

Gutachten

zum Thema

Überkreuzte Lebendspende

zuhanden des
Bundesamts für Gesundheit

von
PD Dr. Markus Schott, Rechtsanwalt, LL.M.

unter Mitarbeit von
Kirsten Johanna Schmidt, M.Law, LL.M.

Zürich, 22. September 2014

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Fragestellung	2
I	Aktuelle Praxis zur (Überkreuz-)Lebendspende in der Schweiz	2
II	Vorgeschlagene Modelle	4
1	Erweiterte Kreuzspende	4
2	"Domino Paired Donation Chain (DPD)" – geschlossene Kette	4
3	"Non Simultaneous, Extended, Altruistic Donor Chain (NEAD)" – offene oder geschlossene Kette	4
III	Gutachtensfragen	5
B	Rechtliche Analyse	5
I	Rechtliche Grundlagen	5
1	Bundesverfassung	5
2	Transplantationsgesetz und Ausführungsbestimmungen	6
II	Qualifikation der Spende: Gerichtet oder nicht gerichtet?	8
1	Unterscheidung zwischen gerichteter und nicht gerichteter Spende	8
2	Kreuzspende und Ketten	9
3	Anfang und Ende der Ketten beim DPD- und beim NEAD-Modell ...	10
III	Zulässigkeit der neuen Modelle nach geltendem Recht	11
1	Unentgeltlichkeit und Verbot des Organhandels.....	11
2	Organzuteilung	12
3	Keine unzulässige Benachteiligung von Patienten auf der Warteliste	13
4	Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	15
IV	Allfällige Anpassungen des Transplantationsgesetzes	16
C	Zusammenfassung der Ergebnisse	19
1	Gerichtete oder ungerichtete Spende (Frage 1)	19
2	Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht (Frage 2).....	20
3	Revisionsvorschläge (Frage 3)	21

A Ausgangslage und Fragestellung

I Aktuelle Praxis zur (Überkreuz-)Lebendspende in der Schweiz

- 1 Gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. a und Art. 20 des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz, SR 810.21) müssen alle Patientinnen und Patienten, bei denen eine Organtransplantation medizinisch indiziert ist, mit ihrer schriftlichen Einwilligung einem Transplantationszentrum gemeldet und auf die Warteliste von Swisstransplant als Nationale Zuteilungsstelle aufgenommen werden. Auch *potenzielle Spenderinnen und Spender* werden gemäss Art. 22 Abs. 1 und 2 Transplantationsgesetz sowie Art. 27 Abs. 4 und 5 der Verordnung über die Zuteilung von Or-

ganen zur Transplantation vom 16. März 2007 (Organzuteilungsverordnung, SR 810.212.4) der Nationalen Zuteilungsstelle von den Ärzten, Spitälern und Transplantationszentren gemeldet, woraufhin die Organzuteilung vorgenommen wird. Dies gilt gemäss Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz für die Lebendspende und für die Totenspende gleichermaßen, sofern der Spender seine Organe nicht einer *bestimmten Person* zukommen lassen will.

- 2 Organe von *altruistischen Lebendspendern*, die ihr Organ einem beliebigen Empfänger spenden möchten, werden demnach wie eine ungerichtete Totenspende gemäss den gesetzlichen Zuteilungskriterien von Art. 17 f. Transplantationsgesetz an die Wartelistepatienten mit der höchsten Priorität vergeben. Die Zuteilung dieser Spende erfolgt über eine Software, wobei der Spender die Identität des Empfängers (und der Empfänger die Identität des Spenders) nicht erfährt.
- 3 Im Gegensatz dazu werden Organe von *Lebendspendern*, die zugunsten *bestimmter Personen*, wie z.B. Ehepartnern oder Angehörigen, spenden möchten (vgl. zur liberalen diesbezüglichen Regelung hinten Rz. 17 ff.), gemäss Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz *e contrario* nicht nach den gesetzlichen Zuteilungskriterien gemäss Art. 17 f. Transplantationsgesetz zugeteilt. Die Nationale Zuteilungsstelle ist in diesen Fällen nicht für die Organzuteilung zuständig, sondern sie ordnet das entsprechende Organ lediglich formell dem jeweiligen, zum Voraus bestimmten Empfänger auf der Warteliste zu.
- 4 Die *Überkreuz-Lebendspende* ist gesetzlich nicht spezifisch geregelt. Bei diesem Modell möchte ein Spender einer bestimmten Person ein Organ spenden, um ihr zu helfen. Weil diese Transplantation aufgrund einer medizinischen Inkompatibilität aber nicht möglich ist, spendet der gesunde Partner das Organ einem anderen, kompatiblen Wartelistepatienten, damit der eigene Partner von dessen Partner wiederum ein Organ zurückgespendet erhält. So spenden also zwei Spender übers Kreuz dem jeweils anderen Partner mit dem Motiv, dem eigenen Partner die notwendige Transplantation zu ermöglichen (Spender 1 → Empfänger 2 – Spender 2 → Empfänger 1). Das Transplantationsgesetz bestimmt betreffend die Überkreuz-Lebendspende in Art. 6 Abs. 2 Bst. d lediglich, dass diese nicht als verbotener Vorteil für die Spende menschlicher Organe gilt.
- 5 Die *Vermittlung* der Paare für die Kreuzspende wird in der Praxis durch die Transplantationszentren selbst direkt vorgenommen, und die Kreuzspende wird als *gerichtete Spende* behandelt. Die Nationale Zuteilungsstelle ist in diesen Prozess nicht aktiv involviert. Ihr wird schliesslich lediglich mitgeteilt, welcher Spender welchem bestimmten Wartelistepatienten ein Organ zukommen lassen möchte.

II Vorgeschlagene Modelle

1 Erweiterte Kreuzspende

- 6 Bei der erweiterten Kreuzspende handelt es sich um ein Modell, bei welchem mehr als zwei Spender-Empfänger-Paare involviert sind. Zuerst wird ein *Pool* aus allen Spender-Empfänger-Paaren, die zur Kreuzspende bereit und geeignet sind, gebildet. In einem zweiten Schritt wird nach bestimmten Kriterien computerunterstützt diejenige Kombination gebildet, die für die meisten Paare eine erfolgreiche Transplantation ermöglicht.
- 7 Es sind zwei Varianten denkbar: (1) Es wird jeweils ein Spender-Empfänger-Paar einem anderen Spender-Empfänger-Paar zugeordnet, und anschliessend eine Überkreuz-Spende durchgeführt. Diese Variante entspricht im Prinzip der heute bereits bestehenden Überkreuz-Spende, es wird lediglich im Voraus systematisch durch die oben beschriebenen Massnahmen versucht, möglichst vielen Paaren eine Transplantation zu ermöglichen. (2) Alternativ kann auch eine Kette aus den Spender-Empfänger-Paaren gebildet werden, wobei jedoch ein geschlossenes System bestehen bleibt, weil der letzte Empfänger in der Kette der Partner des ersten Spenders ist, z.B. bei drei Spender-Empfänger-Paaren: Spender 1 → Empfänger 2 – Spender 2 → Empfänger 3 – Spender 3 → Empfänger 1. Bei dieser Variante liegt bei jedem Paar ein analoges Austauschverhältnis vor: Die Spender lassen ihr Organ einem Empfänger aus dem Pool zukommen, damit ihr Partner aus dem Pool ein Organ zurückgespendet erhält.

2 "Domino Paired Donation Chain (DPD)" – geschlossene Kette

- 8 Ausgangspunkt für dieses Modell ist ein altruistischer Spender, der sein Organ an (irgend)einen Empfänger des Pools aus kreuzspendewilligen Paaren spendet. Dies löst die Bildung einer möglichst langen Kette innerhalb dieses Pools aus. Das Organ des Spenders des letzten Spender-Empfänger-Paares wird an einen Wartelistepatienten ausserhalb des Pools vergeben; damit liegt eine sogenannt *geschlossene Kette* vor: Altruistischer Spender → Empfänger 1 – Spender 1 → Empfänger 2 – Spender 2 → Empfänger 3 – Spender 3 → Wartelistepatient.¹

3 "Non Simultaneous, Extended, Altruistic Donor Chain (NEAD)" – offene oder geschlossene Kette

- 9 Das NEAD-Modell entspricht zunächst dem DPD-Modell: Ein altruistischer Spender spendet ein Organ an einen Empfänger aus dem Pool, woraufhin eine möglichst lange Kette innerhalb des Pools gebildet wird. Der Unterschied zum DPD-Modell liegt beim letzten Spender der Kette.

