

Kommerzialisierung menschlicher Körperteile

Erstellt von Silvia Augeneder

In der Reihe S:Z:D Arbeitspapiere Praxis der Robert-
Jungk-Stiftung Juni 2011



JBZ

SALZBURGER:ZUKUNFTS:DIALOGE

arbeitspapiere

Die Autorin: Dr. Silvia Augeneder (Jahrgang 1972) ist Assistenz-Professorin im Bereich Rechts- und Sozialphilosophie, Politische Theorie an der Universität Salzburg. Sie studierte zwei Semester an der Harvard University in Cambridge (Mass.) "American Literature" (1990-1991), absolvierte ein Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg (1991-1997), promovierte 1999 und schloss 2003 den Master of Business Law (MBL) ab. Sie befasst sich seit Jahren mit wirtschafts- und medizinethischen Fragen.

Die S:Z:D Arbeitspapiere werden von der Robert-Jungk-Bibliothek für Zukunftsfragen JBZ (Leiter: Dr. Walter Spielmann) in Partnerschaft mit den Salzburger:Zukunfts:Dialogen herausgegeben. Ansprechpartner für das Projekt ist Mag. Stefan Wally MAS. Die Inhalte der Arbeitspapiere geben nicht notwendigerweise die Meinung der Robert-Jungk-Bibliothek oder der Salzburger:Zukunfts:Dialoge wieder, sie sollen Diskussionen anregen. Salzburg: JBZ-Verlag, 2011.

ISBN 978-3-9501181-4-8

Bisher erschienen:

- Nr. 1/David Röhthler/Government 2.0
- Nr. 2/Minas Dimitriou/Sport zwischen Inklusion und Exklusion
- Nr. 3/Nimet Ünal/Migration und schulischer Erfolg
- Nr. 4/Georg Gruber/Zukunftsvorstellungen junger AsylwerberInnen
- Nr. 5/Achim Eberspächer/R. Jungk: Zukunftsforscher u. Führungszeichen
- Nr. 6/Silvia Augeneder/Kommerzialisierung menschlicher Körperteile
- Nr. 7/Bärbel Maureder/Der Salzburger IT Arbeitsmarkt

www.arbeitspapiere.org

www.jungk-bibliothek.at

www.salzburg.gv.at/szd

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	5
Begriffsbestimmungen.....	7
Rechtliche Aspekte des Kommerzialisierungsverbotes.....	17
Ethische Aspekte des Kommerzialisierungsverbotes im Zusammenhang mit der Organspende.....	23
Fazit	38

Abstract

Organe, Organteile und Gewebe sind angesichts des medizinisch-technischen Fortschritts zu einem wichtigen Bestandteil der medizinischen Praxis geworden. Bedingt durch die allokatrische Schiefelage besteht jedoch eine viel höhere Nachfrage nach Organen, als zurzeit angeboten werden können. Kommerzialisierungsverbote zum Schutz des Einzelnen (Biomedizinkonvention, EU-Charta, GSG, KAKuG) und beispielsweise die Zustimmungslösung für Transplantate (im Verhältnis zur Widerspruchslösung) verschärfen die Situation. Was lässt uns daran festhalten, dass man autonom und willentlich Teile seines Körpers nicht veräußern darf/soll/muss? Die Menschenwürde gerät in Konflikt mit der Autonomie, doch illegaler Organhandel und die Ausbeutung armer Menschen erfordern geradezu eine strikte Regelung. Andererseits ist die Frage zu stellen, weshalb es unproblematisch zu sein scheint, Schmerzengeld für eine körperliche Beeinträchtigung (so z. B. für den Verlust eines Körperteils) beziehen zu können, hingegen mehr als problematisch, Entgelt für seine post mortem Spende zu verlangen?

Einleitung

Nach Fischer¹ prägen zwei Megatrends die heutige (europäische) Gesellschaft, einerseits die absolute Aufwertung der Naturwissenschaften und andererseits das Vorherrschen einer Totalökonomisierung. Beide Trends sind für das Thema insofern relevant, als der Menschen auf natur- und biowissenschaftliche Studien, Ergebnisse reduziert und gleichzeitig

¹ Fischer, M., Wozu Ethik?, in: *Ethik im transdisziplinären Sprachgebrauch*, hg. v. M. Fischer/K. Seelmann, Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2008, Band 8, 17, 22.

kommerzialisiert wird. Mit Hilfe der Genetik kann der Mensch nicht nur bis ins kleinste Detail analysiert werden, es gibt kaum einen Teil des menschlichen Körpers, der nicht medizinisch, wissenschaftlich genutzt wird: OP-Abfälle, Blut, Fruchtwasser, Eizellen, Stammzellen, Spermien, Organe und Gewebe – für z. B. Transplantationen, In vitro-Fertilisation, Bio- bzw. Gewebebanken, die kosmetische Industrie oder die wissenschaftliche Forschung. Doch nicht nur die Nutzung und Verwertung von Körperteilen oder -substanzen zugunsten anderer Menschen oder pauschaler im Sinne der Menschheit steht dabei im Vordergrund, denn auch deren Kommerzialisierung und Ökonomisierung liegt im Fokus der Betrachtungen und entspricht dem zweiten Trend.² Inwieweit darf der Mensch über seinen eigenen Körper verfügen, sogar Teile davon veräußern, oder blockiert uns der Kant'schen Philosophie entsprechend der Schutz der Menschenwürde³, derartige Tätigkeiten zuzulassen. Was, wenn der Spender von Körpersubstanzen zugunsten der Forschung keine Eigentumsrechte erhält, sondern der Fokus auf eine ökonomische Verwertung ausgerichtet ist wie im Fall Moore⁴? Und inwieweit besteht überhaupt Eigentum am eigenen Körper bzw. an Körperteilen?⁵

² Augeneder, S., Die Reduktion des Menschen auf ökonomische Aspekte – der Körper als Ware am Beispiel des Transplantations- und Gewebemarktes, in: *Subjekt und Kulturalität 2, Körperbilder: Kulturalität und Wertetransfer*, Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2011, 59ff.

³ Roth, C., *Eigentum an Körperteilen. Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2009, 36f.

⁴ Hoppe, N., Normative Modelle zur Regelung der Kommodifikation menschlichen Gewebes in Forschung und Therapie: Fragen der Zustimmung aus der Common Law Perspektive, in: *Kultur und Bioethik*, hg. v. C. Steineck/O. Döring, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, 57ff.

⁵ Ofner, H., Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in: *Biotechnologie und Recht*, hg. v. C. Kopetzki/H. Mayer, Wien: Manz Verlag, 2002, 191ff.

Eine Kommerzialisierung menschlicher Körperteile scheint auf vielen Ebenen möglich zu sein. Dieser Beitrag fokussiert den rechtlichen Schutzbereich wie auch die ethische Argumentation einer Kommerzialisierung menschlicher Organe bzw. Organteile, wobei zwischen Lebendspende und post mortem Spende zu differenzieren ist.

Begriffsbestimmungen

Ökonomisierung – Kommerzialisierung

Die Begriffe der Kommerzialisierung wie auch der Ökonomisierung werden im Sprachgebrauch fast inflationär verwendet,⁶ ob nun die Rede von der Ökonomisierung der Lebensbereiche⁷, der Kommerzialisierung des Sports⁸, der Medien⁹ oder beispielsweise der Medizin¹⁰ ist. Im Gegenzug dazu jedoch schwer eruierbar ist eine prägnante Klärung dieser Begriffe. Handelt es sich hierbei um synonym ver-

⁶ Ähnlich Krönig, der die seltene Begriffsklärung von Ökonomisierung bemängelt. Mehr dazu siehe bei Krönig, F. K., *Die Ökonomisierung der Gesellschaft*, Bielefeld: transcript Verlag, 2007, 12. Hinsichtlich der Ausweitung der Wirtschaftswissenschaften auf alle erdenklich möglichen Bereiche des Alltags siehe auch McKenzie, R./Tullock, G., *Homo Oeconomicus. Ökonomische Dimensionen des Alltags*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, 1984, 5ff, 331ff.

⁷ Schimank, U., *Gesellschaftliche Ökonomisierung und unternehmerisches Agieren*, in: *Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft*, hg. v. A. Maurer/ U. Schimank, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 220ff; Korff, W., *Handbuch der Wirtschaftsethik*, Band 4.1, Berlin: University Press, 1999, 221.

⁸ Korff, W., *Handbuch der Wirtschaftsethik*, Band 4.2, Berlin: University Press, 1999, 529f.

⁹ Altmeyden, K.-D., *Ökonomisierung der Medienunternehmen: Gesellschaftlicher Trend und sektorspezifischer Sonderfall*, in: *Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft*, hg. v. A. Maurer/ U. Schimank, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 237ff.

¹⁰ Taupitz, J., *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2007.

wendete Begrifflichkeiten, oder bestehen Unterschiede, die sich bereits in der differentiellen Terminologie manifestieren? Um die Nicht-/Kommerzialisierung von Körperteilen bzw. damit eng verknüpft das Kommerzialisierungsverbot fassen zu können, wird eine Klärung der Begriffe als wichtig erachtet.

