

# Meine Niere, deine Niere, keine Niere

## *Making Choices* in der Nierenallokation

### von Hartmut Kliemt

*Hartmut Kliemt ist Professor für Philosophie an der Gerhard-Mercator-Universität Gesamthochschule Duisburg. Er arbeitet sowohl an normativ-ethischen als auch an methodologischen Fragen, wie sie sich insbesondere in der interdisziplinären Verbindung von Ökonomik und Philosophie finden. Seine Hauptarbeitsgebiete sind Anwendungen elementarer spieltheoretischer Modellierungen auf grundsätzliche politik- und sozialphilosophische Fragen, konstitutionelle politische Ökonomik, Medizin- und Bioethik sowie Methodologie der sogenannten praktischen Wissenschaften, insbesondere Wirtschaftswissenschaft, Rechtswissenschaft und Medizin.*

#### 1. Einleitung und Überblick

In der Transplantationsmedizin werden Organe von Leichenspendern unter Vernachlässigung ›testamentarischer‹ Verfügungen der Spender als Gemeineigentum behandelt, während die Lebendspende von Organen gesetzlich auf bestimmte Empfänger und Spendenformen eingeschränkt wird. Die heutige Regelung der Lebendspende kann man hinnehmen, die der Leichenspende erscheint hingegen in hohem Maße als reformbedürftig. Einige Inkohärenzen in der gegenwärtigen Regelung der Leichenspende werde ich im weiteren darlegen (2.), um dann auf gewisse Möglichkeiten zur Verbesserung bestehender Praktiken ebenso einzugehen (3.) wie darauf, was die im Forschungsjahr 1999/2000 am ZiF versammelte Forschungsgruppe an Verbesserungsvorschlägen beitragen kann (4.). Eine kurze Betrachtung zur Erwünschtheit allmählicher institutioneller Evolution im Gegensatz zu unvermitteltem institutionellem Wandel bildet den Abschluß (5.).

#### 2. Postmortale Hilfe und Selbstbestimmung

In einer deutschen Zeitschrift erschien vor einigen Jahren einmal eine Karikatur, auf der man eine Gans bei der Abfassung ihres Testaments beobachten konnte. Die Gans hat einen Gänsekiel in der Hand, mit dem sie ihr Testament schreibt. Der Inhalt des Testaments ist: »... und meine Leber hinterlasse ich Wolfram Siebeck«.

Wollten Sie verfügen, daß eine Ihrer Nieren Ihrem nierenkranken Cousin im Falle Ihres eigenen Todes als Transplantat zukommen solle, so würde dies keine Beachtung finden. Solange Sie leben, können Sie zwar als Lebendspender die Übertragung einer Ihrer Nieren an den Ihnen nahestehenden Cousin verfügen und diese Verfügung auch nach deutscher Rechtslage realisieren, doch eine entsprechende postmortale Verfügung wird von unseren Institutionen der Organtransplantation nicht respektiert. Wenn Sie als Lebendspender der Transplantation einer Ihrer Nieren auf einen Verwandten zugestimmt haben und bei der Extransplantation Ihres Organs auf dem Operationstisch verstürben, dürfte das Organ strenggenommen nicht mehr Ihrem Willen entsprechend übertragen werden. Es wäre – falls man die Bereitschaft zur Leichenspende annimmt – wie jedes andere Organ eines Leichenspenders unabhängig von den zu Lebzeiten getroffenen Übertragungsverfügungen zu verteilen (dieses Beispiel verdanke ich Gundolf Gubernatis). Das ist einigermaßen absurd, doch bei weitem nicht die einzige Absurdität der durch das neue Transplantationsgesetz ohne Not herbeigeführten Rechtslage.

##### 2. 1. Die Zumutbarkeit der postmortalen Hilfe

Die heutige Rechtslage wird anscheinend plausibler, wenn man davon ausgeht, daß mit dem Tode alle Eigentumsrechte des vorherigen Trägers erlöschen. Es gibt kein Rechtssubjekt mehr, das Träger der betreffenden Rechte sein könnte. Der hirntote potentielle Spender ist als Toter zu betrachten und hat daher selbst weder Eigentumsrechte noch andauernde persönliche Interessen an seinen Organen. Diese Logik führt allerdings unweigerlich weiter. Wenn es keinen Eigentümer der Organe mehr gibt und der bisherige Eigentümer als Träger von Interessen und Rechten ausscheidet, warum dann überhaupt irgendwelche dem Tode vorausgehende Verfügungen postmortal respektieren? Hat ein Individuum ausdrücklich der Organentnahme für den Fall des eigenen Todes widersprochen, so sollte man diesen Widerspruch postmortal ebenfalls nicht berücksichtigen, falls dem starke Interessen noch lebender Individuen entgegenstehen. Selbst wenn man ein gewisses postmortal wirkendes Persönlichkeitsrecht unterstellt, muß doch sicherlich dieses Recht im Konflikt mit dem fundamentalen Interesse des noch lebenden anderen Individuums zurücktreten.

Wer die Zumutbarkeit der Hilfe in § 330c StGB (»Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten ... ist«) akzeptiert, der sollte auch die Nothilfe im Falle der postmortalen Organentnahme für zumutbar halten. Es läge für

jeden Anhänger einer Regelung wie § 330c StGB sehr nahe, eine Art ›Nothilfe-Lösung‹ für die Organtransplantation zu favorisieren.

