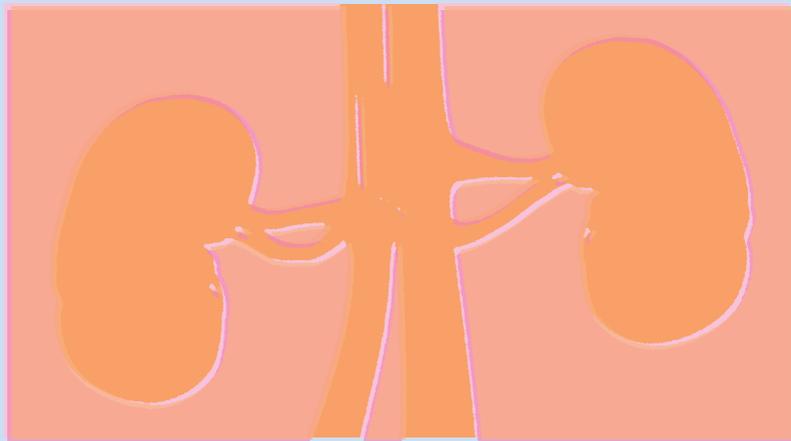


Katharina Stoecker

Zum Novellierungsbedarf der gesetzlichen
Regelungen zur Lebendspende
unter besonderer Berücksichtigung europäischer
und internationaler Vorschriften



Universitätsdrucke Göttingen

Katharina Stoecker

Zum Novellierungsbedarf der gesetzlichen Regelungen zur Lebendspende unter besonderer Berücksichtigung europäischer und internationaler Vorschriften

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2012

Katharina Stoecker

Zum Novellierungsbedarf der
gesetzlichen Regelungen zur
Lebendspende unter besonderer
Berücksichtigung europäischer
und internationaler Vorschriften



Universitätsverlag Göttingen
2012

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Διαιτήμασι τε χορήσομαι ἐπ' ὠφελείῃ καμνόντων κατὰ δυνάμιν καὶ
κρίσιν ἐμὴν, ἐπι δηλήσει δὲ καὶ ἀδικίῃ εἰσέξειν.

*Ich werde ärztliche Verordnungen treffen zum Nutzen der Kranken nach
meiner Fähigkeit und meinem Urteil, hüten aber werde ich mich davor, sie zum
Schaden und in unrechter Weise anzuwenden.*

Hippokrates von Kós (um 460 bis 370 v. Chr.)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Katharina Stoecker
Umschlaggestaltung: Margo Bargheer

© 2012 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-060-6

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Jahr 2011 als Dissertation vorgelegen.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem geschätzten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber, der diese Arbeit angeregt und betreut hat. Er hat die Entwicklung meines Promotionsvorhabens mit Kritik und Ratschlägen begleitet. Ich danke außerdem Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff, der als Mitprüfer das Rigorosum begleitet hat.

Besonders bedanken möchte ich mich außerdem bei meinem Mann Dr. Philipp Stoecker und meinen Eltern Christiane und Prof. Dr. Dieter Bergel, die mir stets jede erdenkliche Unterstützung haben zukommen lassen. Auch meinem Bruder Dr. Philipp Bergel danke ich für seine hilfreichen Ratschläge.

Berlin, Mai 2012

Katharina Stoecker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
A. Einleitung.....	1
B. Gegenstand der Untersuchung.....	3
Kapitel 1: Begriffsbestimmungen und medizinische Grundlagen der Transplantationsmedizin	5
A. Medizinische Begriffe der Transplantationsmedizin	5
I. Der Organbegriff und die Organtransplantation.....	5
II. Die Lebendspende	7
III. Vorteile einer Lebendspende	7
IV. Nachteile einer Lebendspende.....	8
V. Verhältnis von Spender zu Empfänger.....	8
VI. Abgrenzung von der postmortalen Organspende	8
B. Geschichtliche Entwicklung der Transplantationsmedizin	12
I. Ein Überblick (aus medizinischer Sicht)	12
II. Die geschichtliche Entwicklung im Einzelnen	13
1. Die Frühzeit.....	14
2. Ab dem 17. Jahrhundert	14
3. Der Zeitraum seit 1900.....	15
Kapitel 2: Die Systematik der Lebendorganspende in der Bundesrepublik Deutschland.....	19
A. Rechtliche Grundlagen (Transplantationsgesetz).....	19
I. Die Entstehung des Transplantationsgesetzes	19
1. Die historische Entwicklung des Transplantationsgesetzes	19
a. Erste Kodifizierungsversuche bereits in den 70er Jahren	20
b. Die erste schriftliche Fixierung	21
2. Bestimmungen zur Lebendspende	22
II. Das Transplantationsgesetz (heute).....	23
B. Strafrechtliche Einordnung und Voraussetzungen der Lebendorganspende	24
I. Die strafrechtliche Einordnung der Organentnahme bei Lebendspenden	24
II. Die Zulässigkeit der Organentnahme nach § 8 Abs. 1 TPG.....	24
1. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	24
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	25

a. Einwilligung nach § 8 Abs. 1 TPG.....	25
(a) Die Volljährigkeit nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a TPG.....	25
(b) Die Einwilligungsfähigkeit nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a TPG.....	26
b. Die Erklärung der Einwilligung nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b TPG.....	27
c. Ärztliche Aufklärung und Beurteilung des Spenders nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b und 1c TPG.....	28
d. Subsidiarität gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG.....	29
e. Durchführung des Eingriffs durch einen Arzt gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TPG.....	32
f. Die Einschränkung des Spenderkreises nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG.....	33
C. Die Zulässigkeit der Organentnahme unter Berücksichtigung der Körperverletzungsdelikte des StGB.....	35
I. Die Problematik der Körperverletzung.....	35
II. Die Einwilligung und ihre Grenzen.....	37
III. Zwischenergebnis.....	39
Kapitel 3: Verfassungsrechtliche Betrachtung der Beschränkung der Lebendorganspende.....	41
A. Verfassungskonformität des § 8 Abs. 1 TPG.....	42
I. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG.....	42
1. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beim Empfänger.....	42
2. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG beim Spender.....	43
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	43
a. Gesetzesvorbehalt.....	43
b. Formelle Voraussetzungen.....	44
c. Materielle Voraussetzungen.....	44
4. Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 GG.....	44
a. Eingriff in den Schutzbereich.....	45
b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	45
5. Die Möglichkeit der Rechtfertigung der paternalistischen Eingriffe.....	45
II. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG.....	46
1. Verstoß gegen formelles Recht.....	46
a. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG.....	46
(a) „Organe, die sich nicht wieder bilden können“.....	46

(b) „In besonderer Verbundenheit offenkundig nahe stehen“..	47
b. Verstoß gegen das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.....	49
c. Rechtspolitische Gesichtspunkte.....	50
2. Verstoß gegen materielles Recht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG).....	50
B. Verfassungskonformität des § 8 Abs. 3 TPG	51
I. § 8 Abs. 3 S. 1 TPG	51
II. § 8 Abs. 3 S. 2-4 TPG	52
III. Zwischenergebnis	54
C. Verfassungskonformität des § 19 Abs. 2 TPG	55
I. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG	55
II. Verstoß gegen das Schuldprinzip.....	56
Kapitel 4: Regelungen der Nachbarstaaten, der Europäischen Union und der Weltgesundheitsorganisation	59
A. Die Systematik der Lebendorganspende in der Schweiz	61
I. Rechtliche Grundlagen (Das Transplantationsgesetz)	61
II. Die Regelungen im Einzelnen; Art. 12 bis 15 TPG (Schweiz)	61
1. Der Spenderkreis	62
2. Subsidiaritätsklausel und Schutz des Spenders	62
3. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 12 TPG (Schweiz).....	62
III. Unterschiede zum deutschen Transplantationsgesetz	63
1. Die Überkreuz-Lebendspende	63
2. Die Subsidiaritätsregelung.....	64
3. Kommerzialisierung und Organhandel.....	64
4. Versicherungsrechtliche Regelungen.....	65
5. Die anonyme Lebendspende	66
6. Zwischenergebnis	66
B. Die Systematik der Lebendorganspende in Großbritannien	67
C. Die Systematik der Lebendorganspende in den Niederlanden	70
D. Zwischenergebnis zum europäischen Vergleich	72
E. Die Bioethikkonvention des Europarates	73
I. Grundsätze und Bestimmungen des Übereinkommens	73
II. Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (SEV Nr. 186).....	74
1. Die gesetzlichen Regelungen des Zusatzprotokolls im Einzelnen ...	74

2. Die Regelungen des Protokolls im Vergleich zum Schweizer Transplantationsgesetz	77
F. Die Regelungen der Weltgesundheitsorganisation – Der Leitsatz zu einer restriktiven Auslegung des Empfängerkreises	78
I. Hintergrund der Regelungen der WHO zur Organtransplantation	79
II. Die Richtlinien der WHO zur Organtransplantation	80
G. Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates – die Umsetzung in deutsches Recht	81
I. Allgemeines	81
II. Inhaltliche Regelung zur Lebendorganspende	82
III. Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes	83
IV. Die Änderungen im Einzelnen	83
1. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nummer 5 TPG	84
2. Erweiterung des § 10 TPG	84
3. Regelungen des § 16 Abs. 1 TPG	84
4. Regelungen des § 14 TPG	85
V. Zwischenergebnis	85
H. Ethische Überlegungen zur Lebendorganspende	85
I. Ethische Grundsätze	85
II. Der Grundsatz des Nichtschadens (<i>nihil nocere</i>)	86
III. Der Selbstbestimmungsgrundsatz	88
Kapitel 5: Beurteilung des Novellierungsbedarfs der bestehenden gesetzlichen Regelungen der Lebendorganspende mit Novellierungsvorschlägen	91
A. Stellungnahme zu einzelnen Änderungsvorschlägen	91
I. Die Poolmodelle	91
II. Die Überkreuzspende (Cross-over)	93
III. Lebendspenderegister	95
IV. Gutachterliche Stellungnahme durch eine Kommission	95
V. Allgemein	95
B. Novellierungsvorschläge zum TPG	96
I. Vorschlag zur Novellierung des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG	96
II. Vorschlag zur Novellierung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG	96
III. Vorschlag zur Änderung des § 19 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG	97
IV. Vorschlag einer zusätzlichen Gesetzesergänzung	97

Kapitel 6: Zusammenfassung und Ergebnis	99
Literaturverzeichnis:	103

Einleitung

A. Einleitung

Während die derzeitige politische Debatte¹ um die Einführung unterschiedlicher Regelungsmodelle wie der Widerspruchslösung oder der Einführung einer Erklärungsspflicht² im Bereich der postmortalen Organspende die Aufmerksamkeit auf sich zieht, so bleibt auch die Frage nach den transplantationsrechtlichen Regelungen zur Lebendorganspende stets aktuell. Durch die Nierenspende des Politikers Steinmeier im August 2010 an seine erkrankte Ehefrau trat die Lebendorganspende erneut in den Fokus der öffentlichen Berichterstattung, und die auch hier bestehende Bedeutung wurde sichtbar.

Der stetige Fortschritt medizinischer und medizintechnischer Entwicklung führt zu immer neuen Möglichkeiten, Organe, Organteile und menschliches Gewebe zu transplantieren. Seit der ersten Nierentransplantation unter genetisch Nicht-Verwandten im Jahre 1963 kam es zu über 80.000 Transplantationen bundesweit, wovon allein 55.000 Nierenspenden waren.³ Die Organtransplantation ist nicht mehr aus dem medizinischen Alltag wegzudenken.

¹ Tolmein, Ein Wertkonflikt am Lebensende, in: FAZ Artikel vom 5. Juli 2011, Nr. 53, S. 35.

² BR-Drs. 457/1/11 v. 09.09.2011; Deutsches Ärzteblatt „Organspende: Widerspruchslösung kaum Thema im Gesundheitsausschuss“, 30. Juni 2011 unter www.aerzteblatt.de.

³ Dreikorn, Geschichte und Entwicklung der klinischen Nierentransplantation in Deutschland aus urologischer Sicht, S. 156 (Stand 2007).

Wegen der recht geringen Risiken für die Spender und der erfolgreichen Ergebnisse für die Empfänger ist zumindest in den Industrieländern die Lebendspenderate in den letzten Jahren permanent gestiegen. In Deutschland liegt der Anteil mit nur 21,6 % vergleichsweise niedrig, wenn man andere Länder wie die USA oder die skandinavischen Länder betrachtet.⁴

Den größten Teil der Lebendorganspenden bilden dabei neben den Nierentransplantationen (ca. 49.000) die Lebertransplantationen (ca. 10.000).⁵ Diese werden allerdings durch den Mangel an zur Verfügung stehenden Organen in starkem Maß beschränkt. Auch die Frage nach der Verteilung der vorhandenen Organe wurde schon vor Jahrzehnten zum zentralen Diskussionspunkt. Aus diesem Ansatz heraus trat im Jahre 1997 das neue Gesetz über Spende, Entnahme und Übertragung von Organen in Kraft: das Transplantationsgesetz.⁶ Die Zulässigkeit der Organentnahme bei lebenden Organspendern wird dabei durch lediglich vier Paragraphen geregelt; einzig die §§ 8, 8a, 8b und 8c TPG stellen den kompletten dritten Abschnitt des Gesetzes dar.

Das TPG wurde in einem sachorientierten Dialog der politischen Entscheidungsträger mit den Fachkreisen⁷ entwickelt und stellt damit beispielhaft ein interdisziplinär entworfenes Fachgesetz dar.⁸ Aus Sicht der Ärzteschaft haben sich die Regelungen als Rahmenvorgabe zur Organtransplantation weitestgehend bewährt.⁹ Jedoch ist auch hier klar erkennbar, dass gesetzliche Vorgaben wie die Subsidiarität der Lebendorganspende zur postmortalen Organspende wissenschaftlich längst überholt sind.¹⁰ Die Struktur des TPG wird darüber hinaus oftmals für die sich ergebenden anspruchsvollen Anforderungen als unzureichend angesehen. Die letzten Jahre haben gezeigt, dass Teile des Gesetzes in erheblicher Weise mit verfassungsrechtlichen Vorgaben kollidieren. Auch die Tatsache, dass innerhalb des letzten Jahrzehnts eine Fülle neuer wissenschaftlicher Erfahrungen und Daten gewonnen wurde, über welche man zur Zeit der Verabschiedung des TPG noch nicht verfügte, lassen eine Neubewertung sinnvoll erscheinen. Erforderlich wird diese Diskussion immer wieder vor dem Hintergrund der genannten Situation des akuten Organmangels. So wird neben dem Wunsch nach einer normativen Um-

⁴ *Liefeld/ Budde*, Lebendspende 2011 Möglichkeiten und Grenzen, Nephro-News 1/ 11 auch unter: <http://www.medicom.cc/medicom/inhalte/nephro-news>.

⁵ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, Stand 2004.

⁶ Im Folgenden TPG.

⁷ Juristen, Ärzte, Ethiker, Patienten und deren Angehörige u.a.

⁸ *Middel/ Pühler* in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Band 1, Einführung, S. 4.