¹ Vgl. I. ASHLAGI/D. S. GILCHRIST/A. E. ROTH/M. A. REES, Nonsimultaneous Chains and Dominos in Kidney-Paired Donation – Revisited, *American Journal of Transplantation* 11/2011, S. 984 ff., S. 985; J. I. ROODNAT/W. ZUIDEMA/J. VAN DE WETERING/M. DE KLERK/R. A. M. ERDMAN/E. K. MASSEY/M. T. HILHORST/J. N. M. IJZERMANS/W. WEIMAR, Altruistic Donor Triggered Domino-Paired Kidney Donation for Unsuccessful Couples from the Kidney-Exchange Program, *American Journal of Transplantation* 10/2010, S. 821 ff., S. 822; ADNAN SHARIF, Unspecified Kidney Donation – A Review of Principles, Practice and Potential, *Transplantation*, 12/2013, S. 1425 ff., S. 1426, Figure 1.

- 10 Der Spender am Ende der Kette spendet sein Organ nicht sofort, sondern er erhält die Funktion eines sogenannten *Brückenspenders*, und die Kette wird damit (vorerst) offen gelassen. Die Spende des Brückenspenders soll innerhalb eines gewissen Zeitraums eine neue Kette von Lebendspende-Transplantationen anstossen: Altruistischer Spender → Empfänger 1 – Spender 1 → Empfänger 2 – Spender 2 → Empfänger 3 – Spender 3/Brückenspender → Empfänger A usw.²
- 11 Kann innerhalb eines bestimmten Zeitfensters keine neue Kette durch die Spende des Brückenspenders angestossen werden, wird sein Organ an einen Patienten der Warteliste ausserhalb des Pools vergeben und die Kette damit wie beim DPD-Modell geschlossen: Altruistischer Spender → Empfänger 1 – Spender 1 → Empfänger 2 – Spender 2 → Empfänger 3 – Spender 3/Brückenspender → Wartelistepatient.

III Gutachtensfragen

- 12 Mit Schreiben vom 25. Juni 2014 sind mit Blick auf die beschriebenen Modelle die folgenden Gutachtensfragen gestellt worden:

Frage 1: Handelt es sich bei den vorgeschlagenen Modellen um gerichtete oder nicht gerichtete Spenden?

Frage 2: Sind diese Varianten mit dem geltenden Recht kompatibel?

Frage 3: Wie müsste allenfalls das Transplantationsgesetz angepasst werden?

B Rechtliche Analyse

I Rechtliche Grundlagen

1 Bundesverfassung

- 13 Art. 119a der Schweizerischen Bundesverfassung (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101) verankert die Grundprinzipien der Transplantationsmedizin auf Verfassungsstufe. Diese Bestimmung erteilt dem Bund einen *verbindlichen Gesetzgebungsauftrag*³, wobei der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit (Abs. 1) sicherzustellen ist. Insbesondere hat der Bund die Kriterien für eine gerechte Organzuteilung festzulegen (Abs. 2). Die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen muss unentgeltlich sein, und der Handel mit menschlichen Or-

² Vgl. ASHLAGI ET AL., Fn (1), S. 985; SHARIF, Fn (1), S. 1426, Figure 1.

³ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS SCHOTT, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl. St. Gallen 2008, Rz. 7 zu Art. 119a.

ganen ist verboten (Abs. 3). Die Bestimmung von Art. 119a Abs. 3 BV stellt direkt anwendbares Verfassungsrecht dar.⁴

- 14 Zudem sind im Bereich der Transplantationsmedizin die *Grundrechte* der Verfassung beachtlich. Dies sind namentlich das Gleichbehandlungsgebot sowie die Diskriminierungsverbote von Art. 8 BV.

2 Transplantationsgesetz und Ausführungsbestimmungen

- 15 Mit Erlass des Transplantationsgesetzes hat der Bund seine Gesetzgebungskompetenz umfassend wahrgenommen. Den Kantonen bleiben mit Bezug auf die Transplantation zu Gunsten des Menschen nur noch geringe Regelungszuständigkeiten (vgl. Art. 2 Transplantationsgesetz).⁵

- 16 Das *Verbot der Entgeltlichkeit der Spende* und das *Handelsverbot* werden in Art. 6 f. Transplantationsgesetz konkretisiert. Demnach ist es verboten, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen (Abs. 1). Gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. d Transplantationsgesetz gilt die Überkreuz-Lebendspende ausdrücklich nicht als Vorteil im Sinne von Abs. 1 der Bestimmung. Verstösse gegen Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Transplantationsgesetz werden gemäss Art. 69 Abs. 1 Bst. a und b Transplantationsgesetz mit Strafe bedroht.

2.1 Voraussetzungen der Lebendspende

- 17 Die *Lebendspende* ist in Art. 12 ff. Transplantationsgesetz geregelt. Gemäss Art. 12 Transplantationsgesetz darf eine lebende Person ein Organ spenden, wenn sie urteilsfähig und volljährig ist (Bst. a), sie umfassend informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat (Bst. b), für ihr Leben oder ihre Gesundheit kein ernsthaftes Risiko besteht (Bst. c), und der Empfänger mit keiner anderen therapeutischen Methode von vergleichbarem Nutzen behandelt werden kann (Bst. d). Diese Voraussetzungen schränken den möglichen Spenderkreis für eine Lebendspende hinsichtlich einer bestimmten Beziehung zum Empfänger nicht ein, womit in der Schweiz eine sehr liberale Regelung gilt.⁶
- 18 In Deutschland ist demgegenüber die Lebendspende "*einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe [...] nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen.*"⁷ In Frankreich verlangt das Gesetz entweder ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis oder den Nachweis, dass Spender und Empfänger seit mindestens zwei Jahren zu-

⁴ Vgl. SCHWEIZER/SCHOTT, Fn (3), Rz. 30 zu Art. 119a.

⁵ Vgl. BBI 2002, 133 ff.

⁶ Vgl. BBI 2002, 70, 98 f., 190.

⁷ § 8 Abs. 1 Transplantationsgesetz in der Fassung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206).

sammenleben oder dass zwischen ihnen seit zwei Jahren eine beständige und enge emotionale Bindung besteht.⁸

- 19 Das Hauptaugenmerk liegt in der Schweiz dagegen nicht auf einer bestehenden Beziehung zwischen Empfänger und Spender, sondern auf der umfassenden *Information des Lebendspenders* sowie seiner freien, d.h. unbeeinflussten, *Einwilligung*. Diese Erfordernisse sind in Art. 9 und 10 der Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen vom 16. März 2007 (Transplantationsverordnung, SR 810.211) weiter ausgeführt.
- 20 Gemäss Art. 9 Abs. 1 Transplantationsverordnung müssen Ärzte, die Organe Gewebe oder Zellen entnehmen, die für eine Spende in Frage kommende Person vor der Entnahme in mündlicher und schriftlicher Form umfassend und verständlich informieren. Der potentielle Spender muss namentlich über die Themen gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. a-k Transplantationsverordnung informiert werden, so z.B. über Zweck und Ablauf der Vorabklärungen und des Eingriffs (Bst. a), über die Kurz- und Langzeitrisiken für die Gesundheit des Spenders (Bst. c), über die voraussichtliche Dauer des Spitalaufenthalts und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit oder anderer Einschränkungen für den Spender (Bst. d), sowie über die möglichen psychischen Folgen einer Lebendspende und die Möglichkeit einer psychologischen Betreuung (Bst. j). Hervorzuheben ist ausserdem, dass der betreffenden Person gemäss Art. 9 Abs. 3 Transplantationsverordnung eine angemessene Bedenkzeit für ihre Entscheidung eingeräumt werden muss.
- 21 Zudem muss sich eine unabhängige und in solchen Abklärungen erfahrene Fachperson gemäss Art. 10 Abs. 1 Transplantationsverordnung vergewissern, dass die Lebendspende freiwillig und unentgeltlich erfolgt. Diese Fachperson kann die betreffende Person also auch als Spender ablehnen (vgl. Art. 10 Abs. 3 Transplantationsverordnung).⁹
- 22 Urteilsunfähige oder minderjährige Personen dürfen gemäss Art. 13 Transplantationsgesetz nur unter sehr engen Voraussetzungen Lebendspender sein, und auch nur regenerierbare Gewebe und Zellen spenden. Die Möglichkeit, Empfänger eines Spendeorgans zu sein, wird dagegen nicht eingeschränkt.