Die Nothilfe-Lösung, nach der das Überlebensinteresse des noch lebenden gegenüber dem Interesse des bereits verstorbenen Individuums Vorrang hat, wurde in Deutschland in jüngerer Zeit vor allem von dem führenden Bio-Ethiker Norbert Hoerster mit sehr starken Argumenten vertreten (vgl. Hoerster 1997); wobei er sich unter anderem auf die den § 330c StGB tragenden rechtspolitischen Gründen für die Zumutbarkeit der Hilfeleistung stützen konnte. Eine Nothilfe-Lösung wird jedoch – soweit mir bekannt – nur in Bulgarien und Estland praktiziert. Ich bin zwar entschieden gegen eine solche Lösung, aber können es die Anhänger des § 330c StGB sein?

Bis zum Jahre 1935 galt im deutschen Recht eine Vorschrift (letztlich aus dem Art. Nr. 12 des *Code Pénal* von 1810 abgeleitet; vgl. dazu und zum folgenden ausführlich die ausgezeichnete Arbeit Frellesen 1980, 98 ff.), die die Unterlassung von Hilfsaktionen zugunsten anderer unter Strafe stellte, sofern der Bürger dazu behördlich (»polizeilich«) aufgefordert worden war. Die Weigerung, einer derartigen Anordnung in einer Notsituation nachzukommen, war der (eher obrigkeitstaatlich motivierte) Grund der Strafe. Der ursprüngliche im Jahre 1935 eingeführte § 330c StGB forderte hingegen Hilfe vom Bürger dann, wenn »dies nach gesundem Volksempfinden seine Pflicht« ist. Das bundesdeutsche Strafrecht spricht seit der Reform des § 330c StGB im Jahre 1953 nicht mehr vom Volksempfinden. Rechtspolitisch geht es nicht um die von dem auch noch nach dem Kriege einflußreichen Strafrechtswissenschaftler Erik Wolf propagierte »restlose Inpflichtnahme jedes einzelnen für die Volksgemeinschaft« (Wolf 1935, 348), sondern nur um eine Hilfe in Not, wenn die Hilfeleistung »zumutbar« ist. Aber ein gewisser kommunitaristischer Unterton ist durchaus geblieben.

Zumutbarkeit ist zwar ein unbestimmter Rechtsbegriff. Geht man aber nach den übrigen in unserem »sozialen Rechtsstaat« angewandten Maßstäben für das aus, was als zumutbar angesehen wird, dann sollte die Leichenspende zur Rettung eines anderen Lebens oder zur fundamentalen Verbesserung der Lebensqualität eines kranken Mitbürgers durchaus als »zumutbar« angesehen werden. Nach bestehender Rechtslage wird dennoch verlangt, daß Organe nur bei Vorliegen früherer Zustimmung des Verstorbenen entnommen werden dürfen bzw. falls ihm nahestehende andere bestätigen, daß eine Entnahme dem Willen des Verstorbenen entspricht. Da selbst bei Vorliegen der Zustimmung gegen den Willen der Angehörigen nicht entnommen wird, haben diese *de facto* ein Vetorecht. Warum das Interesse an diesem Veto dem Überlebensinteresse eines anderen Menschen vorgehen soll, ist jedoch, um es zu wiederholen, angesichts des § 330c StGB zunächst schwer erfindlich.

Die einzige Möglichkeit, die Einrichtung einer Nothilfeloösung in der Organtransplantation in einem Rechtssystem wie unserem argumentativ überzeugend (und nicht nur politisch faktisch) abzuwehren, scheint im Verweis auf ein allgemeines Prinzip des Respekts vor den autonomen Willenserklärungen der Bürger zu beruhen. Diese Willenserklärungen müssen so große Bedeutung haben, daß sie auch weitgehende postmortale Wirksamkeit entfalten können. Einschränkungen sollten allein hinsichtlich bestimmter Verstöße gegen die guten Sitten oder etwa grob diskriminierender Verfügungen bestehen können.

## 2.2. Moralische Respektabilität bedingter Spendenverfügungen

Man muß dem Respekt vor den zu Lebzeiten abgegebenen Willenserklärungen des Verstorbenen einen extrem hohen Stellenwert zumessen, will man lieber den Tod eines anderen Menschen in Kauf nehmen, als die betreffenden Willenserklärungen postmortal zu mißachten. Vor diesem Hintergrund erscheint es aber als sehr merkwürdig, daß man zwar einer Organentnahme zustimmen bzw. diese ablehnen, jedoch keineswegs in gewissen Grenzen darüber bestimmen darf, wer die Organe erhält. Einerseits will man mit dem Argument, der Organspender lebe nicht mehr und deshalb seien seine Verfügungen hinsichtlich der Organempfänger postmortal unbeachtlich, über Leichenorgane frei verfügen können, andererseits aber weist man die Nothilfe mit Verweis auf die postmortale Wirksamkeit einer Willenserklärung zu Lebzeiten zurück.

Die Neigung, den Verfügungen zu Lebzeiten einerseits überragendes Gewicht beizulegen und sie andererseits für völlig unbeachtlich zu erklären, wird noch merkwürdiger, wenn wir die Behandlung der Lebendspende einbeziehen. Die Lebendspende einer Niere etwa ist ja auch gezielt möglich. Der Spender kann die Übertragung an einen bestimmten Verwandten verfügen. Wenn es nicht unsittlich ist, daß er insofern zu Lebzeiten selbst den Empfänger wählt, warum sollte es dann unsittlich sein, wenn ein Spender die Übertragung einer seiner Nieren für den Falle des Todes an einen bestimmten Organempfänger aus seiner Verwandtschaft verfügt?

Nun schreibt das Leben zwar alle möglichen Geschichten, doch ist klar, daß die betreffenden Verfügungen mangels geeigneter Konstellationen nur einen geringen praktischen Wert haben würden. Was sollen wir aber tun, wenn potentielle Organspender für den Fall ihres Todes auf ihren

Organspenderausweisen eine bedingte Verfügung treffen würden, bevorzugt für jene spenden zu wollen, die selbst spendenbereit sind?