⁹ *Fornara* in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Band 1, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die ärztliche Perspektive, S. 135 (135 f.).

¹⁰ *Fornara* in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Band 1, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die ärztliche Perspektive, S. 135 (135).

strukturierung des TPG auch immer nach einer möglichen Lösung gesucht, die Zahl der Spenderorgane zu erhöhen.

B. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung ist die Systematik der Lebendorganspende. Ausgangspunkt der Arbeit ist dabei die medizinische Einordnung (Kapitel 1). Anschließend folgt zunächst die Frage nach der rechtlichen Regelung in der Bundesrepublik Deutschland durch § 8 TPG (Kapitel 2). Dabei soll – nach einem rechts-historischen Einschub zur Entstehung des Gesetzes – auf die strafrechtliche und nicht-strafrechtliche Einordnung eingegangen werden. Die Lebendorganspende und ihre strengen Voraussetzungen i.S.d. § 8 TPG werden einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen und auf ihre medizinethische Vertretbarkeit hin hinterfragt (Kapitel 3).

Der Blick auf die rechtliche Situation von Organlebenspendern führt zu einem Vergleich deutschen Rechts mit einigen ausgewählten europäischen Ländern unter Schwerpunktsetzung auf die Schweiz. Dabei werden die unterschiedlichen Regelungsmodelle veranschaulicht. Diese rechtsvergleichende Übersicht der Systematik der Lebendorganspende in Europa und der Bundesrepublik Deutschland liefert Kapitel 4, darin auch einen Überblick zu den Bioethikkonventionen des Europarats und den Regelungen der WHO sowie der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats 2010/45/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe. In diesem Zusammenhang werden auch die jüngst im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Transplantationsgesetz vorgenommenen Änderungen diskutiert.

In Kapitel 5 und 6 werden unter Würdigung der Ergebnisse der verfassungsrechtlichen und rechtsvergleichenden Prüfung der Novellierungsbedarf und zukünftige Alternativen zur bisher geltenden Gesetzesregelung in der Bundesrepublik Deutschland diskutiert und zusammengefasst.

Kapitel 1: Begriffsbestimmungen und medizinische Grundlagen der Transplantationsmedizin

A. Medizinische Begriffe der Transplantationsmedizin

Für das Verständnis der Thematik sollen zunächst die medizinischen Grundlagen erläutert werden.

I. Der Organbegriff und die Organtransplantation

Zu den terminologischen Begrifflichkeiten: Transplantation (lateinisch: *transplantare* = „verpflanzen“, „versetzen“)¹¹ bezeichnet die Verpflanzung von funktionsfähigem organischem Material in der Medizin. Ein Transplantat kann aus Zellen, Geweben, Organen oder Organsystemen bestehen und zu Heilzwecken auf eine andere Körperstelle oder einen anderen Menschen übertragen werden. Dabei soll die Funktionsfähigkeit des Organismus wiederhergestellt werden.¹² Der grundsätzlich sehr weit gefasste § 1 Abs. 1 TPG umfasst als Organe¹³ (griechisch: „organon“

¹¹ *Wilmanns/ Schmitt*, Die Medizin und ihre Sprache: Lehrbuch und Atlas der Medizinischen Terminologie nach Organsystemen, S. 50.

¹² *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Transplantation.

¹³ Unter Organen versteht man bei vielzelligen Lebewesen einen durch seine Struktur und Funktion, aus verschiedenen Zellen und Geweben aufgebauten abgegrenzten Teil eines Organismus. Brockhaus, Band 20, N-P, S. 431.

= Werkzeug) keine tierischen Organe oder in den Körper eingefügte künstliche Produkte, wie Endoprothesen oder auch Herzschrittmacher.

Unterschieden werden die unterschiedlichsten Arten der Transplantation. Schon dem Namen entsprechend wird bei der Autotransplantation das Gewebe demselben Menschen entnommen, dem es auch wieder verpflanzt werden soll. Dieser häufig durchgeführte Vorgang wird auch autologe Transplantation genannt.¹⁴ Diese Art der Transplantation bietet sich vor allem bei mehrfach vorhandenen Organ- bzw. Gewebeteilen wie bei Haut, Sehnen, Muskeln, Knochen und Nerven an. Sie ähnelt anderen medizinischen Eingriffen und Behandlungen so sehr, dass mangels Interessenkollisionen mit Dritten eine juristische Relevanz bis zum heutigen Tag als weniger problematisch erscheint.¹⁵ Sie ist zudem nicht durch das TPG geregelt.¹⁶

Bei der sogenannten Isotransplantation¹⁷ werden Organe bzw. Gewebeteile zwischen genetisch identischen Personen wie z.B. eineiigen Zwillingen verpflanzt. Werden Organe bzw. Gewebeteile zwischen genetisch nicht identischen Spender-Empfänger-Paaren transplantiert, spricht die Transplantationschirurgie von einer Allogtransplantation.¹⁸ Die Transplantation innerhalb unterschiedlicher Spezies-Systeme nennt man Xenotransplantation oder auch xenogene Transplantation.¹⁹ Die Xenotransplantation wird als jede Übertragung oder Infusion lebender Organe, Gewebe oder Zellen tierischer Herkunft oder lebender menschlicher Organe, Gewebe, Zellen und Körperflüssigkeiten, die außerhalb des menschlichen Körpers mit lebenden tierischen Organen, Geweben oder Zellen in Kontakt standen (sog. ex vivo-Perfusion) definiert.²⁰

Für diese gilt nach dem oben Gesagten das TPG nicht. Interessant ist an dieser Stelle für die juristische Prüfung allein die allogene bzw. homogene Transplantation, also die Übertragung von Organen von einem Organismus auf einen anderen innerhalb derselben Spezies. Dabei ergibt sich das besondere Interesse an einer juristischen Betrachtung, insbesondere aus dem herrschenden Dreipersonenverhältnis zwischen Arzt, Empfänger und Spender.

¹⁴ *Batzlen/ Schmidt*, Chirurgie, S. 30; *Kolb*, „Transplantation von Knochenmark und Blutstammzellen“, in: *Oduncu/ Schroth/ Vossenkuhl*, Transplantation, S. 232 (242).

¹⁵ *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 13.

¹⁶ *Rixen* in: *Höfling*, Transplantationsgesetz, § 1, Rdnr. 30.

¹⁷ Auch: isogene, syngene Transplantation

¹⁸ *Batzlen/ Schmidt*, Chirurgie, S. 30; *Land*, Transplantationschirurgie, in: *Gschnitzger*, Chirurgische Operationslehre, Band 12, München u.a. 1996, S. 4.

¹⁹ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, „Transplantation“.

²⁰ Bundesamt für Gesundheit (Schweizerische Eidgenossenschaft), siehe unter: <http://www.bag.admin.ch/>

II. Die Lebendspende

Die Lebendspende ist die Übertragung von Gewebe und Organen unter lebenden Menschen.²¹ Es eignen sich dafür neben den regenerierungsfähigen Organen wie der Leber auch Teile von nicht regenerierungsfähigen Organen (Lungenlappen, Teile der Bauchspeicheldrüse)²² oder paarige Organe wie die Nieren.²³ Überwiegend transplantiert werden Niere und Teile der Leber, so dass auch diese als Beispiele der vorliegenden Arbeit gewählt werden. Bei der Lebendspende handelt es sich um einen medizinischen Eingriff an einem gesunden Menschen ausschließlich zum Wohle eines anderen. Dieser chirurgische Eingriff stellt für den Organspender ein medizinisches Risiko dar, wobei die Risiken vom gespendeten Organ abhängig sind. Von der Lebendspende grenzt man die postmortale Organspende ab.

III. Vorteile einer Lebendspende

Die Vorteile einer Lebendorganspende für den Empfänger sind vielfältig. Entscheidender Vorteil ist die Tatsache, dass die Erfolge bei einer Lebendspende wesentlich größer sind als bei einer postmortalen Spende. Die Organe können direkt vom Spender auf den Empfänger übertragen werden, es müssen keine längeren Transporte unternommen werden. Daher ist die Durchblutungsunterbrechung²⁴ sehr gering. Beides führt zu einer sofortigen Leistung des transplantierten Organs im neuen Körper. Auch haben die Ergebnisse der letzten Jahre gezeigt, dass die Abstoßreaktionen des Empfängerkörpers bei einer Lebendspende deutlich unterhalb derer bei einer postmortalen Spende liegen. Bei diesen Spenden kann die Funktionstüchtigkeit der transplantierten Organe im ungünstigsten Fall nur mehrere Wochen dauern.

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Vermeidung langer Wartezeiten, die bei der Zuteilung von Organen Verstorbener üblich sind. Für dialysepflichtige Nierenkranke bedeutet dies meist eine erhebliche Verkürzung der Dialysezeit und damit einhergehend die Senkung des Risikos verschiedener Folgeerkrankungen.²⁵

Ein weiterer Vorteil der Lebendspende besteht in der Möglichkeit, die Transplantation langfristiger zu planen. Eine Operationsvorbereitung muss nicht überstürzt erfolgen und die Patienten können bestmöglich auf den Eingriff vorbereitet werden.

²¹ *Parzeller/Bratzke*, RechtsMed 2003, S. 357 (357).

²² Nach einer Teilentnahme der Leber bildet diese sich nach und kann nach einiger Zeit zu ihrer ursprünglichen Funktionsfähigkeit zurückkehren.

²³ *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 23.

²⁴ Ischämiezeit vgl. *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch.

²⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, 01.057 (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, S. 97.

IV. Nachteile einer Lebendspende

Neben den Vorteilen gibt es entsprechend auch Nachteile einer Lebendspende. Klar erkennbar ist der Nachteil, dass bei einer bisher gesunden Person ein nicht risikoloser medizinischer Eingriff vorgenommen wird. Die Gesundheit eines bisher unbeteiligten Menschen wird zum Nutzen eines anderen verletzt. Die spendende Person setzt sich dem Risiko aus, dass das verbleibende Organ die Funktion nicht vollständig übernehmen kann und dauerhafte Nachteile für die Gesundheit möglich sind.²⁶ Solche Komplikationen können bei der Transplantation selbst, aber auch erst viel später nach der Operation auftreten und neben der psychischen Belastung oftmals auch zu finanziellen Problemen führen.

Allerdings ist dabei auch zwischen den unterschiedlichen Organen zu differenzieren. Während sich das Risiko für Komplikationen bei der Lebendspende von Nieren in Grenzen hält, stellt der Eingriff bei Entnahme eines Leberlappens ein weit aus höheres Risiko dar. Besonders gefährlich sind dabei Blutungen, die beim Durchtrennen dieses sehr gefäßreichen Organs auftreten können.²⁷

V. Verhältnis von Spender zu Empfänger

Aus medizinischer Sicht wird die Blutsverwandtschaft als Vorteil einer Lebendspende angesehen. Rechtlich ist eine Spende aber auch ohne verwandtschaftliche Beziehung zwischen Spender und Empfänger zulässig (bspw. Verlobte, Ehepartner). Dass aus medizinischen Gründen nur nahe Blutsverwandte als Lebendspender in Frage kommen, gilt jedoch heutzutage anhand klinischer Daten als überholt.

VI. Abgrenzung von der postmortalen Organspende

Lebendspende und postmortale Spende stehen einander in strenger Alternativität gegenüber. Dazu bedarf es einer genauen Feststellung des Todeszeitpunkts. Für die Durchführung einer postmortalen Organspende muss demnach zunächst der Tod eines Menschen eingetreten und festgestellt worden sein.²⁸

Was ehemals als Todeszeitpunkt galt, nämlich der Zeitpunkt des Stillstands von Kreislauf, Herzaktivität und Atmung, kann nach der heutigen medizinischen Entwicklung so einfach nicht mehr festgelegt werden. § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG setzt eine Feststellung des Todes nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, voraus. Im Zeitalter der künstlichen Beatmung

²⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, 01.057 (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, S. 98.

²⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, 01.057 (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, S. 98.

²⁸ Entsprechend § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG.

und Aufrechterhaltung der lebenswichtigen Organe mündet dieser Stillstand nicht mehr im Absterben aller Organe.²⁹ Dieser Entwicklung Folge tragend, wurde eine neue Definition entworfen, das so genannte Gesamthirnkonzept.

Unter dem Hirntod versteht man im Sinne der „Hirntodkonzeption“ den Zustand des irreversiblen -also des endgültigen- Erlöschenseins der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms bei einer durch kontrollierte Beatmung noch aufrechterhaltenen Herz-Kreislauf-Funktion.³⁰ Diese Definition rückte von der bisher gängigen Herztod-Variante ab und stellte das Gehirn in den Vordergrund der Feststellungen. Außerdem definierte nun erstmals der Ausfall eines einzelnen Organs den Tod des Gesamtorganismus des Menschen. Bei der Hirntoddiagnostik handelt es sich um eine Präzisierung der Todesfeststellung. Der Hirntod ist die eigentlich verlässlichere hinter dem klassischen Tod stehende Definition des Todes. Es ist der Zeitpunkt, von dem an der biologische Zerfall des Menschen unaufhaltsam ist.³¹ Der klassische Todesbegriff wurde dadurch abgelöst. Dies ist Ergebnis der Hirntoddebatte, die problematisiert, ob man den Hirntod als Tod des Menschen betrachten muss oder als einen Einschnitt im Sterbeprozess ansieht. Man differenziert demnach zwischen reinem Entnahmekriterium und Todeszeitpunkt.³² Von der Annahme des Hirntods geht das TPG aus. Der Tod des Menschen ist sein Ende als Organismus in seiner funktionellen Gesamtheit. Das bedeutet, dass dieser selbst nicht mehr in der Lage ist, Steuerungs- und Integrationsleistungen auszuüben.³³

Dieser Zeitpunkt stellt somit auch die Abgrenzung zwischen Lebendspende und postmortaler Organspende dar. Der Hirntod ist der Tod des Menschen, so die 1968 vom Ad hoc Committee der Harvard Medical School verabschiedete, dennoch stets umstrittene Definition.³⁴ Wäre dies nicht so, würden sich deutsche Ärzte bei jeder Transplantation strafbar machen, indem sie aktive Sterbehilfe leisten.³⁵

Die Debatte ist in den letzten Monaten durch ein in Deutschland bislang noch wenig beachtetes US-amerikanisches Positionspapier um die Diagnostik des Hirn-

²⁹ *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, Schriften zum Gesundheitsrecht, Band 15, Berlin 2009, S. 139; *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 34.

³⁰ *In der Schmitt*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, § 3, Rdnr. 1 ff.; *Ulsenheimer*, in: Laufs/ Kern, Handbuch des Arztrechts, § 131, Rdnr. 8; *Lipp*, in: Laufs/ Katzenmeier/ Lipp, Arztrecht, S. 159, Rdnr. 5 ff.; *Schreiber*, Wann darf ein Organ entnommen werden?, in: FS Steffen, S. 451 (455).

³¹ *Schreiber*, in: BTDRs. 13/8017, S. 30 und *ders.*, Wann darf ein Organ entnommen werden?, in: FS Steffen, S. 451 (456); *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 47.

³² *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 36.