Ökonomisierung

Kettner definiert den Begriff der Ökonomisierung als ein Phänomen, das primär auf eine erwünschte Effizienzsteigerung in der Verfolgung von erwünschten Zielen ausgerichtet ist. Dieses sehr allgemein gehaltene Phänomen im Erzielen erwünschter Effekte wie auch in der Steigerung von Effizienz ist seiner Ansicht nach genau die ökonomische Seite auf der Suche nach möglicher Ersparnis von Aufwand beim Verfolgen x-beliebiger Zwecke.¹¹

Krönig hingegen beschreibt die Ökonomisierung aller menschlicher Verhältnisse als Ausbreitung des Marktes samt seiner Prinzipien und Prioritäten auf Bereiche, in denen ökonomische Überlegungen in der Vergangenheit eine eher untergeordnete Rolle spielten. Er spezifiziert seine Ausführungen dahingehend, dass damit nicht nur ein Nebeneinander von wirtschaftlichen mit nicht-wirtschaftlichen gesellschaftlichen Vorgängen gemeint sei, sondern dass eine Unterwerfung sozialer, politischer und natürlicher Verhältnisse unter das ökonomische Prinzip zu verstehen sei. Damit kämen in den jeweiligen Bereichen wirtschaftliche Prinzipien

¹¹ Kettner, M., Kann Ökonomisierung gut und muss Kommerzialisierung schlecht sein? in: *Die Privatisierung von Krankenhäusern*, hg. v. F. Heubel/M. Kettner/A. Manzeschke, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, 117ff.

zur Anwendung, die zuvor von eigenen Prinzipien geregelt wurden.¹²

Eine ähnliche Formulierung findet sich bei Siegert/Meier/Trappel, die die Ökonomisierung als eine Entwicklung beschreiben, mit der marktorientiertes Denken und Handeln zunehmend Einfluss gewinnt. Allerdings wird der Begriff der Kommerzialisierung nicht wirklich erläutert, sodass die einerseits zu allgemein gehaltene, andererseits auf Medien ausgerichtete Begriffsklärung der Ökonomisierung im konkreten Fall zu wenig Aussagekraft besitzt.¹³

Mit anderen Worten könnte man – angelehnt an Krönig – von Ökonomisierung dann sprechen, wenn auf einer theoretischen Ebene der Objektbereich der Wirtschaftswissenschaften auf Sachverhalte bzw. Lebensbereiche ausgeweitet wird, die zuvor unter keinem oder zumindest nicht dem primär ökonomischen Kalkül unterworfen waren. So zum Beispiel der Bereich der Medizin, der Bildung, der Medien, der Kultur oder des Sports bis hin zur Familie oder dem eigenen Leben. Dieser Ausdehnungsprozess kann bedingt durch gesellschaftliche, technische, rechtliche oder beispielsweise umweltmäßige Rahmenänderungen allokatorische Mangelzustände herbeiführen, die eine ökonomische Betrachtungsweise notwendig erscheinen lassen. Wie jedoch meiner Ansicht nach Schimank richtig ausführt, ist der Ökonomisierungsdruck in den einzelnen Bereichen unterschiedlich ausgeprägt. Das Gesundheitssystem, das gerade in letzter Zeit von einer starken Ökonomisierung gekennzeichnet ist, weist seiner Ansicht nach immer noch eine teilsystemische

¹² Krönig, F. K., *Die Ökonomisierung der Gesellschaft*, Bielefeld: transcript Verlag, 2007, 12f.

¹³ Siegert G./Meier, W. A./ Trappel, J., Auswirkungen der Ökonomisierung auf Medien und Inhalte, in: *Einführung in die Publizistikwissenschaft*, hg. v. O. Jarren/H. Bonfadelli./G. Siegert, Bern, Stuttgart, Wien: Haupt UTB Verlag, 2005, 472.

Logik bei Knappheitsfragen auf, das sich hauptsächlich im ärztlichen Handeln (vor allem im Bereich der Notfallmedizin) dahingehend manifestiert, dass unabhängig von den Kosten einer Behandlung oder den geringen Lebenschancen alles medizinisch Mögliche versucht wird.¹⁴ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass Daniel Callahan's umstrittener Ansatz der Altersrationierung „Setting Limits“¹⁵ bereits Eingang in gewisse Gesundheitssysteme in Form von Leistungsbeschränkungen gefunden hat.¹⁶

Kommerzialisierung

Der Begriff der Kommerzialisierung stellt im Vergleich zur Ökonomisierung für Kettner die besondere, engere Kategorie dar, die für jene Handlungskontexte vorherbestimmt ist, um nicht irgendwelche Ziele (effizienter) zu verfolgen, sondern das Ziel der monetären Rendite ins Auge gefasst haben.¹⁷

¹⁴ Schimank, U., Gesellschaftliche Ökonomisierung und unternehmerisches Agieren, in: *Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft*, hg. v. A. Maurer, /U. Schimank, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, 223.

¹⁵ Zitiert nach Stadler, Ch. M., Dialektik der Grenze. Zum Problem medizinischer Allokation in der alternden Gesellschaft, in: *Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics*, No. 8, hg. v. N. Forgo/A. Somek, Wien: 1998, 8ff, 12ff.

¹⁶ Huster, S., Altersrationierung im Gesundheitswesen: (Un-)Zulässigkeit und Ausgestaltung, *MedR* (2010) 28, 369–372. Diverse Aspekte der Ökonomisierung des toten Körpers siehe bei Thomes, P. et al., *Die Ökonomie des toten Körpers*, in: *Objekt Leiche. Technisierung, Ökonomisierung und Inszenierung toter Körper*, hg. v. D. Groß/J. Grande, Frankfurt, NY: campus Verlag, 2010, 387ff.

¹⁷ Kettner, M., Kann Ökonomisierung gut und muss Kommerzialisierung schlecht sein? in: *Die Privatisierung von Krankenhäusern*, hg. v. F. Heubel/M. Kettner/A. Manzeschke, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2010, 118f.

Kommerzialisierung wird in ähnlicher Weise als „to manage on a business basis for profit“ definiert,¹⁸ deutet also dahin, mit wirtschaftlichen Prinzipien Gewinn zu erwirtschaften, Rendite zu erzielen oder anders ausgedrückt: aus etwas Geld zu machen. Diese Handlungsebene erfährt eine speziellere Ausprägung, wenn es um die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers oder dessen Körperteile geht. Taupitz versteht darunter die Nutzung des Menschen bzw. seines Körpers oder dessen Teile zum Zwecke des Gewinns in Kauf, Verkauf und Handel, wobei der Begriff des Gewinns nicht auf Geldleistungen beschränkt werden könne, sondern auch sonstige Formen vermögenswerter Zuwendungen mit einzubeziehen seien. Zu differenzieren sei seiner Ansicht nach weiters zwischen dem Begriff des Gewinns und jenem des Entgeltes, so beispielsweise medizinische Dienstleistungen am Körper, die nicht unter den Begriff der Kommerzialisierung zu reihen seien, da nicht mit dem Körper verdient bzw. aus ihm Nutzen gezogen würde.¹⁹

Ein noch engeres (möglicherweise zu enges) Verständnis der Kommerzialisierung findet sich bei Roth, der diese als eine direkte Gegenleistung in Geld für die Einräumung von Eigentum an menschlichen Körpersubstanzen oder die tatsächliche Überlassung von Bestandteilen des Körpers definiert.²⁰

¹⁸ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/commercialization> (19.4.2011).

¹⁹ Taupitz, J., *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2007, 3.

²⁰ Roth, C., *Eigentum an Körperteilen. Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2009, 5, Fn 16. Zu eng meiner Ansicht nach insofern, als die Fixierung auf lediglich Geldleistungen die sonstigen (vermögenswerten) Zuwendungen ausklammern würde.

Spende

Der Begriff der Spende ist im Zusammenhang mit der Kommerzialisierung menschlicher Körperteile nicht unwesentlich, insofern die Spende im Gegensatz zur Kommerzialisierung gesehen werden kann, als diese im Idealfall freiwillig, altruistisch und damit ohne Gegenleistung getätigt wird. Decker umschreibt die Organspende als „Geschenk des Lebens“, was einerseits den altruistischen Charakter als auch die Freiwilligkeit der Handlung unterstreichen soll.²¹

Schäfer et al. definieren die Spende im allgemeinen Sprachgebrauch als freiwillige Gabe eines materiellen Gutes, das in der Regel ohne Gegenleistung in der Absicht erfolgt, den Empfänger unmittelbar oder über den Empfänger mittelbar einen Zweck zu unterstützen oder zu fördern.²² Das Festhalten an rein altruistischen Merkmalen, somit dem gänzlichen Fehlen einer Gegenleistung bei der Klärung des Begriffs der Spende erscheint m. A. n. jedoch obsolet und erfordert, den Begriff der „absenten Gegenleistung“ nicht zu eng auszulegen. Dabei ist jedoch zwischen Gewinn und Entgelt, mit anderen Worten zwischen einer meist rechtlich unzulässigen Vorteilsgewährung und einem zulässigen Nachteilsausgleich zu differenzieren.²³ Naturalleis-

²¹ Decker, O., *Der Warenkörper. Zur Sozialpsychologie der Medizin*, Habilitationsschrift, Universität Leipzig, 2009, 22.

²² Schäfer, G./Westermann S./Groß D., *Do ut des? Zur Motivation von Körperspendern und zur Funktion des toten Körpers*, in: *Objekt Leiche. Technisierung, Ökonomisierung und Inszenierung toter Körper*, hg. v. D. Groß/J. Grande, Frankfurt/NY: campus Verlag, 2010, 522.