Eine solche Verfügung erfolgt nicht zugunsten von Verwandten. Sie ist dennoch gewiß nicht grob sittenwidrig. Wer eine bedingte Spendenerklärung abgibt, die jene bevorzugt, die selbst spenden wollen, handelt gerade nicht frivol, sondern vielmehr moralisch respektabel. Das gilt zumindest nach den konventionellen Wertmaßstäben der meisten Mitglieder unserer Gesellschaft. Organe sind nicht einfach Heilmittel, welche von der Ärzteschaft ohne weitere Mitsprache von Spendern und Empfängern nach ›medizinischen‹ und das heißt letztlich nach von Ärzten definierten Kriterien vergeben werden können.

Wer von der Mitsprache über die Vergabe der eigenen Organe ausgeht und in Wahrnehmung dieses eigentlich selbstverständlichen Rechtes bedingte Verfügungen zugunsten potentieller Spender trifft, versucht den ja gerade auch von allen politischen Instanzen akzeptierten und von der Gesellschaft insgesamt gut geheißenen Gedanken der Organspende zu fördern. Indem er die bevorzugt mit seinen Organen bedenkten, die selbst (bedingt oder unbedingt) spendenbereit sind, unterstützt er also Praktiken, die von der Gesellschaft gewünscht werden. Wenn derjenige, der eine solche bedingte Verfügung trifft, wohlwollendes und gerechtes Verhalten bei seinen Mitmenschen fördert, indem er sie ebenfalls zur Spende anhält, wie dürfte man das ablehnen (vgl. zum Aufbau einer eher konventionellen ethischen Position auf der Basis der beiden Maßstäbe des Wohlwollens und der Gerechtigkeit, Frankena 1972)?

Die Beweislast hat jedenfalls der, der diese Wünsche nicht berücksichtigen möchte. Man könnte, um der betreffenden Beweislast nachzukommen, natürlich argumentieren wollen, daß auch der beste Zweck nicht mit jedem Mittel gefördert werden darf. Das Förderungsmittel, das der bedingt spendenwillige Spender wählt, um das Wohlwollen seiner Mitmenschen zu prämiieren, ist jedoch moralisch keineswegs fragwürdig. Er will helfen, doch bevorzugt jenen, die selbst helfen und dann erst denen, die nicht helfen. Er tut dies, um die offiziell erwünschte Transplantation zu fördern. Warum sollte er dies nicht dürfen?

Wenn es moralisch richtig ist, Organe zu spenden, dann muß es auch moralisch richtig sein, die Organspende mit moralisch legitimen Mitteln zu fördern. Zugleich muß es moralisch falsch sein, das Gegenteil des moralisch erwünschten Verhaltens zu unterstützen. Wer es aus moralischen Gründen ablehnt, an ungerechten Praktiken fördernd teilzunehmen, kann nur bedingte Spendenerklärungen abgeben. Ganz offenkundig ungerecht ist es nämlich, wenn von zwei gleich geeigneten und gleich bedürftigen potentiellen Organempfängern ausgerechnet derjenige prioritär ein Organ erhalten kann, der der eigenen Organspende widersprochen hat bzw. immer noch widerspricht, während derjenige, der stets zur Spende bereit war und es auch immer noch ist, zurückstehen muß. Vom deutschen Transplantationsgesetz wird aber durch Fokussierung auf die Vergabe nach medizinischen Kriterien ein solches Verhalten fast erzwungen.

Fast wie im Falle eines Naturgesetzes, bei dem auch ein einziger fundamentaler Fall der Widerlegung ausreicht, um das Gesetz zurückzuweisen, hebt ein grundsätzliches Gegenbeispiel dieser Art ein möglicherweise vorbestehendes ›Überlegungsgleichgewicht‹ in Fragen der Organallokation auf bzw. macht dessen schließliche Erlangung unmöglich (vgl. zum Überlegungsgleichgewicht Rawls 1951; Hoerster 1977; Daniels 1979; Hahn 1996). Die Anhänger der jetzigen gesetzlichen Regelungen der Organtransplantation müssen systematisch auf den vorgelegten Fall antworten können. Ihn zur exotischen Sondernummer zu erklären, ist kein Argument, sondern Ausdruck argumentativer Hilflosigkeit. Im übrigen hängt die These, daß es sich bei dem Fall gleicher Eignung und gleicher Bedürftigkeit um einen extrem seltenen Fall handele, in hohem Maße von der Spezifikation der Kriterien medizinischer Eignung ab. Nimmt man eine Beschränkung auf signifikante Kriterien medizinischer Eignung vor, ist die grobe Gleichgeeignetheit eher Regel- als Ausnahmefall (vgl. für eine ähnliche Argumentation Schmidt 1996).

Also nochmals: Warum soll von zwei gleich geeigneten und gleich bedürftigen Organempfängern ausgerechnet derjenige ein Organ erhalten, der selbst nicht zur Spende bereit ist, während der spendenbereite potentielle Empfänger zurückgesetzt wird? Wenn zwangsläufig aufgrund der Knappheit jemand zurücktreten muß, warum dann der, der selbst zur Spende bereit ist? Warum verdienen bedingte Spendenverfügungen keine moralische und rechtliche Respektierung, wenn doch die Ablehnung der bzw. die Zustimmung zur Organentnahme nach dem Tode bestimmend für deren Erlaubtheit ist? Wenn die Verfügungen von Individuen überhaupt Respekt verdienen, warum dann nicht ihre aus moralischen Erwägungen zu rechtfertigenden bedingten Verfügungen zugunsten selbst spendenwilliger anderer Individuen?