³³ *Birnbacher*, Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren, in: Hoff/ in der Schmitt, S. 28 (34).

³⁴ *Baureithel*, Entnahme am lebenden Menschen, in: Der Freitag, 13.03.2011.

³⁵ *Baureithel*, Entnahme am lebenden Menschen, in: Der Freitag, 13.03.2011.

todes wieder aufgelebt. Der US-Ethikrat benannte den „Anspruch von Medizinern und Politikern, die Trennungslinie zwischen Leben und Tod mit der Diagnose Hirntod eindeutig ziehen zu können“, als „bedenklich“.³⁶ Dieses auch dann, wenn der irreversible Ausfall des gesamten Gehirns (whole brain death) mit dem Hirntod gemeint sei. Das solle allerdings nichts daran ändern, dass die Organentnahme nicht dennoch vollzogen werden könne. Darin liegt ein deutlicher Widerspruch zu der bisher in Deutschland vertretenen Auffassung, wie sie beispielsweise durch den an der Erstellung der Richtlinien zur Feststellung des Hirntods durch den Wissenschaftlichen Beirat der Bundesärztekammer beteiligten Neurologen, *Heinz Angstwurm*, verfochten wird.³⁷ So äußerte Angstwurm in einer Stellungnahme zur Debatte des Hirntodkonzepts im Deutschen Bundestag: "Die Bedeutung des Hirntodes als sicheres Todeszeichen ist naturgegeben. Keine Naturgegebenheit kann Gegenstand einer Abstimmung sein".³⁸

Es wird also abermals die Definition des Hirntodes kritisiert. Noch vor wenigen Jahrzehnten herrschte die Überzeugung, dass der menschliche Körper ohne das Gehirn funktioniert, aber nur kurz überleben könne.³⁹ Konsequenz daraus war, den Hirntod mit dem biologischen und rechtlichen Tod des Individuums gleichzusetzen. Das bedeutete auch, dass ab diesem Zeitpunkt eine Organentnahme erlaubt war. Mittlerweile weiß man, dass trotz eines nicht funktionierenden Gehirns die Organe durchaus über einen längeren Zeitraum hinweg in ihrer Funktion aufrechterhalten werden können. Wissenschaftliche Ergebnisse zeigen, dass Schmerzreize bestehen bleiben, Aufgaben des Organismus wie die Verdauung und die Regelung der Körpertemperatur fortbestehen und Hirntote sogar noch Kinder austragen und gebären können.⁴⁰

Zahlreiche Studien in den vergangenen Jahren führten zu bislang noch nicht bekannten Ergebnissen, was die Überlebenschancen und die Aufrechterhaltung der Körperfunktionen von hirntoten Patienten betrifft. Dies entfachte erneut eine Diskussion, ob man „hirntot“ mit „tot“ gleichsetzen darf. „Neue Erkenntnisse erfordern eine neue Auseinandersetzung mit diesen Fragen“, gibt die Psychiaterin *Sabine Müller* zu bedenken.⁴¹ Ethisch ist deshalb auch die Frage berechtigt, ob die

³⁶ *Siegmund-Schultze*, in: Anlass zu Zweifeln: Wie sicher ist die derzeitige Diagnostik des Hirntodes?, in: *Ärzte Zeitung*, 24.06.2010.

³⁷ *Siegmund-Schultze*, Anlass zu Zweifeln: Wie sicher ist die derzeitige Diagnostik des Hirntodes?, in: *Ärzte Zeitung*, 24.06.2010.

³⁸ Deutscher Bundestag, Ausschuss-Drs. 597/13; 1996, S. 6.

³⁹ *Kekulé*, Wann ist ein Mensch wirklich tot? Der Mangel an Spenderorganen in Deutschland ist nicht nur ein organisatorisches oder juristisches Problem. Er zeugt auch von Misstrauen, in: *Der Tagesspiegel*, 28.09.2010.

⁴⁰ *Oduncu*, in: *Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu*, TPG, Einl. Rdnr. 87 f.; OLG Nürnberg, 5 U 953/04, 1 BvR 1664/04, (Erlanger Baby).

⁴¹ *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: *NZZ* am Sonntag, 31. Oktober 2010.

Beatmungsmaschinen eine Leiche warm halten oder ob ein Mensch künstlich am Leben erhalten wird.⁴²

Auch in anderen Ländern Europas ist die Hirntoddebatte neu entfacht worden und die Definitionen des Hirntods werden wieder kritisch diskutiert. Nicht immer wird dabei jedoch von den bislang herrschenden Ansichten abgewichen.

So stellte beispielsweise der Präsident der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Professor *Peter Suter*, fest: „Der Mensch ist nicht mehr, was er war, sobald die Hirnrinde tot ist.“ Diese Position ist auch grundlegend für die Festsetzung der SAMW-Richtlinien zur „Feststellung des Todes“ gewesen, die für die Organtransplantation maßgeblich sind.⁴³ Nach einer neuen Definition der „President's Commission“, nach welcher bei Vorliegen des Hirntodes „die Integration in die Umwelt fehle“, ist ferner das Leben erloschen, wenn neben der gesamten Hirnaktivität die Atemtätigkeit ausfällt.⁴⁴ *Suter* sieht diese neue Beschreibung nicht als unangemessen, jedoch als nicht notwendig an.

Andere bezeichnen den Hirntod als „einen irreversiblen Zeitpunkt, eine Zäsur, auf die unweigerlich der Tod folgen wird“, so etwa die Ethikerin *Ruth Baumann-Hölzle*.⁴⁵

In Großbritannien gab es vor einiger Zeit die Forderung von Vollnarkosen für hirntote Organspender bei der Organentnahme seitens behandelnder Anästhesisten, um mögliche Schmerzen auszuschließen. Hintergrund ist auch dabei gewesen, dass sich Blutdruck und Puls eines Hirntoten in Stresssituationen eindeutig verändern. Wird die Operation eingeleitet, sind deutliche Reaktionen des Körpers erkennbar. Ein britischer Anästhesist beschrieb dies wie folgt: „Man setzt das Skalpell an, und der Puls und der Blutdruck schießen hoch. Wenn man keine Medikamente gibt, beginnt der Patient sich zu bewegen, und der Eingriff wird verunmöglicht.“ Er selbst würde vor diesem Hintergrund nur dann einen Spenderausweis bei sich tragen, wenn eine Betäubung sichergestellt sei.⁴⁶

In der Schweiz ist die Narkotisierung vor der Organentnahme bereits Standard. Dies geschieht aus Respekt vor dem Menschen, auch wenn dieser bereits tot ist.

⁴² *Kekulé*, Wann ist ein Mensch wirklich tot? Der Mangel an Spenderorganen in Deutschland ist nicht nur ein organisatorisches oder juristisches Problem. Er zeugt auch von Misstrauen, in: *Der Tagesspiegel*, 28.09.2010.

⁴³ *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: *NZZ* am Sonntag, 31. Oktober 2010.

⁴⁴ *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: *NZZ* am Sonntag, 31. Oktober 2010.

⁴⁵ *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: *NZZ* am Sonntag, 31. Oktober 2010.

⁴⁶ *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: *NZZ* am Sonntag, 31. Oktober 2010.

Gleiches gilt ebenfalls für an Herzversagen gestorbenen Patienten, die sogenannten Non-Heart-Beating Donors (NHBD).⁴⁷

Da eine vertiefte Darstellung der Hirntoddebatte an dieser Stelle die Zielrichtung der Dissertation verlassen würde, soll darauf verzichtet werden. Insgesamt bleibt aber festzustellen, dass das Konzept des Hirntodes sich als sehr zuverlässig erwiesen hat. Das Gehirn des Menschen nimmt eine zentrale Funktion unter den menschlichen Organen ein und ist ihnen übergeordnet. Wahrnehmung und die Fähigkeit der körperlichen Selbststeuerung erlöschen mit dem Hirntod. Es erscheint vertretbar mit dem Eintritt des Hirntods auch den Todeszeitpunkt des Menschen anzunehmen – zumindest so lange, wie uns die medizinische Wissenschaft nicht eines Besseren belehrt.

B. Geschichtliche Entwicklung der Transplantationsmedizin

I. Ein Überblick (aus medizinischer Sicht)

Der schnelle Fortschritt in der Transplantationsmedizin hat dazu geführt, dass operative Vorgänge, die ehemals als riskante Eingriffe angesehen wurden, zu Routineeingriffen mit absehbarem Risiko geworden sind. Dabei hat kaum eine Therapieform so rapide Fortschritte gemacht wie die Organtransplantation. Die Zahl der Organtransplantationen steigt weltweit stetig an. Intensive Forschung und ausgefeilte Operationstechniken haben es u.a. ermöglicht, Organtransplantationen aus medizinischer Sicht immer weiter zu perfektionieren. Die kontinuierliche Weiterentwicklung von Immunsuppressiva⁴⁸ verringert das Risiko der Organabstoßung, so dass die Erfolgsaussichten der Organtransplantationen sich stets verbessern. Die Immunsuppression ermöglicht die Übertragung von Organen zwischen genetisch unterschiedlichen Menschen. Allerdings werden die Patienten dadurch einem erhöhten Risiko ausgesetzt, an Infektionen durch Bakterien, Viren oder Pilzen zu erkranken oder bestimmte maligne Tumore zu entwickeln. Letztere sind für 5 bis 8 Prozent der Mortalität nach Transplantationen verantwortlich.

Ziel dieser immunsuppressiven Therapie ist es, das Immunsystem teilweise zu unterdrücken und damit die Abstoßung der verpflanzten Organe zu verhindern, aber auch das Risiko von Infekten und Tumoren für den Organempfänger nicht zu

⁴⁷ Alles in: *Dietschi*, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: NZZ am Sonntag, 31. Oktober 2010.

⁴⁸ Immunsuppressiva dienen der medikamentösen Unterdrückung der Immunreaktion.

erhöhen. Die Komplikationen steigen dabei mit der Dauer einer immunsuppressiven Therapie nach der Organtransplantation an.⁴⁹

Die Überlebenszeiten der Organempfänger konnten insgesamt durch die Weiterentwicklung der Immunsuppressiva nachweisbar gesteigert werden.⁵⁰

Das größte Problem stellt aber der Mangel an transplantationsfähigen Organen dar. Auch wenn die Zahl der Transplantationen steigt, warten hierzulande allein mehr als 80.000 Menschen auf eine neue Niere. Bemerkenswert ist dabei, dass laut Umfragen mehr als drei Viertel der deutschen Bevölkerung Organspenden befürworten würden und 67 % der Bundesbürger – vor allem die unter 45-jährigen, die formal höher Gebildeten sowie diejenigen, die sich schon intensiver mit dem Thema Organspende befasst haben – grundsätzlich damit einverstanden wären, dass man ihnen nach ihrem Tod Organe entnimmt. Tatsächlich besitzen jedoch nur 12 % der Bundesbürger einen Organspenderausweis.⁵¹

Die Transplantation von Organen oder Geweben übt seit jeher eine starke Faszination auf die Menschen aus und findet insbesondere großes öffentliches Interesse, wenn medienwirksame Fälle auftauchen.⁵² Ein Beispiel stellte die erste erfolgreiche Transplantation der Hand eines Verstorbenen dar, die im Herbst 1998 erfolgte. Dem Neuseeländer Clint Hallam wurde dabei die Spenderhand in einer sehr aufwendigen Operation von einem internationalen Ärzteteam⁵³ im Edouard Herriot Hospital, Lyon transplantiert. Über zwei Jahre später musste sie ihm jedoch amputiert werden, weil er nicht mehr mit der fremden Hand leben wollte.⁵⁴ Als Gründe nannte er gesundheitliche und vor allem psychische Probleme, die für ihn zur unerträglichen Belastung geworden wären.

II. Die geschichtliche Entwicklung im Einzelnen

Die geschichtliche Entwicklung der Transplantation lässt sich grob in vier Phasen untergliedern:⁵⁵

⁴⁹ *Scheld, /Deng/ Hammel/ Schmid*, Leitfaden Herztransplantation, S. 131 f.

⁵⁰ *Schumpelick*, Chirurgie, S. 333.

⁵¹ FORSA Umfrage 2010 „Die Organbereitschaft in der Bundesrepublik Deutschland“, 10. September 2001.

⁵² Oder Personen des Öffentlichen Interesses wie kürzlich Frank Steinmeier als Spender in den Medien erscheinen. Der SPD-Fraktionschef hatte im August 2010 seiner erkrankten Ehefrau eine seiner Nieren gespendet.

⁵³ Die Leitung des Teams hatte der Franzose Jean-Michel Dubernard inne.

⁵⁴ DPA-Meldung, 2. Juni 2001, S. 14.

⁵⁵ Zu den einzelnen Phasen auch: *Wagner*, in: Pichlmayr, Transplantationschirurgie, S. 11 ff. in tabellarischer Form; <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00699/02544/index.html?lang=de>

Aus der experimentellen Phase (bis 1900) sind erste Berichte und erste medizinische Versuche von Transplantationen bekannt. Nach zahlreichen fehlgeschlagenen Versuchen, Organe und Organteile zu transplantieren, wurde in der sogenannten Stagnationsphase (1900-1950) begonnen, an der Abstoßungsreaktion des Körpers als Grund für das Scheitern zu forschen. Der Neubeginn der Transplantationsmedizin (1950-1970) begann schließlich mit der chirurgischen Weiterentwicklung, biologischer Grundlagenforschung sowie neuer Erkenntnisse im Bereich der Immunforschung, die erste Erfolge erzielen lassen. Auch wenn noch keine Therapie gegen die Abstoßung entwickelt werden konnte, ermöglichen die gewonnenen Erkenntnisse eine bessere Abschätzung, in welchen Fällen eine Transplantation sinnvoll ist. Erste Immunsuppressiva wurden ab 1970 entwickelt und machten Transplantationen zur Standardtherapie. Es kommt zu gesetzgeberischen Aktivitäten und der Gründung von Verteilungsinstituten für Organe.

1. Die Frühzeit

Der Wunsch, funktionslose Gewebe oder kranke Organe durch Transplantation zu ersetzen, ist bereits vor Jahrhunderten entstanden. Schon in der alten chinesischen Kultur soll im 3. Jahrhundert v. Chr. der berühmte chinesische Arzt Pien Ch'iao Herzverpflanzungen bei zwei erkrankten Soldaten vorgenommen haben, deren Gleichgewicht von Yin und Yang gestört war.⁵⁶ Auch die Legende der heiligen Zwillinge St. Kosmas und St. Damian aus jener Zeit spiegelt diese Idee wider. Ihnen wird die Transplantation des Beines eines verstorbenen dunkelhäutigen Mannes auf einen weißen Mann nachgesagt.⁵⁷ Diese Legende findet sich auch in zwei bekannten Gemälden wieder: zum einen in der Predella des Altares von San Marco in Florenz, welches von dem Dominikaner Beato Fra Angelico stammt, zum anderen in dem Gemälde „Die Wunderheilung der heiligen Ärzte Kosmas und Damian“ eines unbekanntes Malers, derzeit in der Württembergischen Staatsgalerie in Stuttgart.