2.2 Organzuteilung

- 23 Für nicht gerichtete Spenden, d.h. für Spenden von Organen, "*welche die Spenderin oder der Spender nicht einer bestimmten Person zukommen lassen will*", gelten gemäss Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz die Zuteilungskriterien

⁸ Article 7 du loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (1), NOR: ETSX1117652L, Version consolidée au 09 juillet 2011: "*Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur.*"

⁹ Vgl. DANIA TREMP, Lebendspende in der Schweiz, Basel 2010, S. 35 ff.

von Art. 17 f. Transplantationsgesetz. E contrario gibt es für gerichtete Spenden neben den Art. 12 ff. Transplantationsgesetz keine weiteren Regelungen.

- 24 Gemäss Art. 17 Transplantationsgesetz darf bei der Organzuteilung niemand diskriminiert werden (Abs. 1), und Personen mit Wohnsitz in der Schweiz sind bei der Zuteilung gleich zu behandeln (Abs. 2).
- 25 Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz unterliegen Einschränkungen für die Aufnahme auf die Warteliste (vgl. Art. 21 Transplantationsgesetz und Art. 3 Abs. 2^{bis} und Art. 4 Organzuteilungsverordnung) und erhalten nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 3 Bst. a und b Transplantationsgesetz ein Spenderorgan zugeteilt. Für den internationalen Organaustausch enthält Art. 35 ff. Organzuteilungsverordnung weitere Regelungen.
- 26 Für die Organzuteilung bei ungerichteten Spenden sind insbesondere die Kriterien von Art. 18 Abs. 1 Transplantationsgesetz massgebend: die medizinische Dringlichkeit (Bst. a), der medizinische Nutzen einer Transplantation (Bst. b) und die Wartezeit (Bst. c). Diese Zuteilungskriterien und ihre Gewichtung werden in Art. 9-26 Organzuteilungsverordnung sowie in der Verordnung des EDI über die Zuteilung von Organen zur Transplantation vom 2. Mai 2007 (Organzuteilungsverordnung EDI, SR 810.212.41) konkretisiert, und zwar für die verschiedenen Organe jeweils separat. Die Berechnung der Wartezeit ist in Art. 3 Organzuteilungsverordnung EDI geregelt.
- 27 Gemäss Art. 28 Abs. 1 Organzuteilungsverordnung ermittelt die Nationale Zuteilungsstelle anhand der Daten des Spenders und der Wartelistepatienten sowie der Zuteilungskriterien und -prioritäten die möglichen Empfänger und stellt unter ihnen eine Rangfolge her, nach welcher schliesslich die Zuteilung des Organs vorgenommen wird.
- 28 Bei gleicher Priorität möglicher Empfänger wird die Zuteilung gemäss Art. 12 Abs. 2 Organzuteilungsverordnung im Einzelnen durch die Organzuteilungsverordnung EDI geregelt.

II Qualifikation der Spende: Gerichtet oder nicht gerichtet?

1 Unterscheidung zwischen gerichteter und nicht gerichteter Spende

- 29 Bei einer gerichteten Spende möchte der Spender das Organ einem *bestimmten Empfänger* zukommen lassen (Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz e contrario). Das Kriterium der Bestimmtheit des Empfängers wird nicht näher konkretisiert. Es wird vom Gesetz keine besondere Beziehung zwischen Spender und Empfänger gefordert.¹⁰ Sie müssen somit nicht verwandt sein oder eine andere enge,

¹⁰ Vgl. z.B. Faktenblatt des Bundesamts für Gesundheit BAG, Lebendspende von Organen, Geweben und Zellen, Bern 2007.

persönliche Bindung zueinander aufweisen. Es genügt, wenn der Spender sich entschieden hat, sein Organ einer bestimmten Person zu spenden.¹¹

- 30 Im Gegensatz dazu spielt es für den Spender einer nicht gerichteten Organspende keine Rolle, welche Person sein Organ erhält.

2 Kreuzspende und Ketten

- 31 Die *Überkreuz-Lebendspende* in der bereits existierenden Form, d.h. mit nur zwei involvierten Spender-Empfänger-Paaren, ist eine gerichtete Spende. Die Spender möchten ihren Partnern die benötigten Organe zukommen lassen, was aber wegen medizinischer Inkompatibilitäten nicht möglich ist. Sie spenden deshalb ihre Organe einer bestimmten anderen Person, also dem jeweils anderen Partner, damit ihr eigener Partner ein Organ zurückgespendet erhält. Der Empfänger muss dem Spender dabei nicht namentlich bekannt sein. Der Wille des Spenders, ein Organ zu spenden, bildet sich bei der Überkreuzspende aufgrund der Notsituation des eigenen Partners und dem Wunsch, diesem zu helfen. Der Spender möchte nur dann sein Organ spenden, wenn als Folge davon seinem Partner geholfen wird. Bei der Überkreuzspende sind Handlung und Erfolg und der Kausalzusammenhang zwischen den beiden Ereignissen, also zwischen Organspende und Transplantation des benötigten Organs beim Partner, letztlich die gleichen wie bei der einfachen gerichteten Spende. Deshalb ist u.E. auch die Überkreuzspende als gerichtete Spende zu qualifizieren. Es wird gespendet, um einer bestimmten Person zu helfen. Dass die Hilfe nur "über den Umweg" einer Kreuzspende (d.h. via zwei im Grunde beliebige Drittpersonen) zu dieser Person gelangt, ist u.E. nicht entscheidend.
- 32 Diese Argumentation geht möglicherweise weiter als das intuitive Verständnis der gerichteten Spende, bei der ein Spender nur einer ganz bestimmten und keiner anderen Person "sein Organ" spenden möchte. Der Gesetzgeber hat aber den Empfängerkreis einer gerichteten Spende bewusst nicht näher definiert oder eingeschränkt und die Überkreuzspende in Art. 6 Abs. 2 Bst. d Transplantationsgesetz sogar explizit vorgesehen (ohne sie allerdings weiter zu regeln). Deshalb erscheint uns die Qualifikation der Überkreuzspende als gerichtete Spende die einzig richtige zu sein.
- 33 Gestützt auf die gleiche Argumentation ist u.E. auch bei der *erweiterten Kreuzspende* von einer gerichteten Spende auszugehen. Auch hier spendet eine Person nur, damit ihr Partner ein Organ von einem anderen, passenden Kreuzspender erhält. Ob die "Rückspende" direkt vom Partner des Empfängers kommt, oder auf dem Umweg über ein oder mehrere weitere Spender-Empfänger-Paare, ist für die Qualifikation der Spende selbst u.E. unerheblich. Die Spende geht immer an diejenige Person mit einem spendebereiten Partner, deren Auswahl für den Partner des Spenders am Ende ein passendes Organ (direkt oder über weitere Paarungen) als Gegenleistung ergibt.

¹¹ Vgl. TREMP, Fn (9), S. 17.

- 34 Dasselbe gilt schliesslich u.E. auch für Spender innerhalb einer Kette bei den Modellen *DPD* und *NEAD*.

3 Anfang und Ende der Ketten beim DPD- und beim NEAD-Modell

- 35 Anders präsentiert sich die Situation bei einem *altruistischen Spender*, der zu Beginn einer Kette beim DPD- oder NEAD-Modell in den Pool aus Spender-Empfänger-Paaren spendet. Er verfügt über keinerlei eigenen Beweggrund für die Definition eines bestimmten Empfängers, weil er keinen Partner hat, welcher ein Organ benötigt. Das gespendete Organ wird aus seiner Sicht irgendeinem Patienten des Pools zugeteilt. Hier liegt deshalb u.E. prinzipiell eine nicht gerichtete Spende vor.
- 36 Der letzte Spender der Kette beim DPD-Modell spendet in jedem Fall auf die *Warteliste*. Diese Spende erfolgt per Definition nicht an eine bestimmte Person, und die Zuteilung geschieht nach den gesetzlichen Kriterien. Die Auswahl des Empfängers ist für den Spender vollkommen unerheblich, denn sein Partner erhält ein passendes Organ unabhängig von seiner Spende in die Warteliste. Damit liegt hier u.E. eine nicht gerichtete Spende vor.
- 37 Auch der letzte Spender einer Kette beim NEAD-Modell, d.h. der *Brückenspender*, hat im Prinzip keine eigene Motivation für die Definition eines bestimmten Empfängers mehr, nachdem sein Partner schon ein passendes Organ aus dem Pool der Spender-Empfänger-Paare erhalten hat. Dies gilt unabhängig davon, ob er nach Verstreichen eines gewissen Zeitraums letztlich in einen neuen Pool spendet und damit eine neue Kette anstösst, oder ob sein Organ einem Wartelistepatienten zugeteilt wird. Allerdings hat der Brückenspender vorgängig zugesagt, sein Organ zu spenden, und zwar unter den gleichen Bedingungen wie die Spender innerhalb der Kette, bei denen von gerichteten Spenden ausgegangen wird. Dass er als Brückenspender der letzte Spender der Kette wird, war ihm bei seiner Entscheidung, an eine Person innerhalb des Lebendspendeprogramms zu spenden, um seinem Partner zu helfen, noch nicht bekannt, da die Spendereihenfolge aus Sicht des Spenders unvorhersehbar ist. Dass die Position innerhalb der Kette, d.h. ob man entweder in die eigene oder eine neue Kette spendet, ausschlaggebend für die Qualifikation als gerichtete oder nicht gerichtete Spende sein soll, und damit für oder gegen die Anwendung der gesetzlichen Zuteilungskriterien, erscheint uns im Ergebnis zumindest angreifbar. Je nach Ausgestaltung des NEAD-Programms könnte deshalb die Spende des Brückenspenders in eine neue Kette auch als gerichtete Spende qualifiziert werden, wenn die Person des Empfängers für den Spender bestimmt ist (vgl. dazu auch hinten Rz. 40 f.).
- 38 Bei einer Spende des Brückenspenders auf die Warteliste liegt aus den gleichen Gründen wie beim letzten Spender der Kette beim DPD-Modell hingegen u.E. eine nicht gerichtete Spende vor.

- 39 Die Konsequenz der Qualifikation als nicht gerichtete Spende ist, dass das Organ *de lege lata* immer einem Wartelistepatienten gemäss den gesetzlichen Zuteilungskriterien von Art. 17 ff. Transplantationsgesetz zugeteilt werden muss.
- 40 Es scheint jedoch beim altruistischen Spender und beim Brückenspender in der Praxis leicht möglich zu sein, die Qualifikation ihrer Spende als nicht gerichtet umzustossen, und damit die Anwendung der gesetzlichen Zuteilungskriterien zu vermeiden. Da an die Bestimmtheit des Empfängers keine hohen Anforderungen gestellt werden (vgl. vorne Rz. 17 ff.), und es letztlich auf den Willen des Spenders ankommt, könnten die Modelle entsprechend ausgestaltet werden, um den Spendewillen auf eine bestimmte Person zu richten.
- 41 In der Praxis gibt es möglicherweise bereits Fälle solchen Vorgehens: Wenn Personen sich bei Ärzten oder Transplantationszentren melden und ihre Bereitschaft zu einer altruistischen Lebendspende zu erkennen geben, können sie allenfalls direkt intern einem Wartelistepatienten vorgestellt werden, für den das Organ geeignet ist. Entscheidet sich der anfangs altruistische Spender daraufhin, sein Organ diesem bestimmten Patienten zu spenden, könnte die Spende als gerichtete Spende qualifiziert und entsprechend verwendet werden (vgl. vorne Rz. 3). Diese Praxis liefe u.E. allerdings auf eine problematische Umgehung der gesetzlichen Regelungen hinaus. Die gesetzlichen Zuteilungskriterien sind bei gerichteten Spenden ausnahmsweise nicht anwendbar, weil die Spende nur erfolgt, um einer bestimmten Person zu helfen. Ist dieser gerichtete Spendewille beim Spender selbst nicht vorhanden, sondern wird ein altruistischer, allgemeiner Spendewille erst durch das Transplantationszentrum zu einen gerichteten Spendewillen "umgeformt", wird letztlich die gesetzlich vorgesehene Zuteilungsordnung ausgehebelt. Es ist aber nicht Sinn und Zweck der Ausnahme für gerichtete Spenden, den Transplantationszentren selbst die "freihändige" Zuteilung von Organen von altruistischen Spendern zu ermöglichen.

III Zulässigkeit der neuen Modelle nach geltendem Recht

1 Unentgeltlichkeit und Verbot des Organhandels

- 42 Gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. d Transplantationsgesetz fällt die *Überkreuz-Lebendspende* ausdrücklich nicht unter die Begriffe des finanziellen Gewinns oder der anderen Vorteile, welche gemäss Abs. 1 als verbotenes Entgelt für die Spende bezeichnet werden. D.h. zu spenden, damit dem eigenen Partner zurückgespendet wird, verstösst nicht gegen das Verbot der Entgeltlichkeit. Nach dem Sinn und Zweck dieser Norm kann es für die Qualifikation als unentgeltliche Spende u.E. nicht darauf ankommen, ob die Rückspende von dem Partner des Empfängers, oder von einer anderen Person erfolgt, denn beide Varianten führen aus Spendersicht zum selben Ergebnis. Deshalb liegt nicht nur bei der Überkreuz-Lebendspende, sondern auch bei Modellen mit mehr als zwei involvierten Paaren, wie der erweiterten Kreuzspende und den Ketten beim DPD- und NEAD-Modell, grundsätzlich Unentgeltlichkeit vor.

- 43 Allerdings muss wie bei jeder Lebendspende sichergestellt werden, dass die Kriterien für die Zulässigkeit einer Lebendspende gemäss Art. 12 ff. Transplantationsgesetz und Art. 9 f. Transplantationsverordnung eingehalten werden. D.h., auch die Unentgeltlichkeit muss im Einzelfall überprüft werden.
- 44 Art. 7 Abs. 1 Transplantationsgesetz verbietet den *Handel*, also den gewerbsmäßigen Kauf und Verkauf, von Organen. Die Bildung von Paaren und Ketten zur unentgeltlichen Spende und anschliessenden Transplantation von Organen stellt weder Kauf noch Verkauf dar. Das Handelsverbot wird also nicht verletzt.¹²

2 Organzuteilung

- 45 Die gesetzlichen Zuteilungskriterien von Art. 17 f. Transplantationsgesetz sind gemäss Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz nicht auf gerichtete Spenden anwendbar. Dies ergibt deshalb Sinn, weil der Spender einem bestimmten Empfänger direkt oder indirekt (über eine Rückspende bei der Kreuzspende) ein Geschenk machen möchte, und die Spende sonst unterbleiben würde. Deshalb sind die *erweiterte Kreuzspende* sowie die Ketten beim *DPD-* und beim *NEAD-Modell* in dieser Hinsicht unproblematisch.
- 46 Auch die Spende des letzten Spenders einer Kette an die Warteliste stellt rechtlich kein Problem dar. Wie bereits dargelegt wurde, ist diese Handlung als nicht gerichtete Spende zu qualifizieren (vgl. vorne Rz. 36), und die Zuteilung des Organs erfolgt gemäss den gesetzlichen Vorschriften.
- 47 Sowohl beim *DPD-* als auch beim *NEAD-Modell* ist jedoch problematisch, dass das Organ des *altruistischen Spenders* zu Beginn nicht einem Wartelistepatienten nach den gesetzlich vorgegebenen Kriterien zugeteilt wird, deren zwingende Anwendung die Konsequenz der Qualifikation als nicht gerichtete Spende ist. Sowohl beim *DPD-* als auch beim *NEAD-Modell* wird im Prinzip ein neues Zuteilungskriterium geschaffen, welches die bestehenden Zuteilungskriterien relativiert.¹³ Das neue Kriterium ist, diejenige Kombination von Spendern und Empfängern zu ermöglichen, welche eine maximale Anzahl von erfolgreichen Transplantationen gewährleistet. Dies ist jedoch nach geltendem Recht nicht vorgesehen.¹⁴
- 48 Das gleiche Argument gilt für den *Brückenspender* am Ende einer *NEAD-Kette*, der nach Verstreichen einer gewissen Zeit mit seiner Spende eine zweite Kette anstösst. Soweit seine Spende als nicht gerichtet qualifiziert wird, müssten auch hier die gesetzlich vorgeschriebenen Zuteilungskriterien angewendet werden.

¹² Vgl. HELENA KOTTMANN, Das Organhandelsverbot in der Schweizer Rechtsordnung, Jusletter vom 28. April 2008, S. 7, wonach Vermittlungen nationaler Transplantationszentren bei der Organzuteilung nicht unter den Begriff des Organhandels fallen.

¹³ Vgl. MARRY DE KLERK, The Dutch Living Donor Kidney Exchange Program, Barendrecht 2010, S. 85; P. FERRARI/S. FIDLER/J. WRIGHT/C. WOODROFFE/P. SLATER/A. VAN ALTHUIS-JONES/R. HOLDSWORTH/F. T. CHRISTIANSEN, Virtual Crossmatch Approach to Maximize Matching in Paired Kidney Donation, American Journal of Transplantation 11/2011, S. 272 ff., S. 273.

¹⁴ Vgl. z.B. Bundesamt für Gesundheit, Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, Bericht in Erfüllung der Postulate Gutzwiller (10.3703), Amherd (10.3701) und Favre (10.3711), Bern 2013, S. 13.

- 49 Es kann also festgehalten werden, dass die von den Art. 16 ff. Transplantationsgesetz abweichende Zuteilung von Organen aus nicht gerichteten Lebendspenden beim DPD-Modell und beim NEAD-Modell deren rechtliche Zulässigkeit de lege lata zweifelhaft erscheinen lässt. Wenn aber die Qualifikation als nicht gerichtete Spende durch geeignete Massnahmen in der Praxis umgestossen wird, und deshalb gerichtete Spenden vorliegen (vgl. vorne Rz. 40 f.), sind die gesetzlichen Kriterien unbeachtlich. Dann können auch das DPD- und das NEAD-Modell im Hinblick auf das Kriterium der Organzuteilung als zulässig angesehen werden.

3 Keine unzulässige Benachteiligung von Patienten auf der Warteliste

3.1 Vorliegen einer Benachteiligung

- 50 Gemäss dem *Gleichbehandlungsgrundsatz* von Art. 8 BV muss Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden.¹⁵
- 51 In Art. 17 Abs. 1 Transplantationsgesetz wurde das Gleichbehandlungsgebot nochmals explizit aufgenommen.¹⁶ Danach darf bei der Zuteilung eines Organs niemand diskriminiert werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu prüfen, ob die erweiterte Kreuzspende, das DPD-Modell oder das NEAD-Modell zu einer unzulässigen *Benachteiligung von Wartelistepatienten* gegenüber den Empfängern aus dem Kreuzspende-Pool führen.
- 52 Bei *gerichteten Spenden* liegt generell keine Benachteiligung von Wartelistepatienten vor, weil die Organe hier als direktes oder indirektes "Geschenk" an eine bestimmte Person gespendet werden, und diese Organe sowieso nicht an eine (aus Sicht des Spenders beliebige bzw. zufällig priorisierte) Person auf der Warteliste gespendet worden wären. Wegen der liberalen Handhabung des Bestimmtheitskriteriums für die Qualifikation einer Spende als gerichtete Spende kann auch nicht argumentiert werden, dass Patienten ohne Partner und Verwandte durch die verschiedenen Modelle benachteiligt würden. Das Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses, einer Ehe bzw. eingetragenen Partnerschaft o.ä. zwischen Spender und Empfänger wird ja gerade nicht verlangt (vgl. vorne Rz. 17 ff.). Folglich sind die erweiterte Kreuzspende sowie die Kettenbildung aus den Empfänger-Spender-Paaren beim DPD- und beim NEAD-Modell mit Blick auf Art. 8 BV u.E. unproblematisch.
- 53 Aus Gründen der Ungleichbehandlung problematisch könnten dagegen die Spenden des altruistischen Spenders am Anfang einer Kette beim DPD- und beim NEAD-Modell sowie des Brückenspenders beim NEAD-Modell sein. In diesen Fällen werden die gesetzlichen Zuteilungskriterien und -prioritäten, nach welchen Organe bei nicht gerichteten Spenden an Patienten auf der Warteliste vergeben werden müssen, nicht angewendet. Stattdessen werden Patienten des Kreuz-

¹⁵ Vgl. dazu etwa GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Rz. 9 ff. zu Art. 8 m.w.H.

¹⁶ Vgl. BBI 2002, 113 f.

spende-Pools bevorzugt. Damit erhält nicht derjenige kompatible Wartelistepatient mit der höchsten Priorität das Organ, was grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung darstellt.

3.2 Mögliche Rechtfertigung

- 54 Zu prüfen ist, ob die Benachteiligung der Wartelistepatienten unzulässig ist, oder ob sie aus *sachlichen Gründen* gerechtfertigt werden kann. Darauf wird im Folgenden näher eingegangen.
- 55 Sowohl beim DPD- als auch beim NEAD-Modell wird zuerst ein altruistisch gespendetes Organ den Wartelistepatienten vorenthalten und an einen Patienten aus dem Kreuzspende-Pool vergeben. Dadurch kann allerdings eine *grössere Zahl* von Transplantationen durchgeführt und folglich mehr Menschen geholfen werden. Da die Patienten, welche das benötigte Organ erhalten haben, aus der Warteliste gestrichen werden, verkürzt sich zudem die sehr lange Warteliste für Nieren, wo die Wartezeit aktuell zwischen zwei und sieben Jahren beträgt. Damit steigen wiederum die Chancen der verbleibenden Patienten auf der Warteliste, innerhalb kürzerer Frist ein Organ zu erhalten.
- 56 Bei geschlossenen Ketten wie beim DPD-Modell wird ausserdem das letzte gespendete Organ schliesslich einem Wartelistepatienten nach den gesetzlichen Zuteilungskriterien und -prioritäten zugeteilt. Im Ergebnis entgeht somit den Wartelistepatienten kein Organ. Allerdings geht das Organ am Ende der Lebendspendekette aufgrund seiner Gewebemerkmale allenfalls an einen anderen Wartelistepatienten als das erste, altruistisch gespendete Organ gegangen wäre. Dieser Effekt resultiert gegebenenfalls aus dem DPD-Modell, stellt aber für sich u.E. keine relevante Ungleichbehandlung dar, denn die individuellen Chancen auf eine Organzuteilung verschlechtern sich für die Wartelistepatienten durch das DPD-Modell per se nicht. Einen *rechtlichen Anspruch* auf die Zuteilung eines Organs gibt es im Übrigen nicht (vgl. Art. 17 Abs. 4 Transplantationsgesetz), nur einen Anspruch auf rechtsgleiche Zuteilung und gleiche Chancen auf ein Organ.¹⁷
- 57 Angesichts dieser Argumente ist die Benachteiligung der Wartelistepatienten beim altruistischen Spender im Rahmen des *DPD-Modells* u.E. aus sachlichen Gründen zu rechtfertigen.
- 58 Grössere Schwierigkeiten bereitet die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Wartelistepatienten beim *NEAD-Modell*, da das Organ des Brückenspenders am Ende der Kette nicht unbedingt einem Wartelistepatienten zugutekommt. Allein die Möglichkeit, dass auch der Brückenspender an einen Wartelistepatienten spendet, falls innerhalb eines gewissen Zeitraums keine weitere Kette ausgelöst werden kann, erscheint als Rechtfertigungsgrund deutlich schwächer. Zudem liegt hier im Prinzip eine doppelte Benachteiligung der Wartelistepatienten vor: Zuerst wird der Kreuzspende-Pool zwecks Kettenbildung bevorzugt, und dann

¹⁷ Vgl. MARKUS SCHOTT, Patientenauswahl und Organallokation, Basel etc. 2001, S. 294.

muss zuerst eine Frist von mehreren Wochen oder Monaten abgewartet werden, bevor das Organ des Brückenspenders einem Wartelistepatienten zugeteilt wird. Diese zeitliche Komponente ist nicht zu unterschätzen: Die meisten Patienten warten schon mehrere Jahre auf ein Spenderorgan, und zudem besteht das Risiko, dass Patienten auf der Warteliste versterben, bevor die rettende Transplantation möglich ist.¹⁸

- 59 Ebenfalls gegen eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung durch das NEAD-Modell spricht das Risiko, dass altruistische Spender bevorzugt in ein Programm spenden, bei dem ein Brückenspender am Ende der Kette steht.¹⁹ Mit dem Brückenspender ist zumindest die Chance gegeben, dass nach der ersten Kette auch noch eine zweite Kette (und evtl. sogar noch weitere) gebildet werden kann. Hat der altruistische Spender, dessen vorherrschende Motivation ist, Gutes für unbekannte Dritte zu tun, die Wahl zwischen einem Modell wie DPD, bei dem das Organ des letzten Spenders der (einzigen) Kette in jedem Fall an einen Wartelistepatienten vergeben wird, und dem NEAD-Modell, würde er wohl eher letzteres wählen. Damit sinkt die Chance auf eine altruistische Lebendspende für Wartelistepatienten noch mehr.
- 60 Aufgrund der dargelegten Argumente erscheint uns eine Rechtfertigung der Benachteiligung der Wartelistepatienten durch das NEAD-Modell zweifelhaft. Dieses könnte deshalb als unzulässiger Verstoß gegen Art. 8 BV zu qualifizieren sein. Die Abwägung, ob Art. 8 BV verletzt ist oder nicht, beruht aber letztlich auf einem Werturteil: gefordert wird ein *sachlicher Grund* für eine Ungleichbehandlung bzw. eine Benachteiligung. Die Beurteilung in der Rechtsprechung ist dabei stark kasuistisch geprägt. Weil soweit ersichtlich kein einschlägiger oder zumindest auf die vorliegende Konstellation übertragbarer Entscheid existiert, erscheint die Prognose einer allfälligen höchstrichterlichen Beurteilung kaum möglich.

4 Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

- 61 Das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV bindet alles staatliche Handeln an das Gesetz.²⁰ Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, inwieweit für die vorgeschlagenen Organspende-Modelle gesetzliche Grundlagen benötigt werden, und wenn ja, ob solche bereits bestehen.
- 62 Mit dem Transplantationsgesetz hat der nationale Gesetzgeber die Entnahme und Transplantation von Organen in der Schweiz umfassend geregelt, d.h. es besteht kaum mehr Raum für kantonale Vorschriften. Die *Entnahme von Organen bei Lebendspenden* ist in Art. 12-15 Transplantationsgesetz abschliessend geregelt. Auch die *Zuteilung der zu transplantierenden Organe* ist abschliessend geregelt: Bei einer nicht gerichteten Spende müssen gemäss Art. 16 Abs. 1 Transplantationsgesetz die im Gesetz definierten Zuteilungskriterien und -prioritäten beachtet werden. Bei gerichteten Spenden ist dies nicht der Fall; hier wird von einer rein

¹⁸ Vgl. DE KLERK, Fn (13), S. 8.

¹⁹ Vgl. auch ROODNAT ET AL., Fn (1), S. 825.

²⁰ Vgl. dazu etwa BIAGGINI, Fn (15), Rz. 7 ff. zu Art. 5.

privaten, informellen Übereinkunft zwischen Spender und Empfänger ausgegangen. Betreffend die "einfache" Überkreuz-Lebendspende wird in Art. 6 Abs. 2 Bst. d Transplantationsgesetz festgelegt, dass diese nicht gegen das Verbot der Entgeltlichkeit der Spende verstösst, aber sonst wird diese Art der Organspende nicht weiter explizit geregelt.

- 63 Erfolgt die Organisation der vorgeschlagenen Modelle und namentlich die Bildung von mehrgliedrigen Lebendspendeketten durch öffentlich-rechtliche Transplantationszentren bzw. die Nationale Zuteilungsstelle, wird die rein private Übereinkunft der Spender und Empfänger bei gerichteten Spenden institutionalisiert, und fällt dadurch in den Bereich des öffentlichen Rechts. Deshalb ist u.E. eine *genügende bundesrechtliche Grundlage* für dieses Verwaltungshandeln erforderlich. Eine solche Grundlage existiert nach geltendem Recht nicht. Folglich wäre die Organisation und Durchführung der neuen Organspende-Modelle durch die Transplantationszentren oder die Nationale Zuteilungsstelle u.E. *de lege lata* nicht zulässig.²¹
- 64 Gemäss dem Erfordernis der Gesetzesform müssen zudem *wichtige Rechtsnormen*, auf denen das staatliche Handeln beruht, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Als Konsequenz der Institutionalisierung von gerichteten Spenden in den vorgeschlagenen Modellen stellen sich insbesondere im Bereich der *Zuteilungskriterien und -prioritäten* Fragen, welche hinsichtlich des normativen Gewichts denen bei den nicht gerichteten Spenden entsprechen. Die Grundzüge und Prinzipien der Organallokation bei nicht gerichteten Spenden wurden denn auch durch den Gesetzgeber im Transplantationsgesetz festgelegt. Analog ist davon auszugehen, dass auch institutionalisierte gerichtete Spenden, d.h. Spenden innerhalb von organisierten Kreuzspende-Programmen, zumindest in den Grundzügen auf Gesetzesstufe geregelt werden müssen und Regelungen auf Verordnungsstufe nicht ausreichen. Folglich müssen u.E. insbesondere die Zuständigkeiten und die wesentlichen Prinzipien für die Organzuteilung bzw. die Kettenbildung betreffend die vorgeschlagenen Modelle im Transplantationsgesetz verankert werden.

IV Allfällige Anpassungen des Transplantationsgesetzes

- 65 Um dem Legalitätsprinzip zu genügen, müsste für die Einführung der in Frage stehenden erweiterten Kreuzspende-Modelle das Transplantationsgesetz angepasst werden. Darin sind die Zuständigkeiten und die wesentlichen Grundprinzipien betreffend diese Modelle zu verankern (vgl. vorne Rz. 63 f.).
- 66 Mit Bezug auf alle diskutierten Modelle wären zunächst die Grundsätze betreffend die *Kettenbildung* im Gesetz zu definieren. Insbesondere ginge es darum, die

²¹ Die *klassische Kreuzspende* ist u.E. demgegenüber unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips unproblematisch, solange eindeutig ist, wem gespendet wird. Sobald aber vorgängig eine Auswahl zwischen möglichen Empfängern getroffen werden muss, beispielsweise weil ein drittes Spender-Empfänger-Paar vorhanden ist, erscheint auch diese Form der Kreuzspende problematisch. Es ist für diese Fälle nämlich nirgends geregelt, nach welchen Kriterien eine solche Auswahl getroffen werden soll.