²³ Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen verpönte[m] Gewinn und zulässigen finanziellen Ausgleichen siehe Kopetzki, der entsprechend dem GSG (BGBl I Nr 49/2008 idF BGBl I Nr 63/2009) eine Abgrenzung dahingehend vornimmt, dass jene vermögenswerten Zuwendungen verboten sind, die den Betroffenen finanziell besser stellen, als dies ohne Spende der Fall wäre. Hingegen als zulässig gelten all jene Zuwendungen, die Nachteile ausgleichen sollen, die mit der Spende verbunden sind. Kopetzki, C., Ent-

tungen bei der Blutspende,²⁴ ein finanzieller Zeitausgleich (Dauer des Spendevorganges und rasche Abrufbarkeit des Spenders) bei der Plasmaspende,²⁵ sowie eine gewisse Gegenleistung im Rahmen der Übernahme einer Erd- oder Feuerbestattung bei Körperspenden (Erklärung des Verstorbenen, nach der seine Leiche dem anatomischen Institut einer österreichischen Universität übergeben werden soll) scheinen zulässig zu sein.²⁶

Pöltner führt als Merkmal der Spende ebenfalls die Freiwilligkeit wie auch den Ausschluss rein ökonomischer Motive an, um illegalen Organhandel/-verkauf bzw. Formen der Selbstinstrumentalisierung zu vermeiden. Doch könne zurecht nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen Druck auf den Lebendspender ausgeübt werden, denn gerade Familienangehörige und nahe Verwandte könnten den potenziellen Spender mit vor allem medizinisch-moralischen Argumenten der besseren Verträglichkeit des Organs, der höheren Überlebenschancen oder einer quasi-Pflicht zur Spende aufgrund des verwandtschaftlichen Naheverhält-

nahmeeinrichtungen, Gewinnverbote, Gewinnung vom Verstorbenen, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 156.

²⁴ Siehe ähnliche Argumente bei Buyx, A. M., Anreize in der postmortalen Organspende: Belohnte Spendebereitschaft, *Ethik in der Medizin* 1, 2009, 15f.

²⁵ Hamerl, T., Rechtsschutz des Spenders von Blut und Knochenmark, in: *Ware Mensch. Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers*, hg. v. G. Plöchl, Wien: Linde Verlag, 1996, 53.

²⁶ So z. B. § 16 Salzburger Leichen- und Bestattungsgesetz 1986, LGBl Nr 84/1986 idF LGBl Nr 64/2010. Eine ähnliche Regelung einer zulässigen Gegenleistung findet sich bei der Spende von Zellen oder Gewebe im § 4 Abs 7 GSG; Genauerer dazu weiter unten. Hinsichtlich weiterer Argumente zur Gegenseitigkeit der Spende siehe die Ausführungen bei Becchi, P., Ist eine ethisch und rechtlich tragbare Förderung von Organspenden denkbar?, in: *Die Zukunft der Transplantationen von Zellen, Geweben und Organen*, hg. v. P. Becchi et al., Basel: Schwabe Verlag, 2007, 148ff.

nisses in dessen Freiwilligkeit beeinflussen.²⁷

Als Freiwilligkeitskriterien im Rahmen der Lebendspende werden von Fateh-Moghadam nicht nur die Druckausübung von Verwandten aufgrund der persönlichen Verbundenheit auf einer kulturellen Dimension angeführt, sondern kann auf sozialer Ebene das Verhältnis zwischen Spender und Empfänger, das soziale und familiäre Umfeld bzw. die Frage, wie die Spenderauswahl erfolgte, beeinflussend sein. Die psychische Dimension befasst sich damit, wie bisherige Krisen bewältigt wurden, stellt Überlegungen hinsichtlich der Belastbarkeit, aber auch psychischer Befindlichkeiten wie Helfersyndrom, zwanghafte Sinnsuche, unbewusste Schuldgefühle an. Die rationale Ebene versucht anhand der Informationslage (gut/schlecht), der Bewusstheit des medizinischen Risikos oder beispielsweise eigennütziger Motive des Spenders die Freiwilligkeit zu eruieren. Doch auch eine finanzielle Abhängigkeit stellt ein mögliches Motiv für eine Lebendspende dar, die die Freiwilligkeit tangieren kann.²⁸ Zusammenfassend werden fünf Kriterien für das Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen der Freiwilligkeit aufgelistet: die generelle Einwilligungsfähigkeit des Spenders (Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezüglich Art und Umfang des Eingriffs bzw. den damit verbundenen Risiken), die Freiheit der Entscheidungsfindung (ohne äußeren Zwang und Druck) auf Seiten des Spenders wie auch Empfängers, keine Täuschung oder relevante Irrtümer bei der Entscheidungsfindung beim Spender und Empfänger, eine umfassende Aufklärung des Spenders hinsichtlich des medizinischen Eingriffes bzw. eine

²⁷ Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 222ff.

²⁸ Fateh-Moghadam, B. et al., Die Praxis der Lebendspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen, Teil 1, *MedR* 2004, 25.

informierte Einwilligung des Empfängers und zuletzt eine stabile Entscheidung auf Seiten des Spenders.²⁹ Wie jedoch Decker/Winter m. A. n. richtig anführen, scheint eine derartig rationale, informierte und selbstbestimmte Freiwilligkeit durch Beziehungskonstellationen – wie im Binnenverhältnis von Familien vorherrschend (Eltern-Kind-Liebe, Gattenliebe, Verantwortungsgefühle, Abhängigkeiten, Aufopferung, Schuldgefühle) – unterlaufen zu werden.³⁰

Das Merkmal der Freiwilligkeit kann nicht nur in Fällen der Lebendspende tangiert werden, denn auch im Rahmen der post mortem Spende kann eine zumindest eingeschränkte, wenn nicht sogar fehlende Freiwilligkeit vorliegen. Davon ist etwa dann auszugehen, wenn man weiß, dass dem Großteil der Österreicher nicht bewusst bzw. bekannt ist, dass Organe nur dann nicht entnommen werden dürfen, wenn ausdrücklich einer Organspende widersprochen wurde (= die sogenannte Widerspruchslösung). Die damit fingierte wissentliche und willentliche Zustimmung zur Organspende basiert auf der Rechtsunkenntnis, die zumindest dann problematisch erscheint, wenn ein Verstorbener zu Lebzeiten von der Rechtslage erfahren und einer Explantation nicht zugestimmt hätte.³¹ Dass die Spende als Solidari-

²⁹ Fateh-Moghadam, B. et al., MedR 2004, 28.

³⁰ Winter M./Decker, O., Gender-Aspekte in der SpenderIn-EmpfängerIn-Beziehung bei Lebendorganspende, in: *Transplantationsmedizin: Kulturelles Wissen und gesellschaftliche Praxis*, hg. v. A. Manzei/W. Schneider, Münster: Agenda-Verlag, 225ff.

³¹ Etlz, G., Organentnahme aus Leichen, in: *Ware Mensch. Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers*, hg. v. G. Plöchl, Wien: Linde Verlag, 1996, 36. Interessant erscheint in diesem Zusammenhang die Umfrage von Eurobarometer „Organ Donation and Transplant“, in der lediglich 19% der Österreicher hinsichtlich der Spende von Organen über die rechtlichen Regeln informiert sind, während 77% der Österreicher diesbezüglich nicht informiert sind. European Commission, Special Eurobarometer 333a, Organ Donation and Transplant, 2010,

tätsakt von hohem moralischen Wert umschrieben werden kann,³² gerät jedoch genau dann mit der Freiwilligkeit in Konflikt, wenn man über die Option eines Widerspruches nicht aufgeklärt wurde und insofern eine Handlung vorliegt, die nicht wirklich bewusst gesetzt wurde, sodass aus ethischer Sicht diese Handlung auch nicht als solidarische einzustufen sei.³³

Zieht man zusätzlich noch die Legaldefinition des GSG zur „Spende“ heran, wird ersichtlich, dass der Begriff der Freiwilligkeit nicht mehr explizit erwähnt ist: § 2 Z 3 GSG umschreibt den Spender als jene Person, die den Willen zur Spende von Zellen oder Gewebe zur Verwendung beim Menschen ... tätigt, sowie jeder Verstorbene, dem Zellen oder Gewebe zur Verwendung beim Menschen entnommen werden. § 2 Z 4 GSG erläutert die Spende als eine Abgabe von zur Verwendung beim Menschen bestimmten Zellen oder Geweben. Diese Begriffsklärungen entstammen den m. A. n. unzureichenden Begriffsklärungen der RL 2004/23 (Geweberichtlinie), in der die Freiwilligkeit lediglich im Art 4 im Zusammenhang mit der freiwilligen, unentgeltlichen Spende Erwähnung findet.³⁴

http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf
(19.4.2011).

³² Becchi, P., Von der Organallokation als ethisches Problem zur Organallokation als juristisches Problem, in: *Organallokation. Ethische und rechtliche Fragen*, hg. v. P. Becchi et al., Basel: Schwabe Verlag, 2004, 142, 147f.

³³ Wallner, J., *Health Care zwischen Ethik und Recht*, Wien: facultas Verlag, 2007, 283.

³⁴ Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen.

Rechtliche Aspekte des Kommerzialisierungsverbotes

Konkret verwendet das Gesetz nicht den Terminus des Kommerzialisierungsverbots, sondern spricht vom Gewinnverbot. Wie jedoch zuvor ausgeführt, ist der Begriff der Kommerzialisierung auf der Handlungsebene auf Gewinn ausgerichtet, sodass m. A. n. der Begriff des Gewinnverbots synonym herangezogen werden kann. Der österreichischen Rechtsordnung bisher mehr oder weniger unbekannt waren in der Regel Gewinnverbote, da auch das Recht im Rahmen der Privatautonomie vom ökonomischen Prinzip getragen ist.³⁵ So finden sich im Gesetz zwar aus Schutzgründen beispielsweise Zinsobergrenzen oder Regelungen zur *laesio enormis*, jedoch verhindern diese Normen nicht, Gewinn zu erzielen. Wenn der Käufer bereit ist, den vielleicht etwas überhöhten Preis zu bezahlen, der vom Verkäufer angegeben wird, steht dem Kaufvertrag nichts im Wege, vorausgesetzt, die rechtlichen Voraussetzungen wurden eingehalten.

Explizit angesprochen werden rechtliche Gewinnverbote jedoch im medizinischen Bereich, sofern Organe, Körperteile oder Körperflüssigkeiten des Menschen betroffen sind. So finden sich innerstaatliche Gewinnverbote im § 62a KAKuG³⁶, wonach Organe oder Organteile Verstorbener nicht

³⁵ Ein weiterführender Ansatz findet sich in der ökonomischen Analyse des Rechts, indem spezifische Theorien und empirische Methoden der Ökonomie auf das Rechtssystem übertragen werden und die Wirkungen des Rechts auf eine optimale Allokation der Ressourcen hinterfragt wird. Mehr dazu bei Schäfer, H.-B./Ott, C., *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin: Springer Verlag, 2005 oder Assmann, H.-D./Kirchner, C./Schanze, E., *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen: Mohr (Siebeck) Verlag, 1993.

³⁶ Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) BGBl Nr 1/1957 iDF BGBl I Nr 61/2010.

Gegenstand von auf Gewinn gerichteten Geschäften sein dürfen, im § 8 Abs 4 BSG³⁷, der es dem Spender untersagt, für die Spende von Blut oder Blutbestandteilen einen Gewinn zukommen zu lassen, im § 16 FMedG³⁸, der festlegt, dass die Zurverfügungstellung von Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes sein darf oder beispielsweise im § 4 Abs 6 GSG³⁹, der verbietet, Spendern von Zellen oder Geweben oder dritten Personen für eine Spende einen finanziellen Gewinn oder vergleichbare Vorteile zukommen zu lassen oder zu versprechen. Das Gebot der Nicht-Kommerzialisierung findet sich jedoch auch auf supranationaler Ebene, so beispielsweise im Art 3 Abs 2 lit c der Europäischen Grundrechtecharta⁴⁰, im Art 21 der Biomedizinkonvention des Europarates⁴¹ oder im Text der WHO der Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation⁴².

³⁷ Blutsicherheitsgesetz BGBl I Nr 44/1999 idF BGBl I Nr 107/2009. Ein Aufwendersatz ist nur dann zulässig, wenn der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfs in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wird.

³⁸ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz) BGBl Nr 275/1992 idF BGBl I Nr 111/2010.

³⁹ Bundesgesetz über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen (Gewebesicherheitsgesetz-GSG) BGBl I Nr 49/2008 idF BGBl I Nr 63/2009.

⁴⁰ ABI C 83 vom 30. März 2010, Seite 389.

⁴¹ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, SEV Nr. 164; Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und der Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe, SEV Nr. 186.

⁴² http://www.searo.who.int/LinkFiles/BCT_WHO_guiding_principles_organ_transplantation.pdf (19.4.2011).

Inhalte des Gewinnverbots auf internationaler Ebene

Das fünfte Leitprinzip der Guiding Principles der WHO lautet folgendermaßen:

„Cells, tissues and organs should only be donated freely, without any monetary payment or other reward of monetary value. Purchasing, or offering to purchase, cells, tissues or organs for transplantation, or their sale by living persons or by the next of kin for deceased persons, should be banned.“

Sofern es also darum geht, Zellen, Gewebe oder Organe zu spenden, so hat dies auf freiwilliger Basis ohne monetäre Vergütung oder einer anderweitigen Belohnung von monetärem Wert zu erfolgen. Verhindert werden sollen weiters der käufliche Erwerb, Kaufangebote wie auch der Verkauf von Zellen, Gewebe oder Organe für Transplantationen.⁴³

Eine ähnliche Regelung findet sich im Art 21 der Biomedizinkonvention, die ebenfalls die Verwendung des menschlichen Körpers und Teile davon als solche zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verbietet. Eine Präzisierung findet sich im Zusatzprotokoll dahingehend, als gewisse Leistungen vom Gewinnverbot explizit ausgenommen sind. „Nicht verboten sind solche Zahlungen, die keinen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil darstellen, insbesondere die Entschädigung lebender Spender für Verdienstaufschlag und für sonstige berechnete Ausgaben, die durch die Entnahme oder die damit verbundenen medizinischen Unter-

⁴³ Einen Überblick zu diesen und weiteren internationalen Regelungen im Zusammenhang mit der „Nicht-Kommerzialisierung“ des menschlichen Körpers siehe bei Schneider, I., Nicht-Kommerzialisierung des Organtransfers als Gebot einer Global Public Policy, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hg. v. J. Taupitz, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007, 110f.

suchungen verursacht wurden; die Zahlung einer berechtigten Gebühr für rechtmäßige medizinische oder damit verbundene technische Leistungen, die im Rahmen der Transplantation erbracht wurden; die Entschädigung im Falle eines in ungerechtfertigter Weise erlittenen Schadens infolge der Entnahme von Organen und Gewebe bei lebenden Personenspendern. Werbung hinsichtlich des Bedarfs an Organen oder Geweben oder deren Verfügbarkeit, um einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil anzubieten oder zu erlangen, ist jedoch verboten.“⁴⁴ Dujmovits führt näher aus, dass Maßnahmen der Testung, Haltbarmachung, Teilung, Reinigung, Konservierung, Lagerung, Kultivierung oder des Transports der Spende als erlaubtes Entgelt einzustufen seien. Weiters seien Reisekosten als Aufwandsersatz erlaubt, Kosten durch Spitalsaufenthalte in Form einer Aufwandsentschädigung zulässig wie auch ungerechtfertigterweise erlittene Schäden beim Lebendspender infolge der Entnahme von Organen und Geweben möglich.⁴⁵

Im Art 3 der Grundrechtecharta der Europäischen Union, dem Recht auf körperliche Unversehrtheit, findet sich ebenfalls eine Regelung hinsichtlich dem Gewinnverbot im Zusammenhang mit dem menschlichen Körper. Allerdings wird im Abs 2 lit c lediglich das pauschale Verbot ausge-

⁴⁴ SEV Nr. 164 und Nr. 186. Da Österreich weder die Biomedizinkonvention noch das Zusatzprotokoll ratifiziert hat, sind diese Dokumente jedoch innerstaatlich nicht relevant. Siehe diesbezüglich die Empfehlungen der Bioethikkommission, die Biomedizinkonvention möglichst bald zu ratifizieren: Decision of the Bioethics Commission at the Federal Chancellery of 11 February 2002 concerning the recommendation for Austria's accession to the Biomedicine Convention of the Council of Europe, <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=3596> (19.4.2011).

⁴⁵ Dujmovits, E., Grundrechtliche Aspekte des Gewebesicherheitsgesetzes, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 83.

sprochen, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen. Es ergeben sich ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unzulässiger Gewinnerzielungsabsicht und zulässigem Aufwandsersatz wie zuvor bereits bei der Biomedizinkonvention ausgeführt.⁴⁶ Damit normiert die EU eine rechtlich verbindliche Norm, die jedoch hinsichtlich der Bindungswirkung umstritten ist.⁴⁷ Fraglich scheint gerade in diesem Zusammenhang die unmittelbare Drittwirkung dieses Grundrechts, da der Kauf/Verkauf von Organen primär unter Privaten abgewickelt wird. In RdM 2009/161 werden diese beiden expliziten Gewinnverbote (Art 21 MRB und Art 3 GRC) als von geringer rechtlicher Wirkkraft bezeichnet, sodass im Folgenden den innerstaatlichen Regelungen Aufmerksamkeit gewidmet werden soll.

Inhalte des Gewinnverbots auf nationaler Ebene

Innerstaatlich findet sich eine nicht unwesentliche Regelung zum Gewinnverbot im § 62a Abs 4 KAKuG, wonach Organe oder Organteile Verstorbener nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein dürfen, die auf Gewinn gerichtet sind.⁴⁸ Laut Kopetzki bezieht sich dieses Gewinnverbot nicht nur auf die Phase der Spende, sondern umfasst auch alle anschließenden Verwendungsarten von Leichengewebe,

⁴⁶ Siehe diesbezüglich Dujmovits, E., Grundrechtliche Aspekte des Gewebesicherheitsgesetzes, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 94f.

⁴⁷ Mehr dazu bei Stöger, K., Europarechtliche und verfassungsrechtliche Kompetenzfragen, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 30ff.

⁴⁸ Mehr zur Übereinstimmung des Gewinnverbots gem § 62a KAKuG mit der Warenverkehrsfreiheit siehe bei Schneider, C. F., Medizinrechtliche Werbe- und Gewinnverbote und Gemeinschaftsrecht, in: *Biotechnologie und Recht*, hg. v. C. Kopetzki, /H. Mayer, H., Wien: Manz Verlag, 2002, 244f.

so beispielsweise Transport, Verarbeitung und Lagerung von Leichengewebe in Gewebebanken.⁴⁹ Als zulässig erachtet und nicht vom Gewinnverbot umfasst sind Kostendeckungen in Form der Bezahlungen von Arbeits- und Dienstleistungen in Bezug auf das Leichenmaterial sowie Transport-, Bearbeitungs- oder Lagerungskosten.⁵⁰

Eine weitere Regelung des Gewinnverbotes findet sich im § 4 Abs 6 GSG, allerdings ist damit lediglich die Phase der Spende betroffen, insofern dem Lebendspender (oder dritten Personen) „für eine Spende“ von Zellen oder Gewebe weder ein finanzieller Gewinn noch ein vergleichbarer Vorteil zukommen darf. Erlaubt sind hingegen alle jene Zuwendungen, die die Nachteile der Spende ausgleichen sollen, wie z. B. Verdienstentgang oder Aufwendungen (Reise-, Aufenthaltskosten) oder beispielsweise Schadenersatzansprüche, die mit dem Eintritt eines Schadens als Folge der Entnahme in Verbindung gebracht werden (Fahrtkosten, Schmerzensgeld, Behandlungskosten). Während eine Vorteilsgewährung als unzulässig erachtet wird, ist ein Nachteilsausgleich grundsätzlich zulässig.⁵¹

Weiterhin ungeregelt bleibt in Österreich die Lebendspende von Organen, da diese einerseits nicht unter den Anwendungsbereich des GSG fallen (Zellen oder Gewebe) und andererseits das KAKuG von Organen Verstorbener

⁴⁹ Kopetzki, C., Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote, Gewinnung vom Verstorbenen, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 163.

⁵⁰ Hinsichtlich der Zulässigkeit von Kostendeckung bei Leichenmaterial siehe Kopetzki, C., Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote, Gewinnung vom Verstorbenen, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 164.

⁵¹ Genaueres siehe bei Kopetzki, C., Entnahmeeinrichtungen, Gewinnverbote, Gewinnung vom Verstorbenen, in: *Gewebesicherheitsrecht*, hg. v. C. Kopetzki, Wien: Manz Verlag, 2009, 155ff. Siehe auch Aigner, G., Organersatz – Ökonomie und Allokation, RDM 2008/64, 101f.

spricht. Im Sinne eines Größenschlusses müsste, was im Zusammenhang mit dem Gewinnverbot bereits für die Zell- und Gewebespende unzulässig ist, auch für die Organspende unter Lebenden gelten.⁵²

Wie den parlamentarischen Materialien zum GSG zu entnehmen ist,⁵³ soll dieses Gesetz vom ethischen Grundsatz getragen sein, dass Teile des menschlichen Körpers nicht Gegenstand von auf Gewinn gerichteten Geschäften sein sollen. Im weiteren soll anhand von Argumenten überprüft werden, ob dieses rechtlich normierte Gewinnverbot ethisch aufrechterhalten werden kann.

Ethische Aspekte des Kommerzialisierungsverbotes im Zusammenhang mit der Organspende

Das Kommerzialisierungsverbot lässt sich auf der Ebene der Organspende/-gewinnung wie auch im Rahmen der Organzuteilung (Allokation) verfolgen, lediglich erster Aspekt wird im Rahmen dieser Arbeit näher beleuchtet. Relevant ist die vorwiegend individuelle ethische Dimension, wobei als Interessensgruppen⁵⁴ bei der post mortem Spende der Verstorbene (= Spender), der Organempfänger, Angehörige und die Gesellschaft, bei der Lebendspende ebenfalls der Spender, der Empfänger, aber auch Entnahmeeinrichtung

⁵² Weitere Argumente diesbezüglich siehe bei den ethischen Aspekten der Lebendspende.

⁵³ RV 261 BlgNR 23. GP, 6.

⁵⁴ Ach, J.S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 55ff.

gen und die Gesellschaft Fokus der Überlegungen sein werden.⁵⁵

Unbestritten scheint zu sein, dass viel mehr Organe nachgefragt werden, als vorhanden sind. Allokationsfragen sind gerade in diesem Bereich von großer Dringlichkeit und Wichtigkeit. Dementsprechend hoch ist das Interesse der Organempfänger, ein geeignetes Organ zu erhalten, um das eigene Überleben zu sichern (Herztransplantationen) oder zumindest die Lebensqualität zu erhöhen (Leber, Niere, Lunge, Pankreas).⁵⁶ Die Interessen der Organempfänger erscheinen im Verhältnis zu den anderen möglichen Interessensgruppen die vorrangigsten zu sein, geht es darum, rechtzeitig ein geeignetes Transplantat zu erhalten.

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang die unterschiedliche Spendebereitschaft innerhalb der EU Länder bzw. soziodemographische Unterschiede (Geschlecht, Alter, Ausbildung, Tätigkeit) in Bezug auf die Organgewinnung. So erklären sich im Rahmen dieser Umfrage lediglich 39% der Österreicher für eine post mortem Spende bereit, der Durchschnitt innerhalb der EU liegt bei 55%, hingegen können sich sogar 83% der Schweden eine derartige Spende vorstellen. Ähnlich gelagert ist der Fall der Lebendspende für einen nahen Angehörigen, eine derartige Organentnahme können sich nur 35% der Österreicher vorstellen, der EU Durchschnitt ist hingegen bei 53% angesiedelt.⁵⁷ Interes-

⁵⁵ Ach, J.S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 57ff.

⁵⁶ http://www.eurotransplant.org/files/statistics/year_2010.pdf (19.4.2011). Mehr zur Lebensqualität siehe bei Ach, J.S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 57ff.

⁵⁷ Unglücklicherweise wurde gerade im Zusammenhang mit der Lebendspende im Rahmen dieser Studie die Geschlechterdifferenz nicht eruiert. Wie aus anderen Studien ersichtlich, ist gerade in dem Bereich eine Unausgewogenheit anzutreffen, als die Bereitschaft zur Organspende von

sant erscheint weiters, dass die Bereitschaft zur Spende in Zusammenhang mit der Ausbildung und der Art der Tätigkeit steht. Je höher die Ausbildung bzw. Art der Tätigkeit, umso höher ist auch die Bereitschaft, einem Verwandten ein Organ zu spenden. Eine Korrelation lässt sich insofern noch ableiten, als Personen, die die Möglichkeiten einer Organspende mit Familienangehörigen diskutiert haben bzw. die über Kenntnisse der Rechtslage zum Transplantationswesen im jeweiligen Land verfügen, eine viel höhere Bereitschaft zur Organspende aufweisen. Als Gründe für die Ablehnung von Organspenden werden neben der Angst vor Manipulation des menschlichen Körpers (25%) auch das Misstrauen ins System (Transplantationssystem, Zustimmungssystem und/oder generell das soziale System) mit 21% und lediglich 7% religiöse Aspekte genannt. Auffällig hoch mit 31% sind all jene, die keinen Grund für die Ablehnung angeben können.⁵⁸

Ethische Argumente der post mortem Spende

Leichnam

Rechtlich umstritten und gleichzeitig als Vorfrage zu qualifizieren ist, ob der menschliche Leichnam als Sache zu bewerten oder als fortgesetzte Persönlichkeit anzusehen ist. Beerdigungsrituale, Totenfürsorge und die Wahrung der

zwei Drittel der Frauen gegeben ist, wohingegen zwei Drittel der Männer Organe empfangen. Siehe diesbezüglich Winter M./Decker, O., Gender-Aspekte in der SpenderIn-EmpfängerInbeziehung bei Lebendorganspende, in: *Transplantationsmedizin: Kulturelles Wissen und gesellschaftliche Praxis*, hg. v. A. Manzei/W. Schneider, Münster: Agenda-Verlag, 225ff.

⁵⁸ European Commission, Special Eurobarometer 333a, Organ Donation and Transplant, 2010, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf (19.4.2011).

Pietät sprechen für eine fortgesetzte Persönlichkeit, solange der Leichnam noch als Leib einer bestimmten verstorbenen Person angesehen wird.⁵⁹ Kreß formuliert dies dahingehend, dass der Körper des Hirntoten nicht als Sache anzusehen sei, die beliebig instrumentalisiert oder ohne weiteres in den Dienst eines Gesamtnutzens gestellt werden dürfte, da Persönlichkeits-, Freiheits- und Selbstbestimmungsrechte eines Menschen postmortal fortwirken würden.⁶⁰

Hirntodkriterium

Zwingende Voraussetzung für eine Explantation ist die Feststellung des Hirntodes, der als Zustand der irreversibel erloschenen Gesamtfunktion des Gehirns (Großhirn, Hirnstamm, Kleinhirn) definiert wird.⁶¹ Dass dabei der Eintritt des Todes im Arzt-Patientenverhältnis nicht manipuliert werden darf, indem lebenserhaltende Maßnahmen zur Beschleunigung einer Explantationsmöglichkeit unterlassen werden, lässt sich ethisch wie auch rechtlich begründen (Lebensschutz, Tötungsverbot). Zwecks Konfliktvermeidung zwischen dem Lebensschutz des Spenders im Verhältnis zum Explantationsinteresse des Empfängers ist die Feststellung des Todes wie auch die Organentnahme von verschiedenen Personen durchzuführen.⁶²

Festzuhalten ist weiters, dass es systembedingte, länder-spezifische Normierungen in der Handhabung der Organ-

⁵⁹ Helmich in Kletecka/Schauer(Hg), ABGB-ON 1.00 § 285 Rz 7.

⁶⁰ Kreß, H., *Medizinische Ethik*, Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 2009, 228.

⁶¹ Anmerkungen zum Hirntodkriterien wie auch Kritik daran siehe bei Wallner, J., *Health Care zwischen Ethik und Recht*, Wien: facultas Verlag, 2007, 248f bzw. ausführlich bei Kreß, H., *Medizinische Ethik*, Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 2009, 218ff sowie Kodalle, K-M, Überdehnte Solidaritätspflicht, in: *Körperteile – Körper teilen?*, hg. v. D. Preuß et al., Würzburg: K & N Verlag, 2009, 32f.

⁶² Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 227f.

gewinnung gibt, wobei zwischen der Widerspruchslösung wie in Österreich⁶³ und beispielsweise der erweiterten Zustimmungslösung wie in Deutschland differenziert wird. Entsprechend der Widerspruchslösung dürfen nach Feststellung des Todes (Hirntodkriterium) dem Verstorbenen Organe entnommen werden, außer, es wurde zu Lebzeiten ein Widerspruch abgegeben. Pöltner führt diesbezüglich aus, dass diese Regelung nicht auf eine „Sozialpflichtigkeit des Leichnams“ rekurriert, sondern von einer vermuteten Zustimmung zur post mortem Organentnahme ausgeht.⁶⁴ Für die erweiterte Zustimmungslösung ausschlaggebend ist, ob der Organspender zu Lebzeiten seine Zustimmung zur Entnahme geäußert hat, oder aufgrund der Zustimmung anderer Personen, konkret der nahen Angehörigen, die den mutmaßlichen Willen des Verstorbenen zu beachten haben, eine Einverständniserklärung vorliegt.⁶⁵

Lebensschutz, Selbstbestimmung/Autonomie und postmortale Interessen

Der Lebensschutz (als Schutzbereich vor einer unmittelbar möglichen Organentnahme), die Selbstbestimmung eines Menschen, wie mit dem toten Körper umgegangen werden soll, und damit verbunden die Wahrung postmortaler Interessen scheinen m. A. n. die zentralsten ethischen Aspekte im Zusammenhang mit den Spenderinteressen Verstorbener zu sein.

Werden Teile des Körpers zu Transplantationszwecken entnommen, kann dies in Widerspruch zu bereits zu Lebzeiten artikulierten Interessen, die die postmortalen Interessen

⁶³ <http://www.goeg.at/de/Widerspruchsregister> (19.4.2011).

⁶⁴ Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 226f.

⁶⁵ Kreß, H., *Medizinische Ethik*, Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 2009, 228f.

mitumfassen, stehen.⁶⁶ Autonomie als zentraler Aspekt von Organspenden bedeutet die Freiheit von äußeren Zwängen, um das eigene Ideal des guten Lebens und der Selbstverwirklichung zu erreichen, indem man freiwillig entscheidet, welche Handlung gesetzt wird bzw. wie man sich entscheidet.⁶⁷ Hat der Verstorbene in Unkenntnis der Rechtslage zu Lebzeiten keinen Widerspruch hinsichtlich einer Organentnahme abgegeben, jedoch informell seine Meinung gegenüber Freunden oder Verwandten kundgetan, nicht als Spender in Betracht zu kommen, kann die Selbstbestimmung des lebenden Menschen (wie mit dem Körper des Verstorbenen umzugehen ist) und die Freiwilligkeit, die ja Merkmal einer Organspende darstellt, nicht gewahrt werden, sofern es tatsächlich zu einer Explantation kommen sollte. Werden – wie in Österreich üblich – im Rahmen der Widerspruchslösung dennoch nahe Angehörige hinsichtlich einer möglichen und geplanten Organentnahme befragt und informiert,⁶⁸ wissen diese jedoch über den formlos geäußerten Willen des Verstorbenen nicht Bescheid, kann passieren, dass der eigentliche Wille des Verstorbenen nicht respektiert und sein postmortales Interesse verletzt wird. Wie Pöltner m. A. n. zutreffend anführt, ist ein derartiges Gespräch angeraten, würde doch eine verschwiegene

⁶⁶ Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 56ff.

⁶⁷ Martino, M., Ignoranz, Risiko und Ausbeutung – kritische Bemerkungen zur Begründung des Verbotes von finanziellen Anreizen für die Nierenlebendspende, in: *Die Zukunft der Transplantationen von Zellen, Geweben und Organen*, hg. v. P. Becchi et al., Basel: Schwabe Verlag, 2007, 94.

⁶⁸ Derartiges ist auch bei der Widerspruchslösung in der Praxis usus, obwohl rechtlich nicht geboten. Siehe diesbezüglich Ankersmit, H. J. et al., *Ethische und psychologische Aspekte der Explantation*, in: *Medizin- und Bioethik*, hg. v. M. Fischer/K. S. Zänker, Frankfurt a. M.: Peter Lang Verlag, 2006, 234.

Explantation das Vertrauensverhältnis zu den trauernden Angehörigen schwer belasten bzw. die Angehörigen überrascht sein, wenn der Leichnam, der für die Bestattungsfeier abgeholt wird, nur noch in Versatzstücken vorhanden wäre.⁶⁹ Was rechtlich gesehen korrekt abläuft, weil formal kein Widerspruch getätigt wurde, kann ethisch betrachtet die Freiwilligkeit, Selbstbestimmung und postmortalen Interessen einer post mortem Organspende begrenzen bzw. völlig reduzieren.

Zu hinterfragen bleibt, ob das Inaussichtstellen einer geldwerten Leistung in Form eines Anreizes für eine Zustimmung zur Organspende (Zustimmungslösung) oder für das Unterlassen eines Widerspruchs (Widerspruchslösung), einer Belohnung bzw. eines Ausgleichs (Erstattung von Bestattungskosten, Steuervorteile, Versicherungsboni)⁷⁰ für die potenzielle Zurverfügungstellung eines oder mehrerer Organe, unabhängig davon, ob diese nun für eine Transplantation geeignet wären,⁷¹ ethisch vertretbar erscheint. Wie bereits zuvor ausgeführt wurde, sind gewisse Nachteilsausgleiche bei Spenden rechtlich zulässig, Vorteilsausgleiche hingegen im Rahmen von Gewinnverboten unzulässig. Davon gesondert zu betrachten wäre der rechtlich unzulässige, bedingte Verkauf von (einzelnen oder pauschal allen)

⁶⁹ Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 226f.

⁷⁰ So auch Buyx, A. M., Anreize in der postmortalen Organspende: Belohnte Spendebereitschaft, *Ethik in der Medizin* 1, 2009, 10; ein ähnliches Belohnungsmodell findet sich bei Böhnke, O. A., *Die Kommerzialisierung der Gewebespende*, Frankfurt a. M.: Peter Lang Verlag, 2010 148f.

⁷¹ Eine weitere Überlegung müsste insofern noch angestellt werden, ob derartige finanzielle Anreize auch solchen Personen in Aussicht gestellt werden sollen, die aufgrund eines unverantwortlichen Lebensstils oder anderer medizinischer Faktoren als potenzielle Organspender nicht in Frage kommen, so z. B. HIV-Infizierte, Alkohol-, Drogen- oder Nikotinabhängige. Siehe auch Maier, B./Shibles W. A., *The Philosophy and Practice of Medicine and Bioethics*, Heidelberg: Springer Verlag, 2011, 327.

Organen, der mit Bedingungseintritt des Todes vonstatten gehen könnte.⁷²

In den zuvor genannten Fällen könnte die Bereitschaft zur Organspende mithilfe eines finanziellen Anreizes erhöht, der Mangel an Organen verringert werden, indem eine Sensibilisierung hinsichtlich der Sach- und Rechtslage stattgefunden hat, eine bewusste Entscheidung getätigt wird, unabhängig davon, ob die Organe tatsächlich verwertbar sind. Der Lebensschutz scheint mit einem derartigen Anreizsystem nicht tangiert zu sein, da sich auch mit einer Belohnung für eine Zustimmung zur Organspende oder dem Unterlassen eines Widerspruchs am Arzt-Patientenverhältnis nichts ändert bzw. ändern darf. Anders wäre der Fall zu beurteilen, würde der Arzt in das Belohnungssystem integriert werden oder bestünde ein Naheverhältnis des Arztes zum Organempfänger. Indem eine bewusste Zustimmung oder ein Versprechen hinsichtlich der Unterlassung eines Widerspruchs abgegeben wird, wäre die Freiwilligkeit und Selbstbestimmung m. A. n. umso mehr und solange gegeben, als mit dieser symbolischen Belohnung kein wirtschaftlicher Druck auf die Entscheidungsfindung des post mortem Spenders ausgeübt werden kann. Wenn mit der Zurverfügungstellung des menschlichen Leichnams an ein anatomisches Institut die Bezahlung der Bestattungskosten zulässig sind, kann und darf derartiges auch im Rahmen der Organspende Verstorbener gelten. Differenzierter zu betrachten wäre jedoch der bedingte Organverkauf, der zumindest die Freiwilligkeit aufgrund ökonomischer Präferenzen einschränken kann.

⁷² Siehe diesbezüglich auch sog. „Futures“ bei Schneider, I., Ein Markt für Organe? in: *Transplantation. Organgewinnung und -allokation*, hg. v. F. S. Oduncu et al., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 193.

Ethische Argumente der Lebendspende

Bevor auf die ethischen Aspekte der Lebendspende eingegangen wird, sind einige zentrale allgemeine Anliegen der Lebendorganspende zu klären. Angemerkt sei, dass die Lebendspende in Österreich nicht explizit geregelt ist, weshalb die allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Normen wie auch die analoge Anwendung zur post mortem Spende zur Anwendung kommen. Eine Organentnahme darf insofern nur dann durchgeführt werden, wenn diese keine Lebensgefahr für den Spender darstellt, die Organspende als ultima ratio Maßnahme⁷³ keine anderen vernünftigen Möglichkeiten (so z. B. das Vorliegen einer post mortem Spende) zulässt und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁷⁴ Im Fall der Lebendspende können nur bestimmte Organe oder Organteile gespendet werden, auf die verzichtet werden kann. Paarige Organe, wie etwa die Nieren, Organteile, wie z. B. die Leber oder regenerierbare Organe, wie z. B. das Knochenmark können zur Verfügung gestellt werden.⁷⁵ Der medizinische Akt der Explantation stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität dar, sodass es einer Einwilligung des Spenders nach erfolgter Aufklärung bedarf.⁷⁶ Damit der Organspender eine autonome

⁷³ Das ultima ratio Prinzip weist im konkreten Fall eine gewisse Kongruenz mit dem Prinzip der Schadensvermeidung auf, als Lebendorganspenden als äußerstes Mittel heranzuziehen sind. Sofern schadensminimierende Möglichkeiten existieren, sind diese primär einzusetzen. Siehe auch Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 223.

⁷⁴ Wallner, J., *Health Care zwischen Ethik und Recht*, Wien: facultas Verlag, 2007, 284.

⁷⁵ Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2006, 222f; Etlz, G., Organentnahme beim lebenden Spender, in: *Ware Mensch. Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers*, hg. v. G. Plöchl, Wien: Linde Verlag, 1996, 85.

⁷⁶ Wallner, J., *Health Care zwischen Ethik und Recht*, Wien: facultas Verlag, 2007, 284.

Entscheidung hinsichtlich einer Organentnahme treffen kann, sind die medizinischen Möglichkeiten des Eingriffs, die mit dem Eingriff verbundenen Risiken und Folgewirkungen abzuklären. Ziel sollte jedoch eine „informed decision“ sein, sodass das Patientenaufklärungsgespräch angepasst an das jeweilige Vorwissen, die Aufnahme- und Konzentrationsfähigkeit, dessen Verständnis- und Erfahrungshorizont abgestimmt werden muss.⁷⁷

Als ethisch-zentrale Aspekte der Lebendspende können der Schutz der Menschenwürde, der Grundsatz des Nichtschadens (*nihil nocere*) bzw. das Prinzip der Schadensvermeidung und beispielsweise die Selbstbestimmung des Spenders vs paternalistischen Argumenten gesehen werden.

Menschenwürde

Im Zusammenhang mit der moralischen Verortung des menschlichen Leibes ist Kants Argument zu hinterfragen, ob der absolute Wert des Menschen (Personen sind Zweck an sich selbst und mit Würde, insofern einem absoluten Wert ausgestattet) heutzutage immer stärker hin zu einem relativen Wert (Sachen als Mittel sind mit relativem Wert ausgestattet) reduziert wird. Denn „im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anders, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.“⁷⁸ Es

⁷⁷ Mehr zur Aufklärung siehe bei Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 97ff. Siehe auch Schöne-Seifert, B., *Medizinethik*, in: *Angewandte Ethik*, hg. v. J. Nida-Rümelin, Stuttgart: Kröner Verlag, 2005, 706ff.

⁷⁸ Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1999, 61.

stellt sich die Frage, ob der einzigartige Menschen als austauschbares, ersetzbares und verwertbares Wesen erscheint, insofern Organe, Organteile wie auch Gewebe sehr wohl einen Preis besitzen.⁷⁹ Wie jedoch Pöltner klärend ausführt, stellt der Leib weder einen Gegenstand beliebiger Verfügbarkeit noch absoluter Unantastbarkeit dar. Es gibt kein Anrecht auf Organe eines Menschen, das Bedürfnis des einen erlaubt nicht die Verzweckung, andererseits lässt sich per se daraus kein Verbot einer (kommerziellen) Organspende ableiten, das sich konsensuell als zulässig bzw. achtbar erweist.⁸⁰ Ähnlich argumentiert Schroth, demzufolge die Menschenwürde dann verletzt wäre, würde der Mensch zum Objekt degradiert werden. Insofern sich jedoch ein Spender freiwillig und nach erfolgter Aufklärung zu einer Spende bereit erklärt, für eine finanzielle Gegenleistung ein Organ zu spenden bzw. ein Rücktrittsrecht bis zum Zeitpunkt der Narkotisierung möglich sei, könne die Subjektqualität des Spenders nicht in Frage gestellt werden.⁸¹ In eine ähnliche Richtung kommentiert van den Daele, der die Abtrennung und Weitergabe von eigenen Körperteilen zur Organspende zweifellos als eine Verdinglichung des Körpers sieht, diese aber gleichzeitig keine Preisgabe des für die Person und Würde des Spenders konstitutiven Selbst sieht. Insofern könne der Verkauf eines Organs kein „Ausverkauf des Selbst“ sein.⁸²

⁷⁹ Berthillier, C., Organhandel in Europa, in: *Organtransplantationen ethisch betrachtet*, hg. v. Sir P. Morris, Berlin: LIT Verlag, 2006, 191 ff.

⁸⁰ Pöltner, G., *Grundkurs Medizin-Ethik*, Wien: facultas, 2002, 221.

⁸¹ Schroth, U., Das strafbewehrte Organhandelsverbot, in: *Transplantation. Organgewinnung und -allokation*, hg. v. F. S. Oduncu et al., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 168f.

⁸² v. d. Daele, W., Gewinnverbot: Die ambivalente Verteidigung einer Kultur der Gabe, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hg. v. J. Taupitz, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007, 131.

Ach et al. verneinen im Sinne Kants beim Eingriff in den menschlichen Körper in Form einer Organentnahme eine Selbstinstrumentalisierung: „Wer mit seinem Körper Handel treibt, behandelt ihn folglich wie eine Sache und macht sich damit selbst zu einer Sache.“⁸³ Demnach müssten Eingriffe dann als unerlaubt gelten, wenn diese mit dem Überleben nicht vereinbar seien. Da jedoch eine Organentnahme in der Regel nicht mit einer Lebensverkürzung gekoppelt sei, greife dieses Argument nicht. Abzuwägen sei vielmehr, inwiefern sich der Verkauf eines Organs als „Grad der Verzweckung“ von gesundheitsschädlicheren, eventuell lebensverkürzenden Tätigkeiten als Arbeitskraft unterscheidet, sodass von einer moralischen Perspektive die Motive hinsichtlich einer altruistischen Organspende, einem Organverkauf und der Übernahme riskanter Arbeiten gegen Geld bewertet werden müssten.⁸⁴

Grundsatz „*primum nihil nocere*“

Die ärztliche Tätigkeit ist vom ethischen Grundsatz „*primum nihil nocere*“⁸⁵ geprägt und bedeutet, dem Patienten zu nutzen, ihm jedoch niemals zu schaden. Doch steht gerade dieses Leitprinzip, zum Wohl des Patienten zu handeln, vor allem jedoch, ihm nicht zu schaden, in Widerspruch zur Lebendorganspende, wird einem Gesunden zum ausschließlichen Wohl eines anderen ein Organ bzw. Organteil entnommen.⁸⁶ Das Nichtschadensprinzip (Nonmaleficence) als

⁸³ Kant, I., Eine Vorlesung über Ethik, zitiert nach Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 191ff.

⁸⁴ Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 191ff.

⁸⁵ Kern, E., Was bedeutet heute „NIHIL NOCERE“? *Gefäßchirurgie*, Volume 9, Number 1, 2004, 7–11.

⁸⁶ Nagel, E./Mayer, J., Ethische Grundfragen zur Lebendspende, *Der Chirurg*, Volume 74, Number 6, 2003, 531ff; mehr hinsichtlich der Selbst-

eines von vier Prinzipien nach Beauchamp/Childress versteht den Begriff des Schadens vorwiegend als physischen Schaden in Form von Schmerz, Leid, Behinderung, aber auch dahingehend, andere nicht einem Schadensrisiko auszusetzen.⁸⁷ Angesichts der Organknappheit, besserer Überlebenschancen aufgrund von Lebendorganspenden scheinen Explantationen insofern zulässig zu sein und damit gegen das Nichtschadensprinzip zu handeln, als der Lebensschutz, das Wohlergehen und die Lebensqualität des Empfängers um ein Vielfaches größer als das Risiko des Eingriffs der Organentnahme zu sein scheint. Unabdingbare Voraussetzung und gleichzeitig ethische Legitimation für einen derartigen Eingriff ist das Respektieren der Selbstbestimmung, ein Organ bzw. einen Organteil zu spenden. An diesen Entscheidungsprozess sind jedoch hohe Anforderungen wie die der Informiertheit, Freiwilligkeit und Autonomie zu stellen.⁸⁸

Kommerzialisierung der Lebendspende?

Es sind diverse Varianten der Lebendorganspende, damit verbunden unterschiedliche Abstufungen der Nicht-Kommerzialisierung bis hin zur völligen Vermarktung festzustellen: die blutsverwandte Lebendspende (Mutter/Vater –

schädigung des Spenders bzw. medizinischer Risiken siehe bei Knoepffler, N., Ethische Fragen bei Organtransplantationen, in: *Körperteile – Körper teilen?*, hg. v. D. Preuß et al., Würzburg: K & N Verlag, 2009, 22f.

⁸⁷ Beauchamp T. L./Childress, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 56f, 152f.

⁸⁸ Nagel, E./Mayer, J, Ethische Grundfragen zur Lebendspende, *Der Chirurg*, Volume 74, Number 6, 2003, 532. Hinsichtlich der Probleme einer Lebendorganspende im Zusammenhang mit Freiwilligkeitskriterien siehe Fateh-Moghadam, B. et al., Die Praxis der Lebendspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen, Teil 1, *MedR* 2004, 25.

Tochter/Sohn), die nicht-verwandte, emotionale Lebendspende (Ehemann – Ehefrau, Lebensabschnittspartner), die altruistisch motivierte Lebendspende, die kontrollierte, bezahlte nicht-verwandte Lebendspende (rewarded gifting), die kommerzialisierte Lebendspende (Organhandel) und die kriminalisierte Lebendspende.⁸⁹

Ob bei der genetisch bedingten, der emotionalen oder der Fremdspende, allen Formen gemeinsam kann das Fehlen altruistischer Merkmale sein, sind auch hier Dankbarkeitsgesten an der Tagesordnung bzw. Gegenleistungen in einem gewissen Ausmaß geduldet. Die nicht verwandte, bezahlte Lebendspende beinhaltet zwei Unterformen des „rewarded gifting“, einerseits reine Kompensationsleistungen (in Form eines Nachteilsausgleichs, sog. compensated donations⁹⁰) und andererseits Entschädigungen des Spenders mit einem finanziellen Anreiz (donation with incentive). Von Organhandel wird jedoch insofern noch nicht gesprochen, als staatliche Kontrollen und Regelungen unter Ausschluss von Organhändlern und Agenturen tätig werden.⁹¹ Als Merkmal für den Organhandel gilt – angelehnt an das dTPG – ein Handelstreiber, der eine auf Umsatz gerichtete Tätigkeit in Form der einverständlichen Übertragung des

⁸⁹ Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 201f. Eine ähnliche Klassifizierung siehe bei Sever, M. S., Living unrelated-commercial-kidney transplantation: when there is no chance to survive, *Pediatric Nephrology*, Volume 21, Number 10, 2006, 1353f: genetically related, emotionally related, altruistic, rewarded gifting, and rampant commercialism.

⁹⁰ Kritisch betrachtet als Ausgleich für Unannehmlichkeiten, Schmerzen bei Sever, M. S., Living unrelated-commercial-kidney transplantation: when there is no chance to survive, *Pediatric Nephrology*, Volume 21, Number 10, 2006, 1354; weiter gefasst wie oben ausgeführt die rechtlich geregelten, zulässigen Nachteilsausgleiche der Biomedizinkonvention.

⁹¹ Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 201f.

Organs auf eine andere Person beabsichtigt.⁹² Die Grenze zu Dankbarkeitsgesten, die als sozial adäquat und angemessen erscheinen, ist dabei fließend. Abhängig von der jeweiligen Lebenskonstellation, der Art der Beziehung zwischen Spender und Empfänger, dem finanziellen/sozialen Gefälle zwischen den Beteiligten und der spezifischen Situation gilt es zu entscheiden, ob eine zulässige Dankbarkeitsgeste⁹³ oder bezahlter Organhandel vorliegt.⁹⁴

Ach et al. reihen die Formen des rewarded gifting (im Sinne einer finanziellen Prämie für die Hergabe eines Organs) aufgrund der möglichen Auswirkungen auf den potenziellen Organempfänger unter die Kommerzialisierung.⁹⁵ Meiner Ansicht nach ist zwischen den beiden Unterfällen zu differenzieren. Wird durch einen reinen Nachteilsausgleich im Rahmen der compensated donation noch kein Gewinn erwirtschaftet, dann kann im Rahmen der oben angeführ-

⁹² Fateh-Moghadam, B. et al., Die Praxis der Lebensspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen, Teil 2, MedR 2004, 88f. Hinsichtlich der Folgen bei Freigabe des Organhandels siehe Schroth, U., Zur Reichweite und Legitimität eines Organhandelsverbots. Soll ein Anreizsystem ausgeschlossen werden?, in: *Die Zukunft der Transplantationen von Zellen, Geweben und Organen*, hg. v. P. Becchi et al., Basel: Schwabe Verlag, 2007, 109ff wie auch Kanz, K. T., Der Preis des Lebens, in: *Wem gehört der menschliche Körper?*, hg. v. T. Pottthast et al., Paderborn: mentis Verlag, 2010, 259ff. Kritisch Dickenson, D., *Body Shopping*, Oxford: Oneworld Publication, 2008, 153ff.

⁹³ Immer öfter wird der Begriff der Spende mit dem des Geschenks in Verbindung gebracht, eng verknüpft damit ist das Phänomen der Gabe und Reziprozität, welches quasi die moralische Verpflichtung zum Gegengeschenk beinhaltet. Mehr dazu bei Wöhlke, S., Theoretische Erwägungen zu Spende, Gabe und Reziprozität, in: *Wem gehört der menschliche Körper?*, hg. v. T. Pottthast et al., Paderborn: mentis Verlag, 2010, 205ff.

⁹⁴ Fateh-Moghadam, B. et al., MedR 2004, 83f; Schroth, U., Das strafbewehrte Organhandelsverbot, in: *Transplantation. Organgewinnung und -allokation*, hg. v. F. S. Oduncu et al., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 175.

⁹⁵ Ach, J. S./Anderheiden, M./Quante, M., *Ethik der Organtransplantation*, Erlangen: Fischer Verlag, 2000, 201f.

ten Definition von keiner Kommerzialisierung gesprochen werden. Hingegen besteht im Fall einer Spende mit finan-
ziellem Anreiz, der sogenannten donation with incentive,
eine Kommerzialisierungs- und damit Einflussmöglichkeit.

Fazit

Angesichts der Tatsache, dass Lebendorganspenden immer
häufiger zum Einsatz kommen,⁹⁶ wird dringend angeraten,
die rechtliche Lücke der Lebendspende in Österreich unter
Auflistung zulässiger Kompensationsleistungen zu schließen.
Meines Erachtens sinnvoll erscheint, nicht nur genetische
oder emotionale Spender (mit einer persönlichen Verbun-
denheit), sondern auch die sogenannte Cross-Over-
Spende⁹⁷ bis hin zum anonymen Fremdspender heranzuzie-
hen bzw. zu erlauben, sodass der zulässige Spenderkreis
möglichst breit gehalten ist.⁹⁸ Ob es tatsächlich erforderlich
ist, die post mortem Spende der Lebendspende vorzuzie-
hen, somit eine Subsidiarität der Lebendspende zu erwir-
ken ist, müsste weiter untersucht bzw. aus diversen Blickwinkeln
hinterfragt werden. Gerechtfertigt erscheinen hingegen

⁹⁶ Ein höheres Transplantatüberleben, die nahtlose Abfolge der
Explantation wie auch Implantation, eine kurze kalte Ischämiezeit und
verbesserte Operationsverfahren erhöhen den Erfolg der Lebendspende.
Siehe diesbezüglich Besold, A./Rittner, C., Über die Alternativen zur Le-
bendspende im Transplantationsgesetz: Die Überkreuz-Lebendspende –
warum nicht auch in Deutschland, MedR 2005, Heft 9, 502ff.

⁹⁷ Besold/Rittner definieren den Begriff der einfachen Cross-Over-
Spende (Überkreuzspende) als Tausch von Spendeorganen zwischen zwei
Spender/Empfänger-Paaren, da eine direkte Spende zwischen den Part-
nern der einzelnen Paare aus immunologischen Gründen ausgeschlossen
ist. Besold, A./Rittner, C., MedR 2005, Heft 9, 505.

⁹⁸ Hinsichtlich der Legitimation der Begrenzung des Spenderkreises
im Rahmen der Lebendspende siehe Schroth, U., Das strafbewehrte Or-
ganhandelsverbot, in: *Transplantation. Organengewinnung und -allokation*,
hg. v. F. S. Oduncu et al., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 182f.

m. A. n. Kompensationsleistungen für die Erbringung der Organspende, um etwaige Nachteile des Lebendspenders (Schmerzen, Behandlungskosten, Verdienstentgang, Fahrtkosten, zusätzliche Versicherungsleistungen), unabhängig davon, ob es sich um ein Familienmitglied oder um einen unbekanntem Spender handelt, auszugleichen. Bekanntermaßen kann das Heranziehen von Fremdspendern im Grenzbereich des Organhandels angesiedelt sein, doch dürfte mit einer anonymen Spende die Beeinflussungsmöglichkeit unterbunden werden. Die gerechte Zuweisung des Organs an einen geeigneten Empfänger stellt den nächsten Schritt dar, der im Rahmen dieses Papers bewusst ausgeklammert wurde. Hingegen sollten weitere finanzielle Anreize im Sinne von Vorteilsausgleichen bei der Lebendspende nicht gewährt werden, da vor allem bei dieser Art der Spende die Druckausübung (Nötigung zu einer Organentnahme) eine enorm höhere sein kann, die Ausbeutung einer Zwangslage aus ökonomischen Gründen, und damit eine Instrumentalisierung des Menschen jedoch nicht unterstützt oder gefördert werden darf. Die Ausbezahlung diverser Kompensationsleistungen könnte im Rahmen der Versicherungen des Empfängers oder z. B. durch einen neutralen Transplantationsfond erfolgen, der vor allem von Versicherungen,⁹⁹ aber auch finanziellen Unterstützern privater wie auch kommerzieller Natur (Pharmakonzerne, NGOs,) gespeist werden kann. Unabdingbare Voraussetzung und von zentraler Relevanz für eine Lebendspende ist jedoch nach wie vor die autonome und damit freiwillige Entschei-

⁹⁹ Die Kosteneinsparungen durch Lebendnierenpenden im Vergleich zur sehr aufwändigen Dialyse sind enorm. Siehe dazu Besold, A./Rittner, C., Über die Alternativen zur Lebendspende im Transplantationsgesetz: Die Überkreuz-Lebendspende – warum nicht auch in Deutschland, MedR 2005, Heft 9, 510ff.

derung des Spenders, einen derartigen Eingriff in seine körperliche Integrität vornehmen zu lassen. Eine unabhängige Lebendspendekommission wie in Deutschland könnte dabei unterstützend im Verhältnis Spender – Empfänger, jedoch auch für das Transplantationsteam zum Einsatz kommen. Wie bereits oben ausgeführt, scheinen finanzielle Anreize im Zusammenhang mit der post mortem Spende unbedenklich zu sein. Ein gänzlich freier, marktwirtschaftlich orientierter Organhandel, damit inkludiert die Ausbeutung armer Länder, eine totale Kommerzialisierung erscheint jedoch nicht gerechtfertigt zu sein, doch ist es auch an der Zeit, sich von den Vorstellungen einer rein altruistischen Spende zu lösen.