2. Ab dem 17. Jahrhundert

Seit dem 17. Jahrhundert gab es erste Versuche, menschliche Haut durch tierisches Gewebe zu ersetzen. Der Schotte John Hunter führte im 18. Jahrhundert einige experimentelle Operationen durch, bei denen er ohne Gefäßanschluss transplantierte. Im folgenden Jahrhundert (1863) machte Paul Bert die Entdeckung, dass Transplantate je nach Spender in unterschiedlichem Maße abgestoßen wurden. Bisher war auch der Bologneser Gaspare Tagliacozzi davon ausgegangen, dass der

⁵⁶ *Kaban*, The legendary exchange of hearts, traditional chinese medicine, and the modern era of Cyclosporine, in: *Transplant Proc.* 20-2, Suppl. 2 (1988), S. 3.

⁵⁷ *Holzniekenkemper*, Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religionen, S. 20.

„singuläre Charakter des Individuums uns vollkommen davon abhält, Transplantation an einer anderen Person auszuführen“.⁵⁸

Überlieferungen aus dem 18. und dem späten 19. Jahrhundert belegen erste Transplantationen hormonproduzierenden Gewebes, wie zum Beispiel von Schilddrüsengewebe.⁵⁹ Auch von einer Knochenübertragung im Jahre 1881 wird berichtet. Aber erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts entwickeln sich mit ausgedehnten Fortschritten auf dem Gebiet der Gefäßchirurgie, der Anästhesie und vor allem der Antisepsis die wesentlichen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Transplantation von Organen.

3. Der Zeitraum seit 1900

Eine erste Form der Organtransplantation gab es im Jahre 1900. Damals wurden mit Entdeckung des menschlichen Blutgruppensystems (A-B-0) in Wien durch Karl Landsteiner erste Bluttransfusionen möglich.⁶⁰ Zwei Jahre später, am 27. Juli 1902 konnte die erste technisch erfolgreiche experimentelle Nierentransplantation im Tierexperiment durch Emerich Ullmann (1861–1937) unter Verwendung von Magnesiumröhrchen zur Gefäßverbindung in Wien durchgeführt werden. Bei dieser Xenotransplantation wurde eine Hundeniere in eine Ziege verpflanzt.⁶¹ Die Nierenfunktion hielt fünf Tage an.

Die erste versuchte Nierentransplantation von einem Schwein und einer Ziege auf den Menschen durch Mathieu Jabouly (1906) scheiterte ebenso wie die experimentellen Transplantationen Ernst Ungers an der Rudolph-Virchow-Klinik in Berlin.

Im Jahr 1904 entwickelte Alexis Carre zusammen mit Charles Guthrie die Technik der genähten Gefäßverbindung und führte in den folgenden zwanzig Jahren erfolgreich Transplantationen verschiedener Organe und Gewebe durch.

Zur ersten erfolgreichen Transplantation mit einer menschlichen Hornhaut kam es schließlich durch den österreichischen Augenarzt Eduard Konrad Zirm im Jahr 1905.⁶²

⁵⁸ *Pichlmayr*, Transplantationschirurgie, S. 198; *Land*, Transplantationschirurgie, in: Gschnitzer, F. u.a. (Hrsg.) Chirurgische Operationslehre/Breitner, Band 12 (Operationslehre), S. 4 (8).

⁵⁹ *Holzniekemper*, Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religionen, S. 20.

⁶⁰ *Weigend/ Zerkowski*, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 93; Landsteiner, Karl, Über Agglutinationserscheinungen normalen menschlichen Blutes, in: Klinischer Wochenschrift. 14, S. 1132 (1132 f.).

⁶¹ *Holzniekemper*, Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religionen, S. 23.

⁶² Siehe insgesamt in: *Wagner*, in: *Pichlmayr*, Transplantationschirurgie, S. 11 ff.

Alexis Carrel und Charles Claude Guthrie fanden im Jahre 1908 heraus, dass der Stoffwechsel verlangsamt werden kann, wenn Organe extrem unterkühlt werden (Hypothermie).⁶³ Das wiederum ermöglicht eine längere Konservierung der Organe. Alexis Carrel war es auch, der 1908 ein Hundeherz an die Halsgefäße eines anderen Tieres anschloss. Obwohl es ihm dabei nur darum ging, die Funktionsfähigkeit der Gefäßnähte zu beweisen, schlug das Herz mehrere Stunden weiter. Er erhielt dafür später den Nobelpreis.⁶⁴

Erst im Jahre 1944 kam es schließlich zu der Beschreibung der immunologischen Voraussetzungen für eine Abstoßung fremden Gewebes durch den libanesisch-britischen Wissenschaftler Peter Medawar an Hauttransplantaten, wofür dieser 1960 den Nobelpreis für Medizin erhielt.

1954 wurde die erste erfolgreiche Nierentransplantation unter genetisch Verwandten durch den Amerikaner Joseph Murray durchgeführt.⁶⁵ Es handelte sich dabei um eine Isotransplantation, weil die Organverpflanzung zwischen eineiigen, damit gewebeidentischen Zwillingen erfolgte.

Es vergingen danach nur wenige Jahre bis zur Entdeckung des HLA-Systems⁶⁶ durch den Franzosen J. Dausset im Jahre 1958, woraufhin es zur ersten Nierentransplantation zwischen zweieiigen, also genetisch unterschiedlichen Zwillingen, kam und die nachfolgende Abstoßung mit Hilfe von Bestrahlung erfolgreich begrenzt werden konnte.

Als es Ende der 1950er Jahre mit der Entwicklung von Beatmungsgeräten möglich geworden war, Atmung und Kreislauf künstlich aufrecht zu erhalten, wurde erstmals mit dem Begriff „Coma dépassé“ ein Zustand unterhalb des Komas beschrieben.⁶⁷ Dabei zeigt das Gehirn keinerlei Lebensäußerungen. Der Begriff irreversibles Koma wurde schließlich durch den Begriff Hirntod ersetzt und erweitert. Demnach galten als Kriterien für einen Hirntod neben der absoluten Unerregbarkeit, der Bewegungslosigkeit und des Atemstillstands, der absoluten Reflexlosigkeit auch das Kriterium des Nulllinien-EEGs (hirnelektrische Stille) über 24 Stunden.⁶⁸

⁶³ *Weigend/ Zerkowski*, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 93 f.

⁶⁴ Der Nobelpreis wurde am 10. Dezember 1912 verliehen.

⁶⁵ *Oduncu*, in: *Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu*, TPG, Einl. Rdnr. 13; *Wagner*, in: *Pichlmayr*, Transplantationschirurgie, S. 25 f.; *Nickel*, Die Entnahme von Organen und Geweben, S. 11.

⁶⁶ (HLA-System = Human Leukocyte Antigen-System – damit unterscheidet das Immunsystem zwischen fremdem und eigenem Gewebe.

⁶⁷ Durch die beiden Neurophysiologen Mollaret und Goulon.

⁶⁸ *Oduncu*, in: *Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu*, TPG, Einl. Rdnr. 83 f.

In den 1960er Jahren erzielte die Transplantationsmedizin spektakuläre Erfolge:⁶⁹ Bis 1960 wurden durch radikale Bestrahlung und vorerst experimentelle chemische Behandlung mit den Wirkstoffen Thiopurin/Azathioprin die pharmakologische Hemmung der Abstoßung eines Nierentransplantats erreicht. Die Substanzen zerstörten allerdings unkontrolliert alle sich teilenden Zellen. Im Jahre 1962 wurde das immunsuppressive Medikament (Azathioprin) ausschließlich eingesetzt, woraufhin eine erste allogene Nierentransplantation erfolgreich gelang. Im darauffolgenden Jahr folgte in den USA der erste Versuch einer Lebertransplantation durch Thomas Starzl; allerdings verstarb der Patient noch während der Operation.

Im gleichen Jahr (1963) transplantierte der Chirurg James D. Hardy den ersten Lungenflügel - auch dieser Patient überlebte einige Tage.⁷⁰ Bis dahin wurden weltweit inzwischen ungefähr 250 Nieren verpflanzt. Die Überlebensrate war jedoch besonders bei Organen von postmortalen und genetisch nicht verwandten Spendern immer noch recht gering.⁷¹ In den darauffolgenden Jahren wurden Nierentransplantationen langsam zur Routine, so verzeichnete im Jahre 1965 ein Nierentransplantationsregister weltweit 672 von einem Menschen auf einen anderen Menschen vorgenommene Nierenverpflanzungen.

Nach einer ersten erfolgreichen Herztransplantation im Jahr 1967 durch C. Barnard nahm die Zahl der Transplantationen verschiedenster Organe weiter zu.⁷² Hieraus ergab sich erstmals die Frage nach der geordneten Verteilung von Organen. Aus dieser internationalen Reaktion heraus kam es zu der Gründung der Organvermittlungsstelle „Eurotransplant“ in Leiden.⁷³ Ihr Gründer, J.J. van Rood, konnte mit seinen Mitarbeitern in einer Studie nachweisen, dass die HLA-Übereinstimmung bedeutenden Einfluss auf die Annahme des neuen Organs und die Überlebenszeit des Patienten hat.⁷⁴

Ein weiterer Fortschritt war die Entdeckung des „Cyclosporins“, das aus Pilzen gewonnen wurde und dessen immunsuppressive Wirkung nach eingehender Forschung später erkannt wurde.⁷⁵

Im Jahre 1976 veröffentlichte Jean François Borel mit der Firma Sandoz (heute Novartis) in Basel seine Studien zur immunsuppressiven Wirkung des Medikaments Cyclosporin A (CsA). Nach einer ersten klinischen Cyclosporin Studie mit

⁶⁹ Weigend/ Zerkowski, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 100 f.

⁷⁰ Oduncu, in: Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu, TPG, Einl. Rdnr. 56; Weigend/ Zerkowski, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 101.

⁷¹ Weigend/ Zerkowski, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 101.

⁷² Oduncu, in: Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu, TPG, Einl. Rdnr. 50.

⁷³ Haase-Krommwig, Internationale Gesichtspunkte der Organisation von Organtransplantationen, in: Das Krankenhaus auf dem Wege nach Europa, S. 261 ff.

⁷⁴ Weigend/ Zerkowski, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin, S. 103.

⁷⁵ Springer Lexikon der Medizin, S. 443.

hervorragenden Ergebnissen, kam Cyclosporin A 1982 als Sandimmun auf den Markt. Es verhinderte Abstoßungsreaktionen zuverlässiger als alle bisherigen Mittel, ohne die Abwehr bakterieller Infektionen zu verhindern.⁷⁶ Die Zahl der Transplantationen stieg rapide an. Im Laufe der achtziger Jahre wurden weitere Immunsuppressiva entdeckt. Die Transplantation entwickelte sich daraufhin mehr und mehr zur Standardtherapie.

⁷⁶ Brockhaus, 2006, Band 5, S. 714.

Kapitel 2: Die Systematik der Lebendorganspende in der Bundesrepublik Deutschland

A. Rechtliche Grundlagen (Transplantationsgesetz)

I. Die Entstehung des Transplantationsgesetzes

1. Die historische Entwicklung des Transplantationsgesetzes

In Deutschland entstanden aufgrund der rapiden Zunahme von Organtransplantationen verschiedene Organisationen wie die Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Transplantationszentren, die Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO)⁷⁷ durch das Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation (KfH)⁷⁸ und die Deutsche Transplantations-Gesellschaft (DTG)⁷⁹ e.V.⁸⁰

⁷⁷ Die DSO wurde 1984 gegründet und ist die bundesweite Koordinierungsstelle für Organspende. Ihre Aufgabe ist die umfassende Förderung der Organspende und -transplantation in Deutschland.

⁷⁸ Das gemeinnützige KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V., wurde bereits im Jahre 1969 gegründet und ist Wegbereiter für die Versorgung chronisch nierenkranker Patienten in Deutschland.

⁷⁹ Rudolf Pichlmayr rief im Jahr 1992 die DTG als wissenschaftliche Gesellschaft ins Leben.

⁸⁰ *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 42.

Am 25. Juni 1997 verabschiedete der Bundestag nach intensiver Debatte und mit großer Mehrheit das Transplantationsgesetz, in welchem die postmortale und die Lebendspende geregelt werden. Danach ist das Kriterium für den Tod des Menschen der endgültige, nicht behebbare Ausfall aller Hirnfunktionen. Eine Organentnahme ist dann zulässig, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten eingewilligt hat oder, falls keine derartige Zustimmung vorliegt, die gesetzlich bestimmten Angehörigen nach dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entscheiden (erweiterte Zustimmungslösung). Nach Bestätigung durch den Bundesrat am 26. September trat das Gesetz am 1. Dezember 1997 in Kraft.

Der Bundestag beschloss mit 449 Ja-Stimmen und nur 151 Nein-Stimmen bei 29 Enthaltungen und somit einer klaren Zwei-Drittel-Mehrheit, die auch für eine Verfassungsänderung gereicht hätte, die Annahme des Gesetzes.⁸¹

Eine Große Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU zum Thema Förderung der Organspende beantwortete die Bundesregierung mit der Versicherung „dass mit dem am 1. Dezember 1997 in Kraft getretenen Transplantationsgesetz (TPG) die notwendige rechtliche Sicherheit (...) für die Organspende und die Transplantation in Deutschland geschaffen (...)“⁸² worden sei.

a. Erste Kodifizierungsversuche bereits in den 70er Jahren

Diese Gesetzgebung war die Reaktion auf eine bereits seit den 50er Jahren andauernde Diskussion und Rechtsunsicherheit. Erstmals hatte die Bundesrepublik Deutschland nun eine bundesweit geltende Regelung und schloss sich damit zahlreichen europäischen Ländern an, die bereits Jahre vorher entsprechende Gesetze erlassen hatten.⁸³ In der Bundesrepublik Deutschland kam es unter anderem mangels eindeutiger Zuweisung der Gesetzgebungskompetenz an Bund oder Länder immer wieder zu Verzögerungen und Unklarheiten. So hatte bereits im Jahre 1973 die CDU-Fraktion des Berliner Abgeordnetenhauses einen Entwurf für ein „Gesetz über Sektionen und Transplantationen“ vorgeschlagen.⁸⁴ Darin waren neben Regelungen zur postmortalen Organspende auch solche zur Lebendorganspende aufgeführt.⁸⁵ Unter Hinweis auf eine angestrebte Gesetzesplanung auf Bundesebene wurde der Entwurf jedoch abgewiesen.⁸⁶

⁸¹ *Rixen* in: Höfling, Transplantationsgesetz, Einführung, Rdnr. 2; Gesetzbeschluss in BR-Drs. 635/97 v. 5. 9. 1997.

⁸² BT-Drs. 15/4542 v. 16.12.2004.

⁸³ *Rixen* in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar. Einführung, Rdnr. 1, 59-69.

⁸⁴ *Schoeller*, Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Organspende vom lebenden Spender, S. 36.

⁸⁵ AbgH-Drs. 6/948.

⁸⁶ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 28 m.w.A.

Einen ersten Gesetzesentwurf über Eingriffe an Verstorbenen zu Transplantationszwecken von Seiten der Bundesregierung gab es im Jahre 1979.⁸⁷ Dieser scheiterte aber gemeinsam mit dem gleichzeitigen, eigenen Entwurf des Bundesrats an der zu klärenden Frage nach dem Erfordernis der Einwilligung zur Organentnahme:⁸⁸ Sollte einem Verstorbenen ein Organ nur entnommen werden dürfen, wenn er sich bereits zu Lebzeiten ausdrücklich damit einverstanden erklärt hatte,⁸⁹ oder auch dann, wenn er einer Organentnahme zu Lebzeiten nur nicht widersprochen hatte?⁹⁰ Während die Bundesregierung der Widerspruchslösung folgte, hielt der Bundesrat die erweiterte Zustimmungslösung für die unterstützenswertere Variante. Für die Widerspruchslösung sollte es genügen, dass der angehende Spender zu Lebzeiten ausdrücklich eingewilligt oder zumindest nicht ausdrücklich widersprochen hatte. Ergänzend zu diesem Erfordernis erweiterte die Bundesregierung diese Lösung dahingehend, dass der Betroffene seinen Widerspruch im Personalausweis eintragen lassen müsse.⁹¹ Im Unterschied dazu forderte der Bundesrat als Befürworter der erweiterten Zustimmungslösung eine ausdrückliche Einwilligung in die Transplantation zu Lebzeiten. Auch konnte ein Angehöriger einwilligen, solange kein entgegenstehender Wille des Verstorbenen bekannt geworden war. Ohne eine Entscheidung konnte auch keine Gesetzesregelung gefunden werden.

Zudem wurde kritisiert, dass in beiden Entwürfen keine Regelungen zur Lebendorganspende enthalten waren.⁹² Einen weiteren Grund für das Scheitern der beiden Entwürfe sieht Schreiber zurecht in der bis dahin noch nicht vollzogenen gesellschaftlichen Assimilierung des Transplantationswesens und der noch weithin vorherrschenden Skepsis gegenüber dieser Therapieform.⁹³

b. Die erste schriftliche Fixierung

Mit dem Transplantationskodex von 1987 wurde versucht, eine Vereinheitlichung der transplantationsmedizinischen Praxis herbeizuführen. Die deutschen Transplantationszentren haben sich selbst zu dessen Einhaltung verpflichtet, um die enthaltenen juristischen, medizinischen und ethischen Grundsätze sicherzustellen.⁹⁴ Im Transplantationskodex fassten die Transplantationszentren das geltende Recht übersichtlich zusammen und verständigten sich über rechtlich bislang unge-

⁸⁷ BT-Drs. 8/2681 v. 16.03.1979, dort auch auf S. 14 der Gegenentwurf der Bundesregierung.

⁸⁸ Schreiber, Vorüberlegungen für ein künftiges Transplantationsgesetz, in FS-Klug, S. 341 f. m.w.A.; BR-Drs. 395/78; König, Strafbarer Organhandel, S. 15 f.

⁸⁹ Sog. Zustimmungslösung.

⁹⁰ Sog. Widerspruchslösung.

⁹¹ Daher auch oft als „Entscheidungslösung“ bezeichnet: Maurer, DÖV 1980, S. 7 (8).

⁹² Kritisch gegenüber beiden Entwürfen: Carstens, Organtransplantationen in Frankreich und der DDR – Ein Kodifikationsvergleich, in: ZRP 1978, S. 146 (149).

⁹³ Schreiber, Vorüberlegungen für ein künftiges Transplantationsgesetz, in FS Klug, S. 341 (353).

⁹⁴ Transplantationskodex, geänderte Fassung vom 30.11.1992.

regelte oder umstrittene Aspekte des Transplantationswesens im Wege der Selbstverpflichtung.⁹⁵

Die Diskussion ebte auch nie ab, weil große Rechtsunsicherheit über Zeitpunkt und Voraussetzungen der Todesfeststellung entstand und immer weiter entwickelte Möglichkeiten der Lebendspende das Thema stets wieder aufbrachten. So kam es 1994 zur Vorlage eines Entwurfs eines Mustertransplantationsgesetzes durch die Länder. Aber auch dieser Entwurf scheiterte letztendlich an der bereits erwähnten Debatte um die Widerspruchs- oder Zustimmungslösung.⁹⁶ Die vergeblichen Bemühungen der Länder und die Unklarheiten hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenzen basierten auf einer erst in den neunziger Jahren überarbeiteten Gesetzesregelung.⁹⁷ Erst 1994 wurde Art. 74 Abs. 1 GG um die Ziffer 26 „die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen, Gewebe und Zellen“ erweitert und damit die bisher geregelte konkurrierende Gesetzgebung geändert.⁹⁸ Nachdem diese Neuregelung Klarheit über die Gesetzgebungskompetenz geschaffen hatte, war es die Bundestagsfraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die einen Gesetzesentwurf⁹⁹ vorlegte. Der daraus entstandene gemeinsame Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP ist Grundlage des heutigen Transplantationsgesetzes.¹⁰⁰

Ab dem Jahr 2000 wurden Verträge nach § 12 des Transplantationsgesetzes geschlossen: Von nun an wurde die Deutsche Stiftung Organtransplantation (DSO) Koordinierungsstelle für Organspenden, Vermittlungsstelle blieb weiterhin Eurotransplant.

2. Bestimmungen zur Lebendspende

Zunächst gab es in dem zuvor genannten Gesetzesentwurf keine Bestimmungen zur Lebendspende. Dies lag daran, dass die Lebendspende eine nur untergeordnete Rolle im Vergleich zur postmortalen Organspende einnahm, da der Prozentsatz von Lebendspenden im Vergleich sehr gering war. Im Jahre 1995 lag die Nierenlebenspende am Anteil aller Nierentransplantationen bei lediglich 3,9 %. Dieser erhöhte sich im Jahre 1996 auf 6,4 % und lag dabei bei absolut 129 Spenden.¹⁰¹

⁹⁵ *Höfling/ Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, S. 35.

⁹⁶ *Nagel*, Anmerkungen zu Bemühungen der gesetzgebenden Instanzen um ein Transplantationsgesetz, *Ethik in der Medizin*, 1993, S. 203 (211).

⁹⁷ *Höfling/ Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, Tübingen J.C.B. Mohr, S. 39.

⁹⁸ BGBl. I 1994, S. 3146 f.

⁹⁹ Gesetzesentwurf über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen, BT-Drs. 13/2926 v. 07.11.1995.

¹⁰⁰ *Assion*, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, S. 18.

¹⁰¹ Deutsche Stiftung Organtransplantation, *Organspende und Transplantation in Deutschland 2004*, S. 28.

Welche Bedeutung das TPG unmittelbar nach Inkrafttreten auf die Zahl der Nierenlebendspenden hatte, verdeutlicht der Anstieg im Jahre 1997 auf 279 Spenden und damit eine Steigerung um mehr als 100 %.¹⁰² Im Jahr 2009 wurden in 38 Transplantationszentren sogar schon 600 Nieren von lebenden Spendern übertragen.¹⁰³ Der Anteil der Nierentransplantationen in Form einer Lebendspende lag im Jahr 2000 bei 15,6 %, im Jahr 2004 bei 19,8 % und im Jahr 2009 bei nunmehr 21,6 %.

Nach Inkrafttreten des TPG lag der Anteil der Teileber-Lebendspenden im Jahr 2000 bei 11,5 %. Im Jahr 2004 war er auf 7,3 % und im Jahr 2009 auf 5,1 % gesunken.

Einige Regelungen zur Lebendorganspende traten erst am 01. Dezember 1999 in Kraft, weil den Ländern, die zur Ausführung von Bundesgesetzen zuständig waren, ausreichend Zeit gegeben werden musste, notwendige Bestimmungen und Einrichtungen zu schaffen.¹⁰⁴

II. Das Transplantationsgesetz (heute)

Seit Inkrafttreten des TPG im Jahr 1997 ist ein kontinuierlicher Diskurs über die Lebendorganspende entstanden. Der erhoffte Rückgang an Wartelistenplätzen für Spenderorgane ist nicht eingetreten. Zum einen wird vor diesem Hintergrund die Problematik einer möglicherweise einzuführenden Widerspruchslösung bzw. der Einführung einer Erklärungspflicht diskutiert. Zum anderen liegt der Fokus der Debatten inzwischen auf der Lebendorganspende. Verschiedenste Erweiterungsvorschläge wie auch die Zulassung anonymer Lebendspenden unter Voraussetzung der Einführung eines Organpools werden befürwortet.¹⁰⁵

In seiner in der 15. Legislaturperiode eingesetzten Enquete-Kommission „Ethik und Recht in der modernen Medizin“ hat sich auch der Deutsche Bundestag mit der Frage der Lebendorganspende befasst. Im Anschluss an die am 1. März 2004 stattgefundene öffentliche Anhörung wurde schließlich der Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin zur Lebendorganspende veröffentlicht.¹⁰⁶

¹⁰² *Assion*, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, S. 19.

¹⁰³ Jahresbericht 2009 „Organspende und Transplantation in Deutschland“, Deutsche Stiftung Organtransplantation, S. 33.

¹⁰⁴ *Koch*, in: Krukemeyer/ Lison, Transplantationsmedizin – Ein Leitfaden für den Praktiker; *Middel/ Pübler* in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Band 1, Einführung, S. 4.

¹⁰⁵ *Schreiber* in der schriftlichen Stellungnahme zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission, Kom-Drs. 15/139a, S. 5; vgl. auch *Assion*, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, S. 23 m.w.A.

¹⁰⁶ BT Drs. 15/5050.

B. Strafrechtliche Einordnung und Voraussetzungen der Lebendorganspende

I. Die strafrechtliche Einordnung der Organentnahme bei Lebendspenden

Mit dem TPG sind strafrechtliche Sonderregelungen in Kraft getreten, die in zweierlei Hinsicht ein höheres Maß an Rechtssicherheit bei der Lebendorganspende gewährleisten sollen.

§ 19 Abs. 2 TPG verweist auf die einzelnen in § 8 Abs. 1 TPG aufgezählten Voraussetzungen der Organtransplantation beim Lebendspender. Verstöße gegen diese weisen strafrechtlichen Unrechtscharakter auf.¹⁰⁷ Darunter fallen das Erfordernis der Volljährigkeit, der Einwilligungsfähigkeit sowie die Einwilligung nach erforderlicher Aufklärung des Spenders (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a und 1b TPG); der Arztvorbehalt (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TPG) und auch der Verstoß gegen die in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG normierte Spenderkreisbeschränkung.

Neben den Individualrechtsgütern von Spender und Empfänger dienen §§ 8 Abs. 1 und 19 Abs. 2 TPG auch dem Schutz der Allgemeinheit.¹⁰⁸ Die eben aufgeführten strafbewehrten Entnahmevoraussetzungen dienen vorwiegend dem Schutz des Lebendspenders in seinem Recht auf Selbstbestimmung und seiner körperlichen Integrität. Der Gefahr des Organhandels und damit der Verletzung der Interessen der Allgemeinheit soll hingegen durch §§ 19 Abs. 2, 8 Abs. 1 S. 2 TPG mit der Restriktion nicht regenerierungsfähiger Organe Abhilfe geschaffen werden. Außerdem wird der Organhandel nach den §§ 17 und 18 TPG unter Strafe gestellt. Mit diesen Vorschriften soll neben der körperlichen Integrität die Menschenwürde des Organspenders geschützt werden.

II. Die Zulässigkeit der Organentnahme nach § 8 Abs. 1 TPG

1. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Organhandel ist mit menschlichen Organen sowohl von Lebenden als auch von Toten möglich. In besonderer Weise stellt sich das Problem bei Lebendspenden.¹⁰⁹ Um hier der immanenten Gefahr einer Kommerzialisierung zu begegnen, wurde mit dem deutschen Transplantationsgesetz die Lebendspende restriktiv geregelt.

¹⁰⁷ BT Drs. 13/4355 v. 16.04.1996, S. 31.

¹⁰⁸ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 115.

¹⁰⁹ Schroth, Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes. Ein internationales Problem und seine deutsche Lösung, in: Oduncu/Schroth/Vossenkuhl 2003, S. 166 (170 ff.).

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Organentnahme vom Lebenden werden durch § 8 TPG geregelt. § 8 Abs. 1 TPG enthält die Voraussetzungen, welche Organspender und Organempfänger zu erfüllen haben. Der Lebendspender muss demnach volljährig und einwilligungsfähig sein und außerdem nach einer Aufklärung in die Entnahme eingewilligt haben. Zudem muss er nach ärztlicher Beurteilung als Spender geeignet und darf nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder durch die unmittelbaren Folgen einer Operation gesundheitlich schwer beeinträchtigt sein.

Auch die Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der postmortalen Spende wird durch § 8 Abs. 1 TPG statuiert.

Der Kreis der Organempfänger wird durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte und auf andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, begrenzt.

2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

a. Einwilligung nach § 8 Abs. 1 TPG

(a) Die Volljährigkeit nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a TPG

Voraussetzung der Organentnahme ist zunächst die Volljährigkeit des Organspenders. Im Sinne des § 2 BGB tritt die Volljährigkeit mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres ein. Auf die denkbare Problematik, dass auch ein Minderjähriger über die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen kann, um die Bedeutung und Tragweite einer Organtransplantation einschätzen zu können, soll an dieser Stelle kurz eingegangen werden.¹¹⁰ Anders als im Strafrecht, wo die Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich nach dem entsprechenden Einzelfall und somit nach der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit bestimmt wird, ist im TPG eine starre Altersgrenze vorgesehen. Hintergrund war es, für den schwierigen Bereich der Lebendorganspende die höchstmögliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Bei der Entscheidung für eine Organspende handelt es sich schließlich um einen körperlich ausschließlich nachteiligen Eingriff. Es verlangt schon aufgrund der langfristig damit verbundenen Risiken einer besonderen intellektuellen Einsichtsfähigkeit, die zumindest bei Minderjährigen als nicht gegeben betrachtet wird.¹¹¹ Die Altersgrenze erscheint aber nicht zwingend geboten. Es wäre dem Recht auf Selbstbestimmung durchaus entsprechend, wenn bei Vorliegen der notwendigen Einwilligungs-

¹¹⁰ Vgl. dazu *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 59.

¹¹¹ *Esner*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 11, 15 f.; *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 98, 116.

fähigkeit auch Minderjährigen eine Organspende gestattet wäre.¹¹² Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass gerade bei Minderjährigen der familiäre Druck bzw. die Erwartungshaltung viel stärker wirken und beeinflussen können als dies bei einem Erwachsenen der Fall ist, so dass die Verstandsreife nur schwer erkennbar wäre. Der behandelnde Arzt würde sich in der schwierigen Situation befinden, diesen Reifegrad auch in der gebotenen Eile zutreffend zu bestimmen. Die Altersgrenze schafft insofern die nötige Sicherheit und Klarheit und entlastet zudem die Ärzte von ihrer Pflicht, stets eine ausführliche Prüfung der Verstandsreife des Spenders durchzuführen.¹¹³

(b) Die Einwilligungsfähigkeit nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a TPG

Des Weiteren muss der Lebendspender einwilligungsfähig sein. Sollten Personen geistig, seelisch oder psychisch krank sein, sind sie von der Möglichkeit einer Organspende ausgeschlossen.¹¹⁴ Diese Regelung entspricht dem Leitsatz 4 der Weltgesundheitsorganisation (WHO) für die Transplantation menschlicher Organe.¹¹⁵ Einwilligungsfähigkeit ist zu bejahen, wenn die Person die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, aufgrund derer sie fähig ist, die Bedeutung und Tragweite der Organtransplantation und ihrer Gestattung zu erkennen.¹¹⁶ Geistige und sittliche Reife und die damit einhergehende natürliche Einsichtsfähigkeit müssen folglich vorhanden und klar erkennbar sein. Die Einsichtsfähigkeit fehlt, wenn die handelnde Person nicht zum Unrechtsbewusstsein durchdringen kann.¹¹⁷ Diese Einwilligung muss auch höchstpersönlich erfolgen und darf nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen.¹¹⁸ Die Einwilligung gilt ferner als unwirksam, wenn der Spender dadurch in eine konkrete Lebensgefahr gebracht würde.¹¹⁹ Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Transplantation gegen die guten Sitten i.S.d. § 228 StGB verstößt. Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich § 228 StGB dabei auf die Sittenwidrigkeit der Tat und nicht die der Einwilligung.¹²⁰ Auf die Auswirkungen der Sittenwidrigkeit soll später in Kapitel C. II. noch genauer eingegangen werden.

¹¹² So auch *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 17.

¹¹³ *Henne-Bruns/ Kaatsch*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 18.

¹¹⁴ *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 124.

¹¹⁵ WHO in ihrer 44. Versammlung am 13. Mai 1991.

¹¹⁶ *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar StGB, vor § 32, Rdnr. 18.

¹¹⁷ *Lackner/ Kühl*, StGB, § 20, Rdnr. 12; *Perron*, in: Schönke/ Schröder, StGB-Kommentar, § 20, Rdnr. 25.

¹¹⁸ *Lipp*, in: Laufs/ Katzenmeier/ Lipp, Arztrecht, S. 165, Rdnr. 32; BayObLG, in: JR 1978, 297.

¹¹⁹ *Schroth*, Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende, S. 473.

¹²⁰ BGHSt 4 88, 90 f.; *Tröndle*, in: Fischer, § 228, Rdnr. 10.

b. Die Erklärung der Einwilligung nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b TPG

Die Einwilligung des Organspenders muss zudem schriftlich erfolgen. Diese Niederschrift muss unterzeichnet werden und kann dementsprechend nur ausdrücklich, nicht jedoch konkludent erfolgen.¹²¹ Dies folgt aus der Höchstpersönlichkeit des Rechts, in welche die Organentnahme eingreift.¹²² Die Schriftform erscheint an dieser Stelle durchaus sinnvoll, da es sich bei der Lebendspende für den Spender um einen körperlich rein nachteiligen Eingriff handelt. Es kommt zu einem Eingriff in höchstpersönliche Rechte, so dass eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist.

Auch die Freiwilligkeit der Einwilligung ist eine wesentliche Bedingung für die Zulässigkeit der Lebendspende.¹²³ Sie muss ohne äußeren Druck oder Täuschung erfolgen und der Patient muss ohne Zwang, in Kenntnis aller möglichen Nachteile und Risiken einwilligen.¹²⁴ Freiwilligkeit ist dann nicht gegeben, wenn äußere Zwänge, Gewalt und Drohungen auf den potentiellen Spender eingewirkt haben oder auch wenn ein wesentlicher Irrtum vorliegt. Fehlt das Wissen bzgl. einiger Risiken und Umstände, liegt ein Willensmangel vor, der die Einwilligung unwirksam macht.¹²⁵ Das Feststellen der Freiwilligkeit bereitet mitunter Probleme. Nicht zuletzt sind die persönlichen Umstände dafür von erheblicher Bedeutung. Der potentielle Spender wird durch die notwendige enge Beziehung zum potentiellen Empfänger einem enormen Druck ausgesetzt. Dabei ist der soziale Druck unter anderem von anderen Familienangehörigen nicht zu unterschätzen. So stellt sich beispielsweise in der Situation, in der eine Mutter ihrem schwerkranken Kind ein Organ spenden möchte, die Frage, ob überhaupt von einer Freiwilligkeit gesprochen werden kann.¹²⁶ Die unterschwellige Erwartungshaltung aller Beteiligten kann teilweise so stark sein, dass die freiwillige Entscheidung des Spenders fast nicht mehr möglich erscheint. Deshalb ist es Aufgabe des Arztes, durch entsprechende Aufklärung und Beratung auf eine freiwillige Entscheidung des Spenders so gut es geht hinzuwirken.¹²⁷

¹²¹ *Lipp*, in: Laufs/ Katzenmeier/ Lipp, *Arztrecht*, S. 165, Rdnr. 32 ff.

¹²² *Schreiber*, *Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 68.

¹²³ *Sasse*, *Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender*, S. 129.

¹²⁴ *Schreiber*, in: Richard Toellner, *Organtransplantation-Beiträge zu ethischen und juristischen Fragen*, S. 97 (99); *ders.* *Rechtliche Fragen der Organentnahme auch der Lebendspende*, in: *Ethik und Organtransplantation*, S. 39 (44).

¹²⁵ BHGSt 4, 88 (90).

¹²⁶ *Wagner/ Fateh-Moghadam*, *Freiwilligkeit als Verfahren*, *Soziale Welt* 56, 2005, S. 73 (82 f.).

¹²⁷ Zur Problematik der freiwilligen Einwilligung und deren Feststellung durch die Landeskommissionen siehe unter Kapitel 3 B II.

c. Ärztliche Aufklärung und Beurteilung des Spenders nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b und 1c TPG

Mit der Voraussetzung von Aufklärung und anschließender Einwilligung durch den Spender will das Transplantationsgesetz die Selbstbestimmung des Spenders über seinen Körper sicherstellen. Der Erhalt der körperlichen Integrität stellt einen wesentlichen ärztlichen Aufgabenbereich dar.¹²⁸ Die hohe Gefährdung des Spenders bei der Lebendspende führt insofern zu einer umfassenden Aufklärungspflicht, auch aus dem Grund, weil die Transplantation für den lebenden Spender keine Heilmaßnahme darstellt.¹²⁹ Inhalt und Umfang der Aufklärung sind dabei genau geregelt. Je weniger dringend der Eingriff medizinisch indiziert ist, umso höher sind die Anforderungen an die medizinische Aufklärung.¹³⁰ Das Risiko bleibender gesundheitlicher Schäden ist zwar relativ gering, allerdings sind selbst Todesfälle nicht generell auszuschließen. Das Risiko für die Lebendspender bei der Lebertransplantation ist aufgrund des komplizierten operativen Eingriffs weitaus höher als bei der Nierentransplantation. Bei der Bewertung von Risiken sind jedoch nicht allein statistische Größen zu berücksichtigen, sondern vielmehr auch persönliche Merkmale und Gegebenheiten des Spenders wie etwa Wertvorstellungen und Lebenspläne.¹³¹ Über das Eingehen eines solchen Risikos kann letztlich nur der Spender persönlich (innerhalb der Grenzen des § 228 StGB) entscheiden. Der Spender muss durch die Aufklärung in der Lage sein, unter Abwägung aller nun bekannten Risiken eine für sich selbst verantwortungsvolle Entscheidung zu treffen.¹³²

Die Aufklärung muss in Anwesenheit eines weiteren unabhängigen, nicht an der Transplantation beteiligten Arztes und gegebenenfalls einer weiteren sachverständigen Person erfolgen. Darüber hinaus legen § 8 Abs. 2 S. 3 und 4 TPG als Verfahrenssicherung eine Dokumentationspflicht über den Inhalt der Aufklärung und über die Einwilligungserklärung fest.¹³³

Die Einwilligung des Organspenders muss aus der genannten Aufklärung heraus erfolgen und auf einem freiwilligen Entschluss des Spenders beruhen. Dies ergibt sich im Rückschluss aus § 8 Abs. 3 S. 2 TPG. Diese Einwilligung kann schriftlich oder mündlich widerrufen werden.

¹²⁸ BVerfGE 52, S. 131.

¹²⁹ Vergleiche Gutmann/Schroth, Rechtliche und ethische Aspekte der Lebendspende von Organen, in: Oduncu/ Schroth/ Vossenkuhl, Transplantation, S. 271 (278).

¹³⁰ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 118.

¹³¹ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 37.

¹³² Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 79.

¹³³ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 20.

Die Nichtachtung der umfänglichen Aufklärung ist durch § 19 Abs. 2 TPG unter Strafe gestellt. Dieser schützt in besonderem Maße die Entscheidungsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht des Spenders. Indem mit § 8 TPG durch die Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit des Spenders auch dieser in seinen Rechten beschränkt ist, handelt es sich um einen weich paternalistischen Eingriff. Der Arzt als Dritter wird dazu verpflichtet, ein Individualrechtsgut aus Sicht des Rechtsgutinhabers, hier des Spenders, zu schützen.¹³⁴

d. Subsidiarität gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG

§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TPG sieht die Nachrangigkeit der Lebendspende vor. Danach ist die Organentnahme bei lebenden Personen nur zulässig, wenn ein geeignetes postmortal gespendetes Organ nach § 3 oder § 4 TPG zu diesem Zeitpunkt nicht zur Verfügung steht.¹³⁵ Daraus folgt, dass die Organentnahme von Verstorbenen Vorrang vor der Organentnahme von lebenden Spendern hat.¹³⁶ Nach dem Zweck der Subsidiaritätsregel, die Lebendspende als ultima ratio anzusehen, muss die Lebendspende nicht nur dann unzulässig sein, wenn das Organ eines verstorbenen Spenders zur Verfügung steht, sondern auch, wenn eine zur Transplantation alternative Heilmethode möglich ist.¹³⁷ Diese doppelte Subsidiarität verdeutlicht auch den Willen des Gesetzgebers, dass die Lebendspende nicht dazu führen soll, dass das Bemühen um die Spende von Verstorbenen vernachlässigt wird.¹³⁸ Dies dürfte regelmäßig auch dem Willen der beteiligten Personen entsprechen.¹³⁹

Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TPG sind, dies ist allgemeiner Konsens, jedenfalls immer dann gegeben, wenn sich der potenzielle Empfänger bereits auf der Warteliste für ein postmortal gespendetes Organ befindet und ein geeignetes Organ eines postmortalen Spenders für ihn zum Zeitpunkt der Durchführung der Lebendspende noch nicht zur Verfügung steht.¹⁴⁰

Dieser gesetzlich festgelegte Vorrang der postmortalen Spende wird immer wieder kritisiert. Auch wenn die Subsidiaritätsklausel die Lebendspende aufgrund des Organmangels und der langen Wartezeiten praktisch kaum beschränkt,¹⁴¹ gibt es in

¹³⁴ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 80.

¹³⁵ Schreiber, Die Notwendigkeit einer Ausweitung der Zulässigkeit von Lebendspenden, in: Ethik der Lebendorganspende, S. 61 (62).

¹³⁶ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 52.

¹³⁷ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 49 m.w.A.

¹³⁸ BT-Drs. 13/4355, v. 16.04.1996, S. 20. Zustimmend auch Gutmann, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, S.147 (152).

¹³⁹ Schreiber, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 99.

¹⁴⁰ Im Gegensatz zur Beschränkung des Spenderkreises ist hier eine Verletzung nicht strafbewehrt.

¹⁴¹ Schreiber, Die Notwendigkeit einer Ausweitung der Zulässigkeit von Lebendspenden, in: Ethik der Lebendorganspende, S. 61 (63).

der Fachdiskussion unter mehreren Aspekten grundsätzliche und kritische Einwände gegen die Subsidiaritätsklausel. Nicht umfassend durch den Gesetzgeber geklärt ist beispielsweise die Frage, nach welchen Kriterien ein postmortal gespendetes Organ tatsächlich als „geeignet“ anzusehen ist.

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Organentnahme, der sich nach dem medizinischen Erforderlichwerden der Transplantation richtet. Zu diesem Termin darf kein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders zur Verfügung stehen. Ein Organ steht dann nicht zur Verfügung, wenn im Zeitpunkt der Organentnahme dem Transplantationszentrum, auf dessen Warteliste der Patient gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 2 Nr. 1 TPG gemeldet ist, kein entsprechendes Organ für diesen Empfänger durch die Vermittlungsstelle vermittelt worden ist. Es ist letztlich aber fast immer der Fall, dass für den Patienten, für den von vornherein eine Lebendspende geplant war und der deshalb bislang natürlich noch nicht bei Eurotransplant in Leiden auf der Warteliste steht, auch innerhalb der nächsten 3-5 Jahre kein Organ zur Verfügung stehen wird.¹⁴² Allerdings gibt es bei besonderer Dringlichkeit, der sogenannten „high-urgent“ Kategorie der Patienten auf der Warteliste, die Möglichkeit, eine beschleunigte Zuteilung der Organe zu erreichen. Dies ist an besondere Indikationskriterien geknüpft. In besonders akuten Fällen, in denen ohne sofortige Transplantation der baldige Tod des Patienten sehr wahrscheinlich ist, kann also auch ohne bisherige Wartezeit ein Organ zugeteilt werden. Das macht wiederum die Idee einer Notfalloperation in Form der Lebendspende hinfällig.

Nicht überzeugend ist allerdings die Ansicht, dass eine Lebendspende ohnehin nicht als Notfalloperation durchgeführt werden könne, da es dann an der notwendigen Beachtung der gesetzlichen Vorschriften wie der umfangreichen Aufklärung und Stellungnahme einer Kommission zur Überprüfung der Freiwilligkeit fehlen würde.¹⁴³ Darauf wird noch genauer eingegangen.

Fraglich ist folglich noch, wann ein „geeignetes Organ“, abgesehen von dem tatsächlichen Vorhandensein eines Leichenorgans, verfügbar ist bzw. wann von einem „geeigneten Organ“ gesprochen werden kann. Ein geeignetes Organ kann einmal schon dann verfügbar sein, wenn ein überhaupt transplantierbares Organ vorhanden ist. Ein geeignetes Organ könnte aber auch erst dann zur Verfügung stehen, wenn das Totenorgan auf Grund seines Zustands, der Gewebeverträglichkeit usw. mindestens genauso geeignet ist, wie das Transplantat eines Lebendspenders. Fraglich ist also, ob die Übertragung des Organs des Verstorbenen den gleichen Heilerfolg versprechen muss wie das Organ des Lebendspenders.

¹⁴² Henne-Bruns/ Kaatsch, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, Anhang 1 zu § 8, Rdnr. 17 f.

¹⁴³ Henne-Bruns/ Kaatsch, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, Anhang 1 zu § 8, Rdnr. 18 f.

Medizinische Untersuchungen haben beispielsweise gezeigt, dass die Übertragung von Nieren lebender Organspender zu besseren Ergebnissen als die Übertragung von Nieren toter Organspender führt.¹⁴⁴ Dies gilt besonders für genetisch verwandte Personen.¹⁴⁵ Generell gilt, dass die Erfolge von Lebendspenden im ersten Jahr 10 % besser sind als bei der Leichenspende. Auch wenn diese Tatsachen bekannt sind und dem Gesetzgeber vorliegen, ist offen geblieben, ob aufgrund dieser besseren Ergebnisse der Lebendspenden die Transplantation eines Organs von einem Toten nicht zumindest den gleichen Heilungserfolg aufweisen muss, um eine Subsidiarität zu begründen.

Es ist an dieser Stelle also davon auszugehen, dass mit dem Begriff „geeignet“ nicht *gleich* geeignet, sondern *überhaupt* geeignet gemeint sein soll. Im Sinne der Gesetzesregelung der Lebendspende als letzte Möglichkeit zum Schutz des Organspenders, ist der Begriff restriktiv auszulegen und man muss von einer angestrebten grundsätzlichen Geeignetheit ausgehen.¹⁴⁶ Anders kann die vorliegende Regelung nicht gemeint gewesen sein, weil mit der Voraussetzung eines „gleich geeigneten“ Organs andernfalls die Subsidiaritätsregel gänzlich leerlaufen würde. Dass die Transplantation eines Lebendorgans fast immer einen besseren Erfolg erzielt als die eines Leichenorgans, würde dazu führen, dass ihr nur eine geringe praktische Bedeutung zukäme. Das kann vom Gesetzgeber so nicht gewollt gewesen sein. Hintergrund dieser Regelung ist nämlich wieder die Tatsache, dass dem Spender durch seine Spende keinerlei medizinische Vorteile erwachsen und die Transplantation damit grundsätzlich gegen den Grundsatz des *nihil nocere* verstößt. Insofern wäre nur durch einen erheblichen Nutzen für den Empfänger ein Eingriff gerechtfertigt.¹⁴⁷ Die Geeignetheit unterliegt einzig der medizinischen Einschätzung des behandelnden Arztes. Dabei muss er der medizinischen Sorgfalt entsprechend unterschiedliche Untersuchungen vornehmen, die eine grundsätzliche Geeignetheit des Organs bestätigen. Ergibt sich im Nachhinein doch eine Ungeeignetheit des Organs, führt dies nicht zur Annahme der Rechtswidrigkeit.

Befürwortern der jetzigen Rechtslage und insbesondere der Subsidiaritätsregel geht es in erster Linie darum, dass entsprechend der Gesetzesbegründung der Leichenspende klarer Vorrang gegenüber der Lebendspende zukommen soll. Sichergestellt werden soll damit, dass ein grundsätzliches Bemühen um ein postmortales Organ nicht in den Hintergrund rückt. Neben dem Zweck, die gesundheitlichen Interessen des Organspenders zu sichern, gilt ein weiterer Aspekt der Subsidiaritätsklausel also auch dem Schutz davor, dass die Suche nach postmortalen Organen vernach-

¹⁴⁴ *Faller/ Lang*, Medizinische Psychologie und Soziologie, S. 260.

¹⁴⁵ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 102.

¹⁴⁶ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 75; zustimmend auch *Schroth*, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die juristische Perspektive, S. 141-156.

¹⁴⁷ *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 47.

lässigt wird.¹⁴⁸ Argumentiert wird dabei auch damit, dass die Gesundheit des Lebendspenders höherrangig sei als die besseren Erfolgsaussichten der Transplantation mit einem Lebendorgan.¹⁴⁹ Der Eingriff in die körperliche Integrität eines gesunden Menschen und die damit einhergehende irreversible Schädigung seiner Gesundheit sei nicht automatisch mit der bestmöglichen Heilungschance des Empfängers zu rechtfertigen, sondern nur damit, dass es keine andere Möglichkeit gibt. Eine praktische Beschränkung der Lebendspende läge insofern gar nicht vor, weil durch die langen Wartezeiten auf ein postmortales Organ nur in Ausnahmefällen auch wirklich ein Organ zur Verfügung steht. Diese Begründung überzeugt nicht ganz. Eine gesetzliche Regelung aufrechtzuerhalten, weil sie praktisch keine Anwendung findet, entspricht nicht dem Zweck und der Intention gesetzgeberischen Handelns. Auffallend ist bei dieser Argumentation, dass der Spender als Person dargestellt wird, über die hinweg nicht entschieden werden soll bzw. darf. Dass es ausdrücklicher Wunsch des Spenders sein kann, tritt hier komplett in den Hintergrund. Es wird nicht berücksichtigt, dass ein aufgeklärter Mensch von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen und sich in autonomer Handlung für eine Transplantation entscheiden möchte. Ferner wird verkannt, dass es den Gegnern der Subsidiaritätsklausel nicht darum geht, um jeden Preis der Lebendspende Vorrang einzuräumen. Es geht vielmehr darum, neben dem sehr beschränkten Angebot an postmortalen Organen *auch* Lebendorgane nutzen zu können. Die aktuelle Diskussion um die verschiedenen Möglichkeiten, den Kreis der Organspender zu erweitern, zeigt doch gerade, dass allen Beteiligten klar ist, welche hohe Bedeutung den postmortalen Spenderorganen zukommt. Es geht nicht darum, die postmortale Spende durch die Lebendspende abzulösen, sondern sie damit zu ergänzen.

Nach dem Gesagten kann festgestellt werden, dass die Subsidiaritätsklausel insofern zwar grundsätzlich sinnvoll erscheint, als dass sie bewirken soll, dass die Gewinnung postmortaler Organe nicht vernachlässigt werden darf. Allerdings ist § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG zur Verfolgung dieses Zwecks nicht notwendig und auch nicht geeignet, denn er untersagt letztlich im konkreten Fall nur den zur Spende schon bereiten Betroffenen die Lebendorgantransplantation.

e. Durchführung des Eingriffs durch einen Arzt gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TPG

Der transplantierende Arzt muss einem Transplantationszentrum angehören. § 9 S. 1 TPG greift hier als Ergänzung zu § 8 TPG, so dass auch der Ort der Transplantation ein Transplantationszentrum sein muss. Diese Voraussetzung schützt Spen-

¹⁴⁸ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 49 m.w.A.

¹⁴⁹ Nickel/ Schmidt-Preisgke/ Sengler, Transplantationsgesetz, § 8 TPG, Rdnr. 10.

der und Empfänger, da eine fachgerechte und professionelle Entnahme und Einpflanzung gewährleistet wird. Der Arzt kann und sollte eine Organentnahme, die ihm für den Spender als zu riskant erscheint, ablehnen.¹⁵⁰

f. Die Einschränkung des Spenderkreises nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Für nicht regenerierungsfähige Organe ist der zulässige Empfängerkreis klar beschränkt und mit § 19 Abs. 2 TPG unter Strafe gestellt. Über die Sinnhaftigkeit einer solchen Beschränkung und mögliche Erweiterungen zum Wohl der Organempfänger wird seit jeher diskutiert.

Die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, ist nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nur zulässig, wenn das Organ auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen übertragen werden soll, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen. Eine Lebendspende an fremde oder anonyme Empfänger wird damit untersagt. Organe, die nicht regenerativ sind, sind Nieren, Lungenlappen, Teile des Dünndarms und der Bauchspeicheldrüse. Dazu zählen auch die Leber bzw. Lebersegmente.¹⁵¹ Denn auch wenn sich die verbleibende Leber wieder zu ihrer vorherigen Größe zurückbildet, ist sie anschließend strukturell anders.

Mit der Einschränkung des Empfängerkreises will der Gesetzgeber die Freiwilligkeit der Organspende sicherstellen und dem Organhandel vorbeugen. Begründet wird dies mit der Auffassung, dass eine verwandtschaftliche oder vergleichbare enge persönliche Beziehung die beste Gewähr für eine freiwillige Organspende sei.

Dabei sieht der Gesetzgeber eine besondere persönliche Verbundenheit in einer auf Dauer angelegten Partnerschaft, die nicht nur in einer befristeten, häuslichen Lebensgemeinschaft besteht, sondern vielmehr eine gemeinsame Lebensplanung umfasst.¹⁵² Voraussetzung muss dafür aber gerade nicht eine häusliche Bindung sein. So können auch einander sehr nahestehende, aber räumlich getrennte Personen einander sehr verbunden sein, wie es bei engen Freunden und Familienangehörigen der Fall sein kann.¹⁵³ All diese engen Verbindungen sollen schließlich dazu

¹⁵⁰ Vergleiche NEK/CNE 2003, Transplantation von Teilen der Leber von lebenden Spenderinnen und Spendern: Die Frage der Finanzierung, Stellungnahme Nr. 5/03 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, S. 3 f.

¹⁵¹ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 21.

¹⁵² Schneewind, Psychologische Aspekte der Lebendnierenspende, in: Zeitschrift für Transplantationsmedizin 1993, S. 89 (93 f); König, Strafbarer Organhandel, S. 231.

¹⁵³ König, Strafbarer Organhandel, S. 231.

führen, dass sich der Spender aus der persönlichen Verbundenheit heraus für eine Organspende entscheidet und nicht aus finanziellen Aspekten.¹⁵⁴

Nach der zunächst ausschließlich auf genetisch Verwandte ausgelegten Erlaubnis der Lebendtransplantation wurde nach verschiedenen Versuchen über Regelungen wie „nahe Verwandte“, was auch Ehegatten umfassen sollte, die derzeit geltende Regelung des TPG gefunden.¹⁵⁵ Dennoch wird der Kreis der Spendenempfänger weiterhin unterschiedlich diskutiert.¹⁵⁶ Seit Entstehung des TPG wird immer wieder die Erweiterung des Empfängerkreises und die „Freigabe“ der Lebendspende gefordert.¹⁵⁷

So sieht beispielsweise Gutmann¹⁵⁸ die Regelung der Lebendorganspende zum Spenderkreis als zu eng an. Sie verhindere eine Fülle von Lebendspenden, die ethisch erlaubt und geboten erscheinen, wie die Überkreuz- oder Cross-over-Spenden. Zudem sieht er auch verfassungsrechtliche Bedenken, weil § 8 Abs.1 S. 2 TPG weder erforderlich sei noch „vernünftige Gründe für die gegenwärtige Begrenzung des Spenderkreises“ erkennen lasse.¹⁵⁹ Auch andere sehen Anlass zu einer Novellierung dieser gesetzlichen Regelung und die inzwischen vorliegenden Erfahrungen im Bereich der Lebendspende werden häufig als Begründung genannt.¹⁶⁰

Die Anhänger einer restriktiven Auslegung des Spenderkreises berufen sich insbesondere auf den Leitsatz 3 für Organtransplantationen am Menschen der Weltgesundheitsorganisation.¹⁶¹ Dieser besagt:¹⁶²

„Guiding principle 3

Organs for transplantation should be removed preferably from the bodies of deceased persons. However, adult living persons may donate organs, but in general such donors should be genetically related to the recipients. Exceptions may be made in the case of transplantation of bone marrow and other acceptable regenerative tissues. An organ may be removed from the body of

¹⁵⁴ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 21 ff.

¹⁵⁵ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 88.

¹⁵⁶ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 120.

¹⁵⁷ Teilweise kritisch auch: König, Strafbare Organhandel, S. 230 m.w.A.

¹⁵⁸ Gutmann, Für eine prinzipielle Neuausrichtung des Transplantationsrechts, S. 28.

¹⁵⁹ Gutmann, Für eine prinzipielle Neuausrichtung des Transplantationsrechts, S. 29.

¹⁶⁰ Fornara, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die ärztliche Perspektive, in: Novellierungsbedarf des Transplantationsgesetzes, S. 135 (135).

¹⁶¹ Human Organ Transplantation, A report on development under the auspices of the WHO (1987-1991) 1992, S. 5 ff.; Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 86 f.

¹⁶² Human Organ Transplantation, A report on development under the auspices of the WHO (1987-1991) 1992, S. 5 ff.; Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 86 f.

an adult living donor for the purpose of transplantation if the donor gives free consent. The donor should be free of any undue influence and pressure and sufficiently informed to be able to understand and weigh the risks, benefits and consequences of consent.“

Inhaltlich bedeutet dies, dass der postmortalen Spende der Vorzug zu geben ist und dass erwachsene Lebendorganspender mit den Empfängern genetisch verwandt sein sollen. Ausnahmen sind zulässig, wenn es sich um Knochenmark oder regeneratives Gewebe handelt. Des Weiteren ist eine freiwillige Einwilligung nötig, die ohne äußere Einflüsse oder Druck und nach einer sorgfältigen Aufklärung erfolgt ist, die eine Abwägung von Risiken, Nutzen und Konsequenzen der Zustimmung erlaubt.

C. Die Zulässigkeit der Organentnahme unter Berücksichtigung der Körperverletzungsdelikte des StGB

I. Die Problematik der Körperverletzung

Die Entscheidungsfreiheit über den eigenen Körper wird in zweierlei Hinsicht geschützt: zum einen durch die strafrechtlich normierten Körperverletzungstatbestände des StGB, zum anderen über das TPG selbst, welches entsprechende Spezialtatbestände enthält. Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Regelungen hat der Gesetzgeber offen gelassen und ausdrücklich Lehre und Wissenschaft überlassen.¹⁶³

Für eine Organtransplantation ist es notwendig, einen medizinischen, invasiven Eingriff vorzunehmen. Sowohl der Spender als auch der Empfänger der Organe werden durch das Öffnen ihrer Körper in ihrer körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt. Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.¹⁶⁴ Dies unterscheidet den Vorgang bei einer Lebendspende von dem bei einer Organentnahme *post mortem*. Die eigentliche Problematik dabei besteht in der Besonderheit, dass beim Spender der Eingriff nicht zum Zwecke seiner Heilung geschieht, wie es beim Empfänger der Fall ist. Insofern stellt sich die Frage, ob der medizinische Eingriff im Rahmen anerkannter Standards geschieht und dem Erhalt bzw. der Förderung des Lebens oder der Gesundheit eines Dritten dient. Allerdings ist in diesem Fall nach überwiegender Meinung anerkannt, dass es bei Annahme einer solchen „Heilhilfe“ nicht soweit geht, den Eingriff beim Organspender als einen

¹⁶³ BT-Drs. 13/ 4355, v. 16.04.1996, S. 31 (zu § 18 Abs. 2 TPG- Entwurfsfassung).

¹⁶⁴ *Schroth*, Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes. Ein internationales Problem und seine deutsche Lösung, in: *Oduncu/Schroth/Vossenkuhl* 2003, S. 166 (174).