Grundlage zu schaffen für die Berücksichtigung des Kriteriums der Ermöglichung einer *möglichst grossen Zahl* von Lebendspende-Transplantationen (vgl. vorne Rz. 47). Damit müsste freilich ein Überdenken und gegebenenfalls einer Neugewichtung der weiteren Zuteilungskriterien (individueller Nutzen, individueller Bedarf, Wartezeit) einhergehen. Die Maximierung der Anzahl der Transplantationen kann dazu führen, dass nicht jeder Patient das für ihn am besten geeignete Organ erhält, sondern eines, mit dessen Auswahl einer möglichst grossen Anzahl anderer Patienten eine Transplantation erlaubt wird. Unter Umständen führt dies auch zu systematischen Benachteiligungen von potentiellen Empfängern mit besonders schlechtem Gesundheitszustand, weil dasselbe Organ bei einem anderen Empfänger einen grösseren absoluten Nutzen verspricht. Die Abwägung zwischen dem Ziel der Maximierung des Gruppennutzens (möglichst grosse Anzahl von möglichst erfolgreichen Transplantationen) und des individuellen Nutzens (das beste Organ für den jeweiligen Patienten) birgt grosses ethisches und rechtliches Konfliktpotenzial.²² Die schweizerische (Grund-)Rechtsordnung ist grundsätzlich auf das Wohl des Individuums ausgerichtet: die Bedürfnisse gerade des notleidenden Individuums dürfen nicht dem Wohlergehen des Kollektivs geopfert werden. Dieses Verfassungsverständnis gelangt namentlich durch den unbedingten Schutz der Menschenwürde nach Art. 7 BV deutlich zum Ausdruck. Eine starke Gewichtung des Kriteriums der Ermöglichung einer möglichst grossen Zahl von Lebendspende-Transplantationen geriete demnach mit den einschlägigen Grundrechtspositionen (Menschenwürde, Art. 7 BV; Rechtsgleichheit, Art. 8 BV; Recht auf Leben und persönliche Freiheit, Art. 10 BV) der dadurch benachteiligten Individuen in Konflikt.

- 67 Gesetzlich festzulegen wären ausserdem die *Fristen*, innert derer ein Organ eines Brückenspenders im NEAD-Modell in den Kreuzspende-Pool gespendet werden darf, andernfalls es einem Wartelistepatienten ausserhalb des Pools zugeteilt wird.
- 68 Zudem sollte gesetzlich geregelt werden, dass der Status von Patienten auf der Warteliste auf "*inaktiv*" gesetzt wird, wenn sie an einem Kreuzspende-Programm teilnehmen und eine Kette gebildet wird.²³ Patienten mit inaktivem Status kämen für eine ungerichtete Spende auf die Warteliste nicht in Betracht. Für diese Regelung sprechen planerisch-praktische Gründe, weil sonst die Möglichkeit bestünde, dass ein Teilnehmer an einem Kreuzspende-Programm eine Totenspende akzeptiert und damit ein Glied der bereits gebildeten Kette wegfällt. Dies würde den Prozess nicht mehr planbar machen. Eine weitergehende Regelung würde die Empfänger, die an einem Kreuzspende-Programm beteiligt sind, während der ganzen Dauer dieser Beteiligung als potentielle Empfänger einer ungerichteten Spende auf die Warteliste ausschliessen. Dieser Ausschluss könnte mit Gleichbehandlungsargumenten begründet werden, wonach Teilnehmer am Kreuzspende-Programm nicht durch eine "doppelte Chance" auf ein Organ gegenüber regulären

²² Vgl. dazu eingehend SCHOTT, Fn (17), S. 160 ff.

²³ Gegenwärtig wird der Status TCI für "*Temporary Contra-Indication*" für Wartelistepatienten verwendet, die vorübergehend aus medizinischen oder anderen Gründen für eine Transplantation ausser Betracht fallen.

Wartelistepatienten bessergestellt werden sollen²⁴. Weil eine dauernde Inaktivierung der Teilnehmer an einem Kreuzspende-Programm auf der anderen Seite auch zu einer im Einzelfall nicht gerechtfertigten Benachteiligung dieser Teilnehmer führen kann, wenn sie die blosser Suche nach einem geeigneten Kreuzspender mit dem Verlust jeglicher Chance auf eine Totenspende "bezahlen", erscheint uns diese Regelung aber nicht empfehlenswert.

- 69 Weiter sollte u.E. gesetzlich vorgesehen werden, dass alle kreuzspendewilligen Paare in einem Pool bzw. einer zentralen Datenbank bei der *Nationalen Zuteilungsstelle* aufgenommen werden. Damit soll einerseits vermieden werden, dass die Transplantationszentren selbst Lebendspende-Organen lokal vermitteln und damit die neu ermöglichten Kreuzspende-Pools und -Modelle ins Leere laufen. Andererseits sollte die Kreuzspende generell zentral auf nationaler Ebene organisiert werden, sobald vorgängig eine Auswahl zwischen verschiedenen Empfängern getroffen wird. Dies ist schon der Fall, wenn für ein kreuzspendewilliges Paar zwischen zwei anderen passenden Paaren ausgewählt werden muss. Der Grund dafür liegt in der Regelungslücke, die hier bezüglich der Zuteilungskriterien besteht, denn es ist nicht geregelt, nach welchen Kriterien die Auswahl bei solchen gerichteten Spenden stattfinden soll. Ausserdem wird durch einen möglichst grossen Pool die Gesamteffizienz des Systems optimiert, und die Grundprinzipien und Sicherheitsstandards können in der ganzen Schweiz rechtsgleich verwirklicht werden.²⁵ Auch kann eine Benachteiligung von Wartelistepatienten durch eine zentrale Verwaltung der Kreuzspende-Pools und der Warteliste am effektivsten vermieden werden. Das Argument, wonach durch Kreuzspende-Programme marktanaloge Anreize geschaffen werden sollten und sie deshalb nicht in staatlicher Hand liegen dürften²⁶, ist u.E. nicht überzeugend. Aufgrund des Organhandelsverbots erscheinen marktanaloge Strukturen per se problematisch wenn nicht sogar unzulässig.
- 70 Ebenfalls aus praktischen Gründen sollte u.E. gesetzlich festgelegt werden, dass die Organentnahmen bei den vorgeschlagenen Modellen *gleichzeitig* stattfinden müssen. Durch nicht-simultane Transplantationsprozesse könnten zwar allenfalls noch längere Ketten gebildet werden²⁷, aber da niemand zur Spende gezwungen werden kann²⁸, ist die Gefahr von sogenannten Aussteigern, d.h. Spendern, die nicht mehr zu einer (Rück-)Spende bereit sind, nachdem ihr Partner das benötigte Organ erhalten hat, wohl zu gross.²⁹ Das Erfordernis der Simultaneität hätte allerdings zur Konsequenz, dass das NEAD-Modell nicht durchführbar wäre (mit der Konsequenz, dass die Fristen gemäss vorstehender Rz. 67 nicht geregelt

²⁴ Schon jetzt muss nach Art. 8 Organzuteilungsverordnung durch die Nationale Zuteilungsstelle sichergestellt werden, dass ein Patient für ein bestimmtes Organ nicht mehrfach aufgeführt ist.

²⁵ Ähnlich DE KLERK, Fn (13), S. 17.

²⁶ Vgl. ANDREAS BACHMANN/KLAUS PETER RIPPE, Überkreuzte Lebendspende, Ethisches Gutachten zuhanden des Bundesamts für Gesundheit, Zürich 2014, S. 24 f.

²⁷ Nieren werden in sechs der sieben Transplantationszentren der Schweiz transplantiert. Jedes dieser Zentren kann bis zu drei Nierenentnahmen simultan durchführen. Damit könnten bei simultaner Durchführung der Transplantationen immerhin Ketten mit bis zu 18 Paaren gebildet werden.

²⁸ Gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. i Transplantationsverordnung hat eine für eine Spende in Frage kommende Person das Recht, die Spende ohne Angabe von Gründen abzulehnen oder die erteilte Zustimmung formlos zu widerrufen.

²⁹ Vgl. DE KLERK, Fn (13), S. 71, wonach in den Niederlanden ein Hauptproblem bei der Durchführung von Nierenspendeprogrammen der Widerruf der Einwilligung seitens der Spender ist.

werden müssen), da der Brückenspender nicht zu einem späteren Zeitpunkt spenden könnte.

- 71 Um einen Anreiz für Lebendspender zu schaffen, und auch um das von ihnen eingegangene Risiko abzumildern, wäre denkbar, eine *Wartelisten-Priorität* für diese Personen vorzusehen, wenn die dem Spender verbleibende Niere später nicht mehr funktionstüchtig ist.³⁰ Einer solchen Priorisierung für Lebendspender könnten u.E. allerdings mit gutem Grund verfassungsrechtliche Argumente der Gleichbehandlung entgegengehalten werden.³¹
- 72 Ausserdem muss eine Risiko-Nutzen-Analyse durchgeführt und gestützt darauf entschieden werden, ob die vorgeschlagenen Modelle auf *Nierentransplantationen* zu begrenzen sind. Nierentransplantationen gehören in der Schweiz zu den Routineoperationen, und die Sterberate von Lebendspendern ist sehr tief. Die Lebendspende von z.B. Teilen der Leber gilt im Vergleich dazu als deutlich risikoreicher.
- 73 Schliesslich bedürfte es Gesetzesänderungen betreffend Personen *ohne Wohnsitz in der Schweiz* bzw. den *internationalen Organaustausch*, wenn eine Zusammenarbeit mit benachbarten Staaten im Hinblick auf Kreuzspende-Pools angestrebt werden sollte. Eine solche Zusammenarbeit könnte u.E. sinnvoll sein, um die Effizienz der Modelle zu erhöhen. Die bestehende Regelung in Art. 23 des Transplantationsgesetzes würde für diese Art der Kooperation als Grundlage nicht genügen, weil gemäss dieser Bestimmung der internationale Organaustausch nur zulässig ist, wenn entweder in der Schweiz kein Empfänger gefunden wird oder Empfänger betroffen sind, die aufgrund ihrer Gewebemerkmale mit sehr langen Wartezeiten rechnen müssen. Im Übrigen wären mit Blick auf den internationalen Lebendspende-Organ-austausch zahlreiche weitere schwierige Fragen betreffend Kompetenzen und anwendbare Rechtsnormen zwischen den beteiligten Staaten zu regeln.

C Zusammenfassung der Ergebnisse

1 Gerichtete oder ungerichtete Spende (Frage 1)

- 74 Die *erweiterte Kreuzspende* ist wie die (einfache) Überkreuzspende u.E. als *gerichtete Spende* zu qualifizieren, weil der Spender sein Organ einer bestimmten Person spendet, damit sein Partner im Austausch dazu und nach den Allokationsregeln des Kreuzspendepools ein möglichst gut passendes Organ zurückgespendet erhält. Ob die Rückspende von dem Partner des Empfängers oder von einem anderen Spender erfolgt, ist für die Qualifizierung der Spende u.E. unerheblich.

³⁰ Art. 3 des für die Schweiz am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen *Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe* verlangt, dass Organe nur nach transparenten, objektiven und medizinisch fundierten Kriterien zugeteilt werden. U.E. könnte die Tatsache, dass ein Patient aufgrund einer Lebendspende nur noch eine Niere hat, als medizinisch fundiertes Kriterium qualifiziert werden.

³¹ Dazu SCHOTT, Fn (17), S. 343 ff.

Dasselbe gilt für die Organspenden innerhalb der Ketten beim DPD- und beim NEAD-Modell.

- 75 Sowohl der *altruistische Spender*, dessen Spende die Kettenbildung im DPD- und im NEAD-Modell anstösst, als auch der *Brückenspender*, d.h. der letzte Spender der Kette beim NEAD-Modell, sowie der letzte Spender der Kette beim DPD-Modell, der auf die Warteliste spendet, haben jeweils keine eigenen Beweggründe zur Definition eines bestimmten Empfängers. Deshalb sind diese Formen der Organspende im Prinzip als nicht gerichtete Spenden zu qualifizieren. Diese Qualifikation und die Anwendung der gesetzlichen Allokationsregeln könnten allerdings wegen der niedrigen Anforderungen an das Bestimmtheitskriterium in der Praxis leicht umgangen werden.

2 Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht (Frage 2)

- 76 Die für die Prüfung der Zulässigkeit rechtlich relevanten Probleme sind (1) die Unentgeltlichkeit der Spende und das Verbot des Organhandels, (2) die Organzuteilung, (3) die allenfalls unzulässige Benachteiligung von Patienten auf der Warteliste und (4) die erforderliche gesetzliche Grundlage.
- 77 Die "einfache" Überkreuz-Lebendspende wird gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. b Transplantationsgesetz nicht als Entgelt qualifiziert. Nach Sinn und Zweck dieser Gesetzesbestimmung verstossen deshalb auch die erweiterte Kreuzspende, das DPD-Modell und das NEAD-Modell nicht gegen das *Verbot der Entgeltlichkeit der Spende*. Da die Bildung von Paaren und Ketten zur unentgeltlichen Spende und anschliessenden Transplantation keinen Handel darstellt, wird auch nicht gegen das *Organhandelsverbot* von Art. 7 Abs. 1 Transplantationsgesetz verstossen.
- 78 Betreffend die *Organzuteilung* sind die erweiterte Kreuzspende sowie die gerichteten Spenden in den Ketten des DPD- und des NEAD-Modells unproblematisch, weil hier die gesetzlich vorgesehenen Zuteilungskriterien und -prioritäten nicht zur Anwendung gelangen. Die nicht gerichteten Spenden beim DPD- und beim NEAD-Modell, um anfangs die Ketten anzustossen, und auch die nicht gerichtete Spende des Brückenspenders beim NEAD-Modell sind dagegen nach geltendem Recht problematisch, weil nicht nach den gesetzlichen Kriterien alloziert wird. Sofern allerdings die Qualifikation dieser Spenden als nicht gerichtete Spenden in der Praxis umgestossen werden kann und sie als gerichtete Spenden anzusehen sind, verstossen auch das DPD- und das NEAD-Modell im Hinblick auf die Organzuteilung nicht gegen das geltende Transplantationsgesetz.
- 79 Bei gerichteten Lebendspenden liegt generell keine *Benachteiligung von Wartelistepatienten* vor, da die Organe hier als direktes oder indirektes "Geschenk" an eine bestimmte Person gespendet werden, und sie sowieso nicht einer (zufälligen) Person auf der Warteliste gespendet worden wären. Werden aber bei nicht gerichteten Spenden Patienten eines Kreuzspende-Programms gegenüber Wartelistepatienten bevorzugt, stellt dies für letztere eine Benachteiligung dar. Dies ist beim DPD- und beim NEAD-Modell der Fall. Beim DPD-Modell lässt sich diese Be-

nachteiligung u.E. jedoch mit vorrangigen sachlichen Gründen rechtfertigen. Dagegen lässt sich das NEAD-Modell u.E. nicht ohne weiteres rechtfertigen.

- 80 Die Organisation und Durchführung der vorgeschlagenen Modelle durch öffentlich-rechtliche Transplantationszentren bzw. die Nationale Zuteilungsstelle benötigt eine genügende gesetzliche Grundlage. Weil eine solche fehlt, erscheint uns die Einführung der erweiterten Kreuzspende sowie des DPD- und des NEAD-Modells gegenwärtig nicht zulässig. Weil ausserdem zum Teil Regelungen zu treffen sind, welche als wichtig im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV zu qualifizieren sind, genügt ein Erlass auf Verordnungsstufe zur Einführung der genannten Modelle u.E. nicht. Vielmehr ist (auch) eine Revision des Transplantationsgesetzes erforderlich.

3 Revisionsvorschläge (Frage 3)

- 81 Das Transplantationsgesetz müsste vor allem hinsichtlich der Zuteilungskriterien und -prioritäten sowie hinsichtlich der Zuständigkeiten betreffend die neuen Modelle angepasst werden. Einerseits ist dies nötig, um die Modelle überhaupt zu institutionalisieren; andererseits stellen sich mit Einführung dieser Modelle neue Wertungsfragen, die vom Gesetzgeber beantwortet werden müssen.
- 82 Weitere zu regelnde Punkte wären u.a. die Schaffung einer zentralen Datenbank für den Kreuzspende-Pool, die Möglichkeit, den Status eines potenziellen Kreuzspende-Empfängers auf der allgemeinen Warteliste temporär inaktiv zu setzen, sowie eine Anpassung der Bestimmungen zu Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz bzw. zum internationalen Organaustausch.

* * *