Aber selbst dann, wenn man den Respekt vor den Verfügungen der einzelnen nicht so hoch ansiedeln wollte, wie das durch die deutsche Rechtslage, insbesondere die Notwendigkeit, dem § 330c StGB etwas entgegenzusetzen, anscheinend erzwungen wird, bleibt das Argument von der Ungerechtigkeit der jetzigen Praktiken. Es gibt kein Ethik-System, das je faktische Geltung erlangt und zugleich jegliche Reziprozität abgelehnt hätte. In unserem Gesundheitswesen liegt die Reziprozität schon durch den

ansonsten stets beschworenen Versicherungsgedanken nahe. Überdies ist die Angelegenheit selbst rechtlich (im Unterschied zu rechts-ethisch) nicht ganz so eindeutig, wie die meisten Juristen und Politiker nach Erlaß des Transplantationsgesetzes anzunehmen scheinen.

### 2.3. Rechtliche Fragwürdigkeit des Transplantationsgesetzes

Malen wir uns einmal das folgende Szenario aus: Der ADAC hat in großer Zahl Spendenausweise ausgegeben an seine Mitglieder, in denen diese bedingte Verfügungen zugunsten prioritärer Behandlung nicht nur der Mitglieder des ADAC, sondern zugunsten aller bedingt oder unbedingt spendenbereiten potentiellen Organempfänger getroffen haben. Es geht den bedingt spendenbereiten Individuen nicht um den Ausschluß anderer, sondern um die Förderung und Belohnung von Wohlwollen und Gerechtigkeit im Verhalten ihrer Mitmenschen. Nehmen Sie nun an, Herr Müller ist ein ADAC-Mitglied und erleidet den Hirntod. Herr Müller hat auf seinen Spendenausweis geschrieben: »Ich bin bereit, meine Organe für den Fall des eigenen Hirntodes zu spenden, sofern sie prioritär an jene gegeben werden, die selbst spendenbereit sind«. Die Organe von Herrn Müller stehen zur Transplantation an. Die betreffende Verfügung geht zu Gericht. Wie soll der Richter entscheiden?

Der Richter hat nur die folgenden grundsätzlichen Möglichkeiten:

1. Die bedingte Verfügung wird als unbedingte Ablehnung der Organspende gewertet. In diesem Falle werden fundamentale Überlebens- und Gesundheitsinteressen mindestens eines potentiellen Organempfängers mißachtet. Der Betreffende könnte eine Niere erhalten, doch wird ihm diese Chance verweigert, obschon ein Spender ihm freiwillig den Zugang zu seinen Organen eröffnet hat.
2. Die bedingte Spendenerklärung könnte als unbedingte Zustimmung gewertet werden. In diesem Falle setzte man sich gänzlich über die autonomen Willenserklärungen eines potentiellen Spenders hinweg. Das käme der Nothilfөлösung sehr nahe.
3. Die bedingte Verfügung wird in ihrer bedingten Form anerkannt. In dem letzteren Falle, der mir als einziger vernünftig und vertretbar scheint, muß es sogleich zu einer Veränderung der Institutionen der Organspende kommen. Diese würden eine Komponente reziproker Solidarität berücksichtigen.

Institutionen reziproker Solidarität könnten über den Tod hinausreichende Willenserklärungen in einem moralisch angemessenen Rahmen berücksichtigen (vgl. sehr früh schon ähnlich Lederberg 1967). Das Problem, daß man zwar die Autonomie eines Organspenders hinsichtlich der bloßen Spendenbereitschaft bzw. Spendenablehnung so hoch bewertet, daß man sogar den Tod anderer Individuen in Kauf nimmt, zugleich aber den inhaltlichen Willenserklärungen des Spenders keinerlei Beachtung schenkt, würde vermieden. So, wie wir auch den letztwilligen Verfügungen hinsichtlich der Bestattung Rechnung tragen, sofern dem nicht fundamentale andere Gesichtspunkte entgegenstehen, so können wir auch hier entsprechenden Wünschen Rechnung tragen.

Damit dies geschehen kann, müßte allerdings das eben erlassene Transplantationsgesetz geändert werden. Das ist vermutlich ohnehin notwendig, wenn die etablierten (durchaus weitgehend vernünftigen) Praktiken der Organvergabe nach medizinischen Kriterien (zur Medizinik vgl. unten, 4.) voll vom Gesetz gestützt werden und nicht mehr oder minder am Gesetz vorbei aufrechterhalten werden sollen. Sobald die Festlegung auf medizinische Kriterien aus dem Gesetz entfernt würde, bestünde jede Möglichkeit, die Organverteilung durch Eurotransplant fortzuentwickeln. Wenn man andererseits annimmt, daß die jetzigen Praktiken kollektiv-reziproker Organvergabe in Übereinstimmung mit dem Gesetz stehen, dann wären mit dem gleichen Recht auch Lösungen, die ein Element inter-individueller Reziprozität enthielten, gesetzeskonform (vgl. wiederum unten, 4.). Ich werde mich hier auf die gradlinige Lösung des Problems durch Gesetzesänderung beschränken.

## **3. Reformbedürftigkeit und Reformierbarkeit des Transplantationsgesetzes**

### 3.1. Weitgehende Überflüssigkeit des Transplantationsgesetzes

Das Transplantationsgesetz stellt ein Hindernis für eine vernünftige Weiterentwicklung der Organverteilungsregeln in Deutschland dar. Das Gesetz verletzt nicht nur Prinzipien grundsätzlicher Art, die wir unter dem Sammelbegriff ›Subsidiarität‹ mittlerweile zunehmend in unsere Verfassung hineininterpretieren bzw. die mittlerweile auch in unserer Verfassung explizit auftreten. Das Gesetz hat auch überflüssigerweise einen vorbestehenden spontan evolvierten Zustand zementiert und damit eine weitere allmähliche institutionelle Evolution unmöglich gemacht. Schließlich hat das Gesetz keineswegs zu einer Steigerung des Organaufkommens geführt, sondern steht einer solchen Steigerung für die Zukunft eher im Wege. Selbst das Verbot des Organhandels bildet mehr den symbolischen Ausdruck eines Ressentiments gegen den Handel im allgemeinen als die Lösung eines drängenden Problems.

Obschon ich persönlich ein Gegner der Widerspruchslösung bin, bei der der Einzelne zu erklären hat, daß er nicht spendenbereit ist, hätte mir ein entsprechendes Gesetz noch eingeleuchtet. In einer Rechtsordnung, die – wie ausführlich erwähnt – ohnehin Paragraphen kennt, die die Unterlassung einer Hilfeleistung u. U. unter Strafe stellen, hätte eine solche weitergehende Inpflichtnahme des Bürgers zugunsten seiner Mitbürger jedenfalls keinen Fremdkörper dargestellt. Warum man allerdings in einem Bereich, in dem sich ›Hilfe zur Selbsthilfe‹ geradezu aufdrängte, nicht mit den Prinzipien der Eigenverantwortlichkeit des Bürgers und der Subsidiarität Ernst machte, entzieht sich doch weitgehend rationaler Begründung.

Eurotransplant im Zusammenwirken mit der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO) bildete vor Erlaß des Gesetzes bereits eine Form subsidiärer Organisation der Organvergabe. Man hätte diesen spontan gewachsenen institutionellen Strukturen nicht mit einem Gesetz zur Seite springen müssen. Man verläßt sich ja auch jetzt weitgehend auf Eurotransplant und DSO, was die Organisation der Organentnahme und -allokation anbelangt. Man hätte sich ohne weiteres darauf beschränken können, beispielsweise eine zentrale Registratur zur Dokumentation der Organspendebereitschaft zu gründen, die auch bedingte Spendenerklärungen entgegenzunehmen hätte. Man hätte so auch sicherstellen können, daß nicht Angehörige Organe gegen den Willen des Verstorbenen zur Transplantation freigeben können. Betrachtungen zur gänzlichen Überflüssigkeit gesetzlicher Regelungen sind allerdings weitgehend müßig. Denn die Erfahrung lehrt uns, daß Bereiche, die einmal staatlicher Regulierung unterstellt wurden, gewiß nicht kurzfristig wieder von solchen Regulierungen zu befreien sind. Wir können nicht auf Abschaffung, sondern allenfalls auf Reform des Gesetzes hoffen.

### 3.2. Die Reformierbarkeit des Transplantationsgesetzes

Ergänzung bzw. Modifizierung bestehender Gesetze bildet einen Gegenstand politischer Aktivität und ist insofern der Politik willkommen (wenn auch nicht jeder Politiker die Stirn haben wird, wie Rita Süßmuth ein Parlament als besonders erfolgreich zu bezeichnen, weil es besonders viele Gesetze in einer Legislaturperiode erlassen hat). Hinzu tritt im Falle des Transplantationsgesetzes, daß die zuvor beschriebenen Spannungen zwischen sozialer Realität und Gesetzeslage auf Dauer vermutlich ohnehin eine Reform der bestehenden Gesetze erzwingen könnten. Es lohnt sich deshalb nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch, sich mit der Frage einer Gesetzesreform zu befassen.

Der offenkundigste und wichtigste Reformvorschlag besteht im Falle der Nierentransplantation darin, das Gesetz so zu verändern, daß die Objektivierbarkeit, Transparenz und Prüfbarkeit der Allokationsentscheidungen, nicht jedoch die Organvergabe nach medizinischen Kriterien verlangt wird. Sobald das geschehen wäre, wäre es möglich, den heutigen Wujciak-Opelz-Algorithmus, nach dem die Organverteilung momentan erfolgt, ohne Dehnung des Gesetzes angemessen zu verändern.

Der Wujciak-Opelz Algorithmus besteht im wesentlichen aus einer Punkteskala, die für jede verfügbar werdende Niere einen Empfänger mit maximaler Punktzahl bestimmt (Wujciak and Opelz 1993a; Wujciak and Opelz 1993b). Die Punktzahl des Empfängers errechnet sich dabei aus verschiedenen Faktoren. Zu diesen gehören unter anderem Gewebeverträglichkeit, Wartezeit, Wahrscheinlichkeit, ein besser geeignetes Organ zu erhalten, aber auch die nationale Austauschbilanz von Organen. Aufgrund aller dieser Faktoren, die die als relevant erachteten Wertdimensionen des Problems repräsentieren, werden für jede verfügbar werdende Niere Punkte vergeben und dann summiert. Die Niere wird, sofern nicht gewisse (nicht gerade seltene) Sonderregelungen greifen, an den Empfänger mit der höchsten Punktzahl vergeben.

Angesichts der zuvor angesprochenen Probleme der bisherigen Regelungen besteht ein zentraler Reformvorschlag darin, alle Elemente ›kollektiver Reziprozität‹ aus dem Algorithmus zu eliminieren und durch eine Bewertungsdimension ›individueller Reziprozität‹ zu ersetzen. Das betrifft insbesondere die nationale Austauschbilanz von Organen, die durch die Dimension vorerklärter individueller Spendenbereitschaft zu ersetzen ist (vgl. dazu auch Gubernatis and Kliemt 1999). In Abhängigkeit von der Dauer der zuvor selbst erklärten Spendenbereitschaft könnten potentielle Organspender, die als potentielle Organempfänger in Wartelisten aufgenommen wurden, Punkte erwerben bzw. erworben haben, die ihnen in der Konkurrenz um Organe eine höhere Priorität zu verleihen vermögen. Dabei muß ganz im Sinne der bisherigen Institutionen niemand prinzipiell vom Organempfang ausgeschlossen werden, und es ist auch keineswegs so, daß Hochdringlichkeitsfälle oder Kinder nicht mehr eine Sonderbehandlung erfahren dürften. Alle diese Elemente könnten nach wie vor berücksichtigt werden. Doch zusätzlich würde die Reziprozität Berücksichtigung finden.

Die Reform wäre ebenso einfach wie naheliegend. Da der Algorithmus ohnehin fortwährend modifiziert wird, würde sie keineswegs einen ungewöhnlichen Eingriff in ansonsten festgeschriebene Praktiken darstellen. Sie würde fundamentale Ungerechtigkeiten ausräumen und damit allgemeinen Gerechtigkeitsintuitionen entgegenkommen. Sie könnte sicherlich breite Akzeptanz finden und zugleich

einen nicht-pekuniären Anreiz zur Organspende bieten. Das würde vermutlich zu einer Ausweitung des Organaufkommens beitragen können.

Die Reform würde vor allem die Situation der potentiellen Organempfänger, die auf Wartelisten auf den Empfang eines Organs warten, fundamental verändern. Denn nun hätten sie durch eigene Vorleistung einen gewissen *Anspruch* auf Organe bedingt spendenbereiter Individuen erworben und würden nicht mehr nur als demütige Bittsteller dastehen. Daß die potentiellen Empfänger von Organen Vorleistungen erbracht haben, würde es ihnen insbesondere erlauben, einen gewissen Druck auf diejenigen Ärzte und Krankenhäuser auszuüben, die unzureichend an der Organtransplantation teilnehmen. Das ist sehr wichtig, denn über dem allgemeinen Lamento über die mangelnde Spendenbereitschaft der Bevölkerung wird der Mangel an Mitwirkungsbereitschaft der Krankenhäuser leicht vergessen. Da Menschen, die sich auf Wartelisten für Organe befinden, im heutigen System nur auf ein großmütiges Geschenk hoffen dürfen, aber nichts zu fordern haben, hüten sich die Patienten und ihre Organisationen, fordernd aufzutreten.

Durch stärkere Bezugnahme auf den Reziprozitätsgedanken, der doch angeblich generell für unser System der öffentlichen Kranken- $\rightarrow$ Versicherung ausschlaggebend ist, würde sich vieles zum Besseren wandeln. Nichts Ernsthaftes spricht dagegen, die Dimension der eigenen Spendenbereitschaft in die Punktetabelle für die Organallokation aufzunehmen und Prioritätsentscheidungen beim Organzugang auch von der dokumentierten Dauer eigener vorheriger Spendenbereitschaft abhängig zu machen.

### 3.3. Experten sind gegen Reziprozität

Diese Feststellung findet allerdings keineswegs allgemeine Zustimmung. Viele Experten möchten – insoweit wohl nicht in Übereinstimmung mit den allgemeinen Wertintuitionen der betroffenen Bürger – Reziprozitätsvorstellungen auf kollektiver wie auf individueller Ebene gänzlich vermeiden. Die Werturteile der betreffenden Experten fallen dabei grob in zwei Klassen. Nach wie vor meinen viele Experten, daß nur oder vorrangig HLA-Kompatibilität, die die Gewebeübereinstimmung zwischen Spenderorgan und Empfänger mißt, zählen soll. Andere Experten glauben, daß nur Wartezeit bei Mindest-Gewebeverträglichkeit zählen soll. Alle Experten vergessen gern, daß sie für die grundlegenden Wertentscheidungen jedoch gerade nicht überlegene Kompetenz für sich beanspruchen können. Die jetzigen vor allem von Thomas Wujciak entwickelten Eurotransplantregeln sind ein Kompromiß vor allem aus der beiden vorgenannten Vorstellungen, denen letztlich – wenn auch von den Experten häufig unerkannt – bestimmte ethische Prinzipien zugrunde liegen. Weitere Wertdimensionen werden – wie erwähnt – berücksichtigt. Die Sorgfalt und Umsicht, mit der Thomas Wujciak in Simulationsstudien die voraussichtlichen Wechselwirkungen alternativer Wertentscheidungen untersucht hat, sind vorbildlich, die Tatsache, daß sich Eurotransplant diesen Argumenten nicht verschlossen hat, höchst anerkennenswert, doch kann man darüber hinaus auf unabhängiger Wertbasis etwas zur Vernünftigkeit solcher Kompromisse sagen?

## **4. Making choices und Wujciak-Algorithmus der Nierenallokation**

Ausfluß eines im weiteren Sinne politisch legitimierten Kompromisses zu sein, ist, so wie die Welt nun einmal ist, keineswegs von vornherein ein Makel. Dennoch bleibt in einem für so viele Einzelschicksale in so fundamentaler Weise bedeutsamen Feld wie der Organtransplantation zu fragen, ob nicht eine systematische Rechtfertigung dafür gegeben werden kann, welche Wertdimensionen mit welchem Gewicht in den Allokationsalgorithmus eingehen sollen. Genau an dieser Stelle versucht die gegenwärtig am ZiF versammelte Forschungsgruppe einzuhaken. Im Sinne unseres Generalthemas *making choices* wollen wir untersuchen, ob wir den algorithmisch gesteuerten Auswahlprozeß in der Organallokation einer systematischen Fundierung zuführen können. Dabei sind zum einen formalwissenschaftliche Erwägungen zur Form des Algorithmus bei gegebenen Wertdimensionen anzustellen, zum zweiten läßt sich danach fragen, welchen relativen Einfluß die Wertdimensionen haben und drittens schließlich, welche Wertdimensionen überhaupt eingeschlossen werden sollten.

Wir gehen davon aus, daß der Allokationsalgorithmus ein Expertenurteil in gleichsam geronnener Form darstellen muß. Er soll einen ›idealen Experten‹ »vertreten«, indem er die Kompetenz vieler Experten in gewisser Weise vereint. Dazu müssen aber zuerst Expertenurteile erfaßt und möglicherweise auch mit den Urteilen anderer Individuen abgeglichen werden. Aus pragmatischen Gründen scheint es uns gerechtfertigt, zunächst von der Prämisse auszugehen, daß die moralischen Grundüberzeugungen der Experten unkorreliert zu ihrer Sachkompetenz und letztlich repräsentativ für die allgemeinen Auffassungen ›aller billig und gerecht denkenden‹ sind (was allerdings empirisch zu prüfen sein wird).

### 4.1. Welche Funktionsform

Eine Möglichkeit, systematische Aussagen über den Auswahlprozeß (*choice making*) in der Nierenallokation zu machen, besteht darin, den Algorithmus, der der Auswahl zugrunde liegt, axiomatisch zu charakterisieren. So kann man etwa verlangen, daß der Algorithmus verfügbare Nieren auf eine ›paarweise konsistente‹ Weise individuellen Empfängern zuordnet. Grundsätzlich bedeutet das, daß dann, wenn beispielsweise Herr A als Empfänger einer Niere Herrn B vorgezogen wird, dies unabhängig davon ist, welche anderen Individuen gerade auf der Warteliste als Organempfänger warten. In der Frage, ob das Organ eher an den einen als an den anderen gehen soll, sollen allein die Eigenschaften der jeweils verglichenen Kandidaten A, B und nicht die Eigenschaften irgendwelcher Dritter eine Rolle spielen.

Da wir in unserem Alltag typischerweise paarweise Vergleiche durchführen, mag diese Bedingung uns zunächst als trivial erscheinen. Aber sie ist es keineswegs. Sie wird beispielsweise vom gegenwärtigen Allokationsalgorithmus für Nieren verletzt. Überdies ist sie auch in anderen Bereichen unseres Lebens nicht erfüllt. Ein recht gutes Beispiel bildet die Weise, mit der wir den Sieger von Sportwettkämpfen wie etwa Autorennen ermitteln. Ob etwa Fahrer A oder Fahrer B Weltmeister in der Formel 1 wird, das hängt davon ab, wer sonst noch wie abgeschnitten hat. Denn wie viele Punkte ein Fahrer A, der in einem Rennen den Fahrer B schlägt, mehr erhält, hängt davon ab, wie viele andere Fahrer sich noch zwischen A und B schieben. Auch bei jeweils identischen Leistungen von A und B – etwa gleichen Rundenzeiten A's in beiden Wettbewerben und gleichen Rundenzeiten B's in beiden Wettbewerben – ist die Differenz größer, wenn das Ergebnis z. B. ›A vor C vor D vor E vor B‹, als wenn es z. B. ›A vor C vor B‹ lautet. Im Zehnkampf hingegen benutzen wir eine Punktetabelle, die individuelle Leistungen absolut (und nicht relativ zur Leistung anderer in einem Wettkampf) bewerten will. Hier kommt es beim Vergleich zweier Wettkämpfer A und B nicht darauf an, wie die anderen in einem Zehnkampf abgeschlossen haben, sondern allein auf die beiden selbst.

Für den Wujciak-Opelz-Algorithmus wirft die vorangehend skizzierte Unterscheidung sogleich die Frage auf, ob die Konkurrenz um Spenderorgane nach unserer Auffassung eher eine holistische Betrachtung ganzer Gruppen verlangt und damit strukturell eher dem Fall des Autorennens gleicht oder ob es sich eher um einen Fall wie die Zehnkampfkonzurrenz handeln soll. Darf es im Vergleich von je zwei Individuen nur auf die beiden ankommen oder dürfen (bzw. müssen) auch die Charakteristika anderer Individuen eine Rolle spielen? Wer für das erstere plädiert, wird sich auf paarweise Konsistenz festlegen wollen.

Analog lassen sich weitere Axiome angeben und begründen. Diese führen dann letztlich zu einer Charakterisierung von Prioritätsverfahren, die auf linearen Punktaggregationen beruhen (eine ausführliche Analyse liegt bereits vor: M. Ahlert, G. Gubernatis and H. Kliemt, *Kidney Allocation in Eurotransplant. A systematic account of the Wujciak-Opelz algorithm*, working paper, ZiF 1999/2000 research group ›making choices‹).

Sollte als Funktionsform des Algorithmus eine lineare Punkteskala gewählt werden, was wegen der intuitiven Plausibilität und Transparenz solcher Skalen *prima facie* wünschenswert scheint, dann muß immer noch nach der relativen Gewichtung der Skalen gefragt werden. Die Gewichte werden in der heutigen Praxis von Eurotransplant häufig geändert. Eine genauere Durchleuchtung dieser Änderungsmechanismen erscheint als wünschenswert. Dabei kann man darauf hoffen, allgemeine Regeln für die Wahl der Gewichte bzw. die Anbindung solcher Wahlen an die Urteile kompetenter Experten zu finden. Es geht hier um Entscheidungen darüber, wie Entscheidungen über den Algorithmus zu treffen sind. Auch hier könnte man sich wiederum ein algorithmisches Verfahren etwa zur Aggregation von Expertenurteilen, aber auch andere eher qualitative Verfahren vorstellen. In jedem Falle ist eine Anbindung an empirische Untersuchungen zum Wahlverhalten der Experten erstrebenswert. Dazu wollen wir exemplarische Studien durchführen.

#### 4.2. Welche Dimensionen

Dafür, welche Problemdimensionen überhaupt als relevante Attribute in die betreffenden Skalen eingehen sollen, sind die Experten gewiß nicht allein kompetent. Aber wiederum kann man versuchen, allgemeine Methoden vorzuschlagen, mittels derer relevante Dimensionen ermittelt werden können. Strukturierte Expertenbefragungen können hierbei ebenfalls hilfreich sein. Entsprechende Strukturen zu entwickeln, ist ein weiteres Ziel einer Unterarbeitsgruppe der im Forschungsjahr 1999/2000 am ZiF versammelten Gruppe *making choices*. Überdies werden wir eine größere Anzahl von Medizinstudenten, die über ein gewisses Wissen in diesen Fragen verfügen, ohne bereits interessierte Experten im Vollsinn zu sein, befragen.

### 5. Schlußbetrachtung

Nach dem Prinzip der Subsidiarität wäre es auch im Falle der Organallokation richtig gewesen, das, was weitgehend ohne Staatseingriff erledigt wurde, auch weiter so erledigen zu lassen und eine weitere spontane institutionelle Evolution allenfalls zu erleichtern, nicht jedoch gesetzlich zu behindern (zum Konzept der rechtlichen Evolution vgl. Leoni [1961] 1991, Hayek 1973 – 79, Vanberg 1981). Die Tatsache, daß die Einführung des Gesetzes im Falle der Leichenspende nicht zu einer Erhöhung des Aufkommens an Transplantaten in Deutschland geführt hat, sollte nachdenklich stimmen. Das Gesetz hat insofern nichts erbracht. Es steht einer angemessenen allmählichen Weiterentwicklung der Regeln des Eurotransplantverbundes hin zu gerechteren und effizienteren Mechanismen der Organgewinnung und -verteilung sogar im Wege. Allerdings muß abgewartet werden, welche Wirkungen das Gesetz entwickeln wird, wenn es in die Rechtsprechung (etwa nach Patientenklagen) Eingang findet.

Wenn das Gesetz schließlich doch irgendwann einmal angemessen geändert werden sollte, so wird es möglich werden, unter Umständen Überlegungen wie die der am ZiF versammelten interdisziplinären Arbeitsgruppe für eine Verbesserung bestehender Praktiken heranzuziehen. Es sollte dabei klar sein, daß es der Arbeitsgruppe keineswegs darum geht, an den bestehenden Institutionen der Organtransplantation »herumzukritteln«. Es ist durchaus möglich, daß die Arbeiten der Forschungsgruppe am Ende nur zu einer weitgehenden Rechtfertigung bestehender Praktiken führen. Sollte das der Fall sein, so wäre damit ebenfalls viel gewonnen, da man dann eine zusätzliche Fundierung für die betreffenden Praktiken des *choice making* hätte. In jedem Falle ist das Thema auch mit Blick auf den künftigen Umgang mit Fragen prinzipieller Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen von so grundsätzlicher Bedeutung, daß sich weitere kritische Reflexionen auf der Suche nach einem interpersonell und intertemporal bestandsfähigen Überlegungsgleichgewicht lohnen.

### Literatur

- Daniels, N. 1979. Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics. *The Journal of Philosophy* LXXVI (I): 265 – 282.
- Frankena, W. K. 1972. *Analytische Ethik*. München: dtv.
- Frellesen, P. 1980. *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag.
- Gubernatis, G. and H. Kliemt 1999. Solidarität und Rationierung in der Organtransplantation. *Transplantationsmedizin* 11 (1): 4 – 13.
- Hahn, S. 1996. Überlegungsgleichgewicht und rationale Kohärenz. In: *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*, ed. K.-O. Apel and M. Kettner, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hayek, F. A. v. 1973 – 79. *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- Hoerster, N. 1977. John Rawls' Kohärenztheorie der Normenbegründung. In: *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, ed. O. Höffe, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hoerster, N. 1997. Definition des Todes und Organtransplantation. *Universitas* 52: 42 – 52.
- Lederberg, J. 1967. Heart Transfer Poses Grim Decisions. Moribund Patient's Trust Is at Stake. *The Washington Post*. Washington, B 1.
- Leoni, B. [1961 / 1991] . *Freedom and the Law*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Rawls, J. 1951. Outline of a Decision Procedure for Ethics. *Philosophical Review* 60: 177 – 190.
- Schmidt, V. 1996. *Politik der Organverteilung*. Wiesbaden: Nomos.
- Vanberg, V. 1981. *Liberaler Evolutionismus oder vertragstheoretischer Konstitutionalismus?* Tübingen: Mohr.
- Wolf, E. 1935. Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates. *ARSP* 28: 348 – 363.
- Wujciak, T. and G. Opelz 1993a. A Proposal For Improved Cadaver Kidney Allocation. *Transplantation* 56 (6): 1513 – 1517.
- Wujciak, T. and G. Opelz 1993b. Computer Analysis of Cadaver Kidney Allocation Procedures. *Transplantation* 55 (3): 516 – 521.

**Quelle: ZiF:Mitteilungen 3/2000**