ärztlichen Heileingriff zu betrachten.¹⁶⁵ Es fehlt nämlich an der entsprechenden Heiltendenz des ärztlichen Eingriffs. Die Organentnahme steht im Widerspruch zu dem ärztlichen Grundsatz des *nihil nocere*, worauf später noch weiter eingegangen werden soll.¹⁶⁶ Dennoch war im Medizinstrafrecht schnell klar, dass die freiwillige Fremdenhilfe und der damit verbundene soziale Nutzen nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.¹⁶⁷ In diesem Zusammenhang kam es zur Entwicklung der bereits erwähnten Strafvorschriften innerhalb des Transplantationsgesetzes. § 19 Abs. 1 TPG stellt Verstöße gegen spezielle Regelungen zur Organentnahme unter Strafe. Wer entgegen § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a, b, Nr. 4 TPG oder § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ein Organ entnimmt, wird demnach mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Nun stellt sich aber die Frage, welche dieser Strafvorschriften die andere ausschließt. Vor Inkrafttreten des TPG galten uneingeschränkt die strafrechtlichen Grenzen der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte. Mit den §§ 8 Abs. 1, 17, 18 und 19 TPG hat der Gesetzgeber spezialgesetzliche Regelungen geschaffen, die es fraglich machen, inwieweit ein Rückgriff auf die Normen des StGB noch zulässig ist.

Die Regelungen des TPG sollen dem Schutz der Patientenautonomie des Spenders dienen, eine fachgerechte Durchführung gewährleisten und Spender sowie Empfänger in ihrer körperlichen Integrität schützen. Die Anwendbarkeit des § 223 StGB scheidet hier aufgrund des umfassenden Schutzes durch das TPG aus.¹⁶⁸ Würde man § 223 StGB neben die Regelungen des TPG stellen, würde sich der Arzt bei jeder fehlenden Voraussetzung des § 8 Abs. 1 TPG wegen Körperverletzung strafbar machen. § 19 Abs. 1 TPG stellt aber nur die oben aufgeführten Verstöße unter Strafe. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber alle nicht in § 19 Abs. 1 TPG genannten Verstöße nicht unter Strafe stellen wollte. Insofern müssen die Regelungen des TPG gegenüber denen des StGB als spezieller und damit abschließend betrachtet werden.¹⁶⁹

Diese Spezialität gilt für die Fälle des vorsätzlichen Handelns, somit für § 223 StGB und § 228, da nach zutreffender Ansicht durch § 223 StGB nicht die Gesundheit oder der Körper an sich geschützt werden soll, sondern Körperintegrität und Selbstbestimmung als einheitliches Schutzgut anzusehen sind.¹⁷⁰ Die mit der herrschenden Meinung anerkannt abschließende Regelung der kunstgerecht durchgeführten Organentnahme durch das TPG hat zur Konsequenz, dass eben-

¹⁶⁵ Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 35.

¹⁶⁶ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 93.

¹⁶⁷ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 93.

¹⁶⁸ Schroth, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu: TPG, § 19, Fn. 164 ff.; Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 221.

¹⁶⁹ Schreiber, Ausschuss-Drs. 618/ 13, S. 14 (14 f.).

¹⁷⁰ Schroth, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, S. 79 (113).

falls für die §§ 224, 225, 226 und 227 StGB kein Raum bleibt.¹⁷¹ Da § 19 Abs. 1 TPG aber nach überzeugender Meinung¹⁷² nur die vorsätzliche Tatbegehung erfasst, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 229 StGB. Umfasst sind hiervon die Fälle der fehlerhaften Behandlung, also solche nicht *lege artis*. Eine Strafbarkeit kommt aber auch dann in Betracht, wenn der behandelnde Arzt fahrlässig Voraussetzungen nicht beachtet, die nach § 19 Abs. 2 TPG nur vor vorsätzlichen Verstößen geschützt sind. Solange nämlich der speziellere Tatbestand ein Strafmerkmal nicht umfasst, kann auch wieder auf das allgemeine Delikt zurückgegriffen werden. Das Verhältnis der Spezialität wird in diesen Situationen ausgesetzt.¹⁷³

II. Die Einwilligung und ihre Grenzen

Wie dargestellt, erfüllt die ärztlich vorgenommene Transplantation grundsätzlich den Straftatbestand der Körperverletzung. Es soll nun auf eine möglicherweise rechtfertigende bzw. tatbestandsausschließende Einwilligung durch den Patienten eingegangen werden. In Deutschland ist sowohl die rechtfertigende als auch die tatbestandsausschließende Einwilligung anerkannt. § 228 StGB normiert die Rechtswidrigkeit der Einwilligung bei Verstößen gegen die guten Sitten.¹⁷⁴ Die Besonderheit liegt hierbei darin, dass der Transplantationseingriff für den Spender keine heilende Wirkung aufweist. Vorliegend geht es also nur um die Variante der rechtfertigenden Einwilligung. Insofern kommt es aber auch auf die vermeintliche Problematik, ob eine Einwilligung in ärztliche Heileingriffe eine rechtfertigende Wirkung entfalten kann oder schon der Tatbestand der Körperverletzung an sich nicht vorliegt, nicht an.¹⁷⁵ Grundsätzlich ist eine Rechtfertigung durch eine Einwilligung möglich, wenn die genannten Voraussetzungen wie die ausdrückliche Erklärung, die Einwilligungsfähigkeit und die Freiwilligkeit erfüllt sind. Beachtet werden müssen des Weiteren aber die Grenzen der Einwilligungsmöglichkeit, die nicht zuletzt die Frage nach der Dispositionsfähigkeit der eigenen Gesundheit aufwerfen.

Keine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung wird entfaltet, wenn die Handlung gegen die guten Sitten verstößt. Nach herrschender Meinung gilt § 228 StGB für

¹⁷¹ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 46 f. m.w.A.; *Schroth*, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, in: *Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam*, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, S. 79 (114); *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 220 f.

¹⁷² *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 275 m.w.A.

¹⁷³ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 275.

¹⁷⁴ *Fischer*, Strafgesetzbuch, § 228, Rdnr. 12 ff; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 73.

¹⁷⁵ *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 32 ff.

alle Körperverletzungsdelikte.¹⁷⁶ § 228 StGB bezieht sich somit auf die §§ 223 ff. StGB und beschränkt damit die Rechte des Rechtsgutininhabers, über diese zu bestimmen bzw. auf sie zu verzichten. Sittenwidrigkeit liegt danach vor, wenn die gesetzgeberische Missbilligung einer Tat aus der Rechtsordnung klar hervorgeht.¹⁷⁷ Wie bereits dargestellt,¹⁷⁸ knüpft § 228 StGB an die Sittenwidrigkeit der Tat und nicht an die der Einwilligung an. Sittenwidrigkeit wäre beispielsweise dann anzunehmen, wenn sich der Spender mit der Transplantation einer schweren Eigengefährdung aussetzen würde.¹⁷⁹ Es stellt sich also die Frage, inwieweit die entsprechenden Rechtsgüter des Spenders disponibel sind. Die körperliche Unversehrtheit ist eines der grundsätzlich disponiblen Individualrechtsgüter. Allerdings wird die Verfügungsbefugnis begrenzt, wenn die Voraussetzungen des § 228 StGB vorliegen. Das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen ist nämlich nur insoweit disponibel, als dass es sich innerhalb eines tolerierbaren Bereichs bewegt.¹⁸⁰ Zum Teil wird das mit Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) begründet.¹⁸¹ Demnach schützt Art. 1 Abs. 1 GG den personalen Eigenwert des Menschen und der Einzelne soll sich nicht zum bloßen Objekt fremden Handelns selbst aufgeben dürfen.¹⁸² Zum anderen wird auch argumentiert, dass die Gemeinschaft selbst ein Recht auf die Unversehrtheit des Individuums innerhalb der Gesellschaft habe.¹⁸³ Der 3. Strafsenat hat in einer Entscheidung¹⁸⁴ den Verstoß gegen § 228 dann angenommen, wenn die Körperverletzung „nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist“, also die Tat „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“.¹⁸⁵ Dabei ist umstritten, ob der Zweck der Körperverletzung oder nur Art und Umfang der Körperverletzung zur Beurteilung dienen sollen. Der Senat selbst zieht das besondere Gewicht des Rechtsgutangriffs, also den Umfang der körperlichen Beeinträchtigung und die damit einhergehende Gefährdung der Gesundheit und des Lebens, als Beurteilungsgrundlage heran.¹⁸⁶ Demnach greift § 228 StGB dann, wenn das Verhalten des Täters die verletzte Person in objektiv voraussehbarer Weise in konkrete Todesgefahr bringt. In einem späteren Urteil¹⁸⁷ hält auch der 2. Strafsenat das Gewicht des tatbestandlichen Rechtsgutangriffs für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit für maßgeblich. Allerdings widerspricht er dem 3. Senat in der Aussage, für die Feststellung der

¹⁷⁶ BGHSt 49, 34.

¹⁷⁷ *Roxin*, Strafrecht AT, § 13, Rdnr. 37.

¹⁷⁸ Siehe Kapitel B II 2 a (b).

¹⁷⁹ *Tröndle*, in: Fischer, § 228, Rdnr. 10.

¹⁸⁰ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/ Schröder, StGB-Kommentar, § 228, Rdnr. 5.

¹⁸¹ VG Neustadt, NVwZ 1993, 98 (98 ff.) (Zwergenweitwurf) in der Begründung stark orientiert an BVerwGE 64, 274 (Peep-Show).

¹⁸² *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 104 m.w.A.

¹⁸³ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/ Schröder, StGB-Kommentar, § 228, Rdnr. 1, m.w.A.

¹⁸⁴ BGHSt 49, 34, 41.

¹⁸⁵ *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT, Rdnr. 318.

¹⁸⁶ BGHSt 49, 34, 42.

¹⁸⁷ BGHSt 49, 166, 171.

„guten Sitten“ sei auf die bestehenden Moralvorstellungen abzustellen. Ein nachvollziehbarer bzw. positiver Zweck der Tat genüge nicht, die Sittenwidrigkeit zu verneinen, sondern könne allenfalls zu einer etwas positiveren Bewertung der an sich rechtswidrigen Tat führen. Damit sei ein Eingriff seitens des Staates in die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutinhabers nur bei gravierenden Verletzungen legitim.¹⁸⁸ Diese neue Betrachtungsweise ist begrüßenswert.¹⁸⁹

In jedem Fall würde sich der operierende Arzt aber nach den strafrechtlichen Vorschriften der §§ 223 ff. StGB strafbar machen, wenn er - selbst bei Vorliegen einer Einwilligung - eine Transplantation vornähme, obwohl lebenswichtige Organe einer schweren Gefährdung ausgesetzt sind.¹⁹⁰ Im Transplantationsgesetz kommt zwar nicht die strafrechtliche Absicherung gem. § 19 Abs. 2 TPG zum Greifen; doch ist das Vorgehen nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c unzulässig, welcher zugleich die Grenzen der Sittenwidrigkeit bei der Lebendspende festlegt.

Umstritten ist hingegen die Situation, in der sich der Spender aus einer finanziellen Motivation heraus für eine Organspende entscheidet. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass eine kommerzielle Organspende kein ärztlicher Heileingriff sei und dem ärztlichen Ethos widerspreche.¹⁹¹ Zum anderen geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass sich die Schutzrichtung der Körperverletzungsdelikte ausschließlich auf die Unversehrtheit des Körpers bezieht.¹⁹² Dieses Rechtsgut wird aber nur dann verletzt, wenn es durch die Tat selbst in hohem Maße gefährdet wird. Dieser Ansicht ist hier zuzustimmen. Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines aus kommerziellen Gründen zu einer Lebendspende bereiten Patienten kann daher nicht ohne zusätzliche andere Anhaltspunkte als sittenwidrig gem. § 228 StGB betrachtet werden.

III. Zwischenergebnis

Nach dem bisher Gesagten wird insofern die tatbestandlich vorliegende Körperverletzung durch die zulässige Einwilligung des Organspenders gerechtfertigt, solange diese unter den entsprechenden Voraussetzungen erfolgt ist und nicht den guten Sitten nach § 228 StGB widerspricht.

¹⁸⁸ BGHSt 49, 166, 171; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT, Rdnr. 318.

¹⁸⁹ Zustimmung auch *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT, Rdnr. 318; im Ergebnis auch: *Duttge*, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen - Einwilligung in Körperverletzung und "gute Sitten", NJW 2005, 260-263.

¹⁹⁰ *Tröndle*, in: Fischer, § 228, Rdnr. 10.

¹⁹¹ *Tröndle*, in: Fischer, § 228, Rdnr. 10.

¹⁹² *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 228, Rdnr. 6 m.w.A.

Kapitel 3: Verfassungsrechtliche Betrachtung der Beschränkung der Lebendorganspende

Neben Kritik an Diskussionen um die Todesdefinition wurde seit Entstehung des TPG auch Kritik an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Lebendorganspende laut. Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die getroffenen Regelungen der Lebendspende im TPG richteten, hatten allerdings keinen Erfolg vor dem Bundesverfassungsgericht.¹⁹³ Es handelte sich bei diesen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stets um Nichtannahmebeschlüsse. Somit hat das Bundesverfassungsgericht keine Sachentscheidung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG darüber getroffen, ob die gerügten Regelungen verfassungsrechtlich unbedenklich sind.¹⁹⁴ Diese Nichtannahmebeschlüsse sind stets heftig kritisiert worden. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu der Zeit allerdings immerhin festgestellt, dass „derzeit“ kein Klärungsbedarf der verfassungsrechtlichen Fragen bestehe.¹⁹⁵

¹⁹³ *Rixen*, in Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, Einführung, Rdnr. 6.

¹⁹⁴ *Rixen*, in Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, Einführung, Rdnr. 6.

¹⁹⁵ BVerfG, NJW 1999, S. 3399 (3399 f.).

A. Verfassungskonformität des § 8 Abs. 1 TPG

Bei der Betrachtung der Verfassungskonformität der Lebendspende ist die Dreipoligkeit dieser Norm zu beachten. Es handelt sich bei den geregelten Sachverhalten um eine Dreieckskonstellation zwischen Arzt, Organempfänger und Organspender.

I. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG

Die Subsidiaritätsklausel des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG lässt die Lebendspende nur als *ultima ratio* gegenüber der postmortalen Organtransplantation zu. Grundgedanke ist auch hier der hippokratische Eid, der den Eingriff in einen unversehrten menschlichen Körper grundsätzlich als unzulässig betrachtet. Der Organempfänger wird indes durch diese Vorschrift dazu gezwungen, die weniger erfolgreiche Behandlung mit einem Leichenorgan trotz eines zur Verfügung stehenden Lebendorgans durchführen zu lassen. Zu unterscheiden sind vorliegend zum einen das Recht des potentiellen Empfängers nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) und zum anderen das Recht des Spenders aus Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit).

1. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beim Empfänger

In den Fokus rückt zunächst eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des Organempfängers im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Unter dieses Recht am eigenen Körper fällt auch das Recht auf körperliche Selbstbestimmung.¹⁹⁶ Der BGH¹⁹⁷ nimmt keine Trennung zwischen dem Rechtsgut Körper und dem Selbstbestimmungsrecht über dieses Rechtsgut vor. Nach herrschender Meinung¹⁹⁸ handelt es sich in der beschriebenen Situation um die Rechtsausübung, eigenverantwortlich in die eigene körperliche Unversehrtheit und die damit einhergehende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität einwilligen zu können. Durch das Recht auf körperliche Selbstbestimmung, welches das BVerfG in Art. 2 Abs. 1 GG verankert sieht, entstehe auch das Recht auf freie persönliche Entfaltung, damit auch das Recht, eine Heilbehandlung (hier die Transplantation eines postmortalