umsetzung der Widerspruchslösung

3.1 Information der Bevölkerung

Die Kommission geht davon aus, dass zum Schutz der Persönlichkeitsrechte niemandem ohne seine Einwilligung Organe entnommen werden dürfen. Dieser Schutz muss auch unter einer Widerspruchslösung gewährleistet sein. Voraussetzung dafür ist, dass jeder Mensch in der Schweiz, der potenziell als Organspender in Frage kommt, über die rechtliche Regelung informiert ist und diese ausreichend verstanden hat, ferner er die Möglichkeit besitzt, seinen Widerspruch zu äussern und dokumentieren zu lassen sowie seinen Willen fortlaufend zu ändern. Es ist sicherzustellen, dass niemand aufgrund seiner Sprach- und Lesekompetenz, seines Bildungsstandes, seines sozio-ökonomischen Status und seines Gesundheitszustandes in seinem Verständnis beeinträchtigt wird, dass sein Schweigen als ein Einverständnis zur Organspende verstanden wird. Entsprechend wäre die Information über die Widerspruchslösung seitens der öffentlichen Hand aufwendig zu gestalten. Die Kommission betont, dass allein eine Äusserungspflicht die Ungewissheit nehmen könnte, ob das Schweigen als Zustimmung zur Organspende zu werten ist. Jedoch rät die Kommission aus Gründen der persönlichen Freiheit von einer Äusserungspflicht ab (siehe oben Abschnitt 2.2).

3.2 Möglichkeiten der Widerspruchsäusserung (Register)

Unter einer Widerspruchsregelung müssten Spitäler zuverlässig und fortlaufend auf die *aktuelle* Willensäusserung des potentiellen Organspenders zugreifen können. Es ist zu klären, in wessen Verantwortung die Dokumentation des Willens liegt und wieweit diese Verantwortung reicht. Muss die öffentliche Hand lediglich die Möglichkeit einer Willensdokumentation, z.B. in Form eines Registers, zur Verfügung stellen, oder muss sie auch sicherstellen, dass jeder seinen Widerspruch tatsächlich geäussert hat, der keine Organentnahme wünscht? Insofern eine Organentnahme ohne Einwilligung eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten darstellt, bestünde nach Ansicht der Kommission eine Pflicht des Staates, sowohl die Möglichkeit der Willensdokumentation bereitzustellen als auch sicherzustellen, dass diese Möglichkeit genutzt wird. Wenn man von einer Äusserungspflicht absehen möchte, müsste zudem entschieden werden, ob die Informationen im Register verbindlich sind oder aber durch einen «mutmasslichen Willen» der betroffenen Person korrigiert werden dürften. Letztere Variante hätte wiederum eine zu starke Einflussnahme der Angehörigen zur Folge.

Bei Errichtung eines Registers wäre ebenfalls zu klären, wer Einträge vornehmen dürfte (Datenkontrolle) und wer Zugang zu den Informationen im Register besäße (Datenschutz, Datensicherheit). Ebenfalls wäre sicherzustellen, dass der Eintrag gültig ist (Datenaktualität) und der richtigen organspendenden Person zugeordnet wird (Identitätssicherheit). Nicht zuletzt wäre die öffentliche Hand dafür verantwortlich, eine soziale Stigma-

tisierung derjenigen Personen zu verhindern, die sich gegen eine Spende aussprechen und damit als «unsolidarisch» gelten könnten. Der Zugang zu Daten wäre in dieser Hinsicht sorgfältig zu regeln.

3.3 Rolle der Angehörigen

Die Angehörigen spielen im Recht allein bei einer Variante der erweiterten Widerspruchslösung eine Rolle. Sie hätten die Aufgabe, über eine Organspende zu entscheiden, wenn der Wille der betroffenen Person nicht bekannt ist. Folgt man der Empfehlung der Kommission und verzichtet man auf eine Äusserungspflicht, ergibt sich unter der Widerspruchsregelung ein besonderes Problem: Weil jeder fehlende Widerspruch nicht nur als Zustimmung zur Organspende, sondern auch als Nichtäusserung bzw. Unkenntnis über den Willen der betroffenen Person gedeutet werden kann, müssten routinemässig die Angehörigen hinzugezogen werden. Damit würden aber die Angehörigen massiv an Einfluss gewinnen. **In Folge wäre der vom Prinzip der Subsidiarität geforderte Vorrang des Willens der betroffenen Person vor dem Willen der Angehörigen nicht mehr garantiert. Dies bedeutete eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechtes.**

In der Forschungsliteratur finden sich Hinweise, dass die Ablehnungsrate der Angehörigen unter einer Widerspruchslösung sinkt²⁹, weil die Anfrage an die Angehörigen leichter zu formulieren ist, wenn die Organentnahme dem «Regelfall» entspricht. Die Angehörigen könnten aber auch verunsichert sein, ob die Person unter Umständen vergessen hat, Widerspruch einzulegen. Ebenfalls gibt es Hinweise, dass eine Standardisierung der Organentnahme die Angehörigen belasten oder sogar traumatisieren könnte, während eine Organspende die Trauerarbeit erleichtern könnte.³⁰ Ein Verweis auf gesetzliche Regelungen könnte zudem Widerstand bei den Angehörigen hervorrufen, wenn die Widerspruchslösung gesellschaftlich nicht akzeptiert wird. Für eine Einwilligung der Angehörigen ist das Vertrauen in das Transplantationssystem ein entscheidender Faktor, der durch transparente Entscheide und die Zuversicht gestärkt wird, es werde alles für das Patientenwohl getan. Hier ist zu einer professionellen Gesprächsführung durch speziell ausgebildetes, nicht behandelndes medizinisches Personal zu raten sowie zu einer Sensibilität für den angemessenen Zeitpunkt der Anfrage für eine Organspende (zeitliche Trennung von der Todesmitteilung), die Formulierung der Anfrage sowie die Umstände, unter denen das Gespräch stattfindet. Mit Blick auf die oben erwähnten Mentalitätsunterschiede in der Schweiz ist eine kultursensitive Gesprächsführung zu empfehlen.

3.4 Situation des medizinischen Personals

Die Kommission sieht in diesem Punkt keinen Diskussionsbedarf, der über die Bedenken, die in Abschnitt 2.3 genannt sind, hinausgeht.

²⁹ Delriviere/Boronovskis 2011.

³⁰ Rodriguez-Arias Vailhen 2009.

3.5 Vorbereitende medizinische Massnahmen

Die medizinischen Massnahmen, die zur Vorbereitung einer Transplantation getroffen werden, bedürfen einer Einwilligung der betroffenen Person, die zwar noch lebt, aber bereits urteilsunfähig ist. Nach Ansicht einer Kommissionsminderheit kann diese Einwilligung nur von der betroffenen Person selbst durch eine Vorausverfügung gegeben werden, nicht aber durch deren Angehörige.³¹ Die Kommission ist sich einig, dass eine Einwilligung in die vorbereitenden medizinischen Massnahmen in jedem Fall eindeutig und klar sein sollte. Die Widerspruchsregelung, die durch die Ambiguität gekennzeichnet ist, dass ein Schweigen auch eine fehlende Willensäusserung bedeuten kann, eignet sich daher nicht als eine Form der Einwilligung bei urteilsunfähigen Personen.

3.6 Wissenschaftliche Begleitforschung

Würde sich der Gesetzgeber für einen Wechsel zur Widerspruchslösung entscheiden, empfiehlt die Kommission eine wissenschaftliche Begleitforschung, um die Folgen der rechtlichen Regelung analysieren und eventuell Steuerungsmassnahmen frühzeitig ergreifen zu können.

³¹ Vgl. Vernehmlassungsantwort der Kommission zur Teilrevision des Transplantationsgesetzes vom 15. September 2011, verfügbar unter www.nek-cne.ch.

Literatur

Zitierte Literatur

- Abadie, A./Gay, S. (2006): «Impact of presumed consent legislation – A cross country study», in: *Journal of Health Economics* 25, 599-620.
- Balthasar, A./Müller, F. (2009): «Auswertungen ausgewählter Daten der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2007 zum Bereich Transplantation», Bericht im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit.
- Boyarsky, B.J. et al. (2011): «Limited Impact of Presumed Consent Legislation on Deceased Donation Rates», in: *American Journal of Transplantation* 1, 87-88.
- Coppen, R. et al. (2008): «The impact of donor policies in Europe: a steady increase, but not everywhere», *BMC Health Services Research*, <http://www.biomedcentral.com/1472-6963/8/235> (20.3.2012).
- Coppen, R. et al. (2010): «The potential of legislation on organ donation to increase the supply of donor organs», in: *Health Policy* 98 (2-3), 164-170.
- Da Silva, E.N. et al. (2007): «The Impact of presumed consent on organ donation: an empirical analysis from quantile regression for longitudinal data», in: *Area 11 – Economica Social e Demografia Economica*, 1-15.
- Delriviere, L./Boronovskis, H. (2011): «Adopting an opt-out registration system for organ and tissue donation in Western Australia. A Discussion Paper», verfügbar unter: [http://www.parliament.wa.gov.au/publications/tailedpapers.nsf/displaypaper/3813336a792bbc8b9d40d54248257896000a9a44/\\$file/3336.pdf](http://www.parliament.wa.gov.au/publications/tailedpapers.nsf/displaypaper/3813336a792bbc8b9d40d54248257896000a9a44/$file/3336.pdf) (5.3.2012).
- Dunkel, A. (2011): *Micro-cultural differences in Switzerland: The effectiveness of targeted promotional messages in the field of organ donation*, Lugano (PhD dissertation) <http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,40,6,20120604103525-HQ/2011COM006.pdf>.
- European Commission & D.G. Sanco (2011): «Key facts and figures on EU organ donation and transplantation», http://ec.europa.eu/health/ph_threats/human_substance/oc_organs/docs/fact_figures.pdf (20.3.2012).
- Healy, K. (2005): «The political economy of presumed consent», verfügbar unter: <http://escholarship.org/uc/item/33x4463s;jsessionid=521FF64D-8288D16E5D8A635029692270> (5.3.2012)
- Horvart, L.D. et al. (2010): «Informing the Debate: rates of Kidney Transplantation in Nations With Presumed Consent», in: *Annals of Internal Medicine* 153 (10), 641-649; W214-W216.

- Jannsen, A./Gevers, S. (2005): «Explicit or presumed consent and organ donation post-mortem: does it matter?», in: *Med Law* 24, 575-583.
- Manatschal, A./Thomann, E. (2011): *Vergleich des Organspendewesens in der Schweiz und Spanien*. Bern: Bundesamt für Gesundheit.
- Mossialos, E. et al. (2008): «Does organ donation legislation affect individuals' willingness to donate their own or their relative's organs? Evidence from European Union survey data», in: *BMC Health Services Research* 8 (48), 1-10.
- Neades, B.L. (2009): «Presumed Consent to Organ Donation in Three European Countries», in: *Nursing Ethics* 16 (3), 267-282.
- Rithalia, A. et al. (2009): «A systematic review of presumed consent systems for deceased organ donation», in: *Health Technology Assessment* 13 (26) doi: 10.3310/hta13260.
- Robson, K. (2005): «Systems of presumed consent for organ donation – experiences internationally», <http://www.scottish.parliament.uk/business/research/briefings-05/SB05-82.pdf> (5.3.2012).
- Rodriguez-Arias Vailhen, D. (2009): «Discussion sur le consentement présumé ou explicite pour le don d'organes», [http://infodoc.inserm.fr/inserm/ethique.nsf/f812af09a0a47338c1257153004fa70e/4156f484561026bfc1257593004c9ad0/\\$FILE/Dossier.pdf](http://infodoc.inserm.fr/inserm/ethique.nsf/f812af09a0a47338c1257153004fa70e/4156f484561026bfc1257593004c9ad0/$FILE/Dossier.pdf) (5.3.2012).
- Roels, L./Rahmel, A. (2011): «The European experience», in: *Transplant International* 24, 350-367.
- Schulz, P.J. et al. (2006): «More than nation and knowledge: Cultural micro-diversity and organ donation in Switzerland», in: *Patient Education and Counseling* 64, 294-302.
- Schweizerischer Bundesrat (2001): *Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen*, BBl 2002 29ff.
- Seiler, C.A. et al. (2006): «Abnehmende Organspendebereitschaft als nationales Problem: Im Engagement liegt der Lösungsansatz», in: *Schweizerische Ärztezeitung* 86 (4), 143-150.
- Simillis, C. (2010): «Do we need to change the legislation to a system of presumed consent to address organ shortage?», in: *Medicine, Science and the Law* 50, 84-94.
- Siminoff, L.A. et al. (2001): «Factors influencing families' consent for donation of solid organs for transplantation», *JAMA* 286, 71-77.
- Swisstransplant (2010): *Jahresbericht*. Bern: Schweizerische Nationale Stiftung für Organspende und Transplantation.

Volz Wenger, A./Szucs, T.D. (2010): «Predictors of family communication of one's organ donation intention in Switzerland», in: *International Journal of Public Health* 56, 217-223.

Wright, L. (2007): «Is presumed consent the answer to organ shortages? No», in: *BMJ* 334, 1089.

Zink, S. et al. (2005): «Presumed vs. Expressed consent in the US and Internationally», in: *Ethics Journal of the American Medical Association* 7 (9), <http://virtualmentor.ama-assn.org/2005/09/pfor2-0509.html> (20.3.2012).

Weiterführende Literatur

Breitschmid, P. (2003): «Wenn Organe Sachen wären... – Einige unorthodoxe Überlegungen zu einer noch zu diskutierenden Frage», in: Honsell, H. et al. (Hg.): *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey*, Basel: Schulthess, 13-18.

Breitschmid, P./Matt, I. (2011): «Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge», in: *Successio* 2, 82-105.

Civaner, M. et al. (2009): «Why would opt-out system for organ procurement be fairer?», in: *Synthesis Philosophica* 50 (2), 367-376.

Den Hartogh G. (2011a): «In the best interests of the deceased: a possible justification for organ removal without consent?», in: *Theor Med Bioeth* 32 (4), 259-269.

Den Hartogh, G. (2011b): «Tacitly consenting to donate one's organs», in: *Journal of Medical Ethics*, doi:10.1136/jme.2010.038463.

De Wispelaere, J. (2011): «Tacitly opting out of organ donation: too presumptuous after all?», in: *Journal of Medical Ethics*, doi:10.1136/me-dethics-2011-100252.

English, V. (2007): «Is presumed consent the answer to organ shortages?», in: *BMJ* 26 (334), 1088.

Gill, M. (2004): «Presumed Consent, Autonomy, and Organ Donation», in: *Journal of Medicine and Philosophy* 29 (1), 37-59.

Mader, M. (2011): *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense. Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes ?* Bâle: Helbing Lichtenhahn.

Nelson, J.L. (2011): «Internal organs, integral selves, and good communities: opt-out organ procurement policies and the 'separateness of persons'», in: *Theor Med Bioeth* 32 (5), 289-300.

- Pfister, E. (2010): «Postmortale Organspende: es spricht mehr für die Zustimmungslösung als für die Widerspruchslösung», in: *Bioethica Forum* 3 (2), 68-69.
- Sauders, B. (2012): «Opt-out organ donation without presumptions», in: *Journal for Medical Ethics* 38, 69-72.
- Verheijde, J.L. et al. (2009): «Enforcement of presumed-consent policy and willingness to donate organs as identified in the European Union Survey: the role of legislation in reinforcing ideology in pluralistic societies», in: *Health Policy* 90 (1), 26-31.
- Wilkinson, T.M. (2011): «Opt-out organ procurement and tacit consent», in: *Journal of Medical Ethics*, doi:10.1136/medethics.2011.100225.
- Wittwer, C./Breitschmid, P. (2010): «Entwicklungen im Transplantationsrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts», in: *Jusletter*, 22. November 2010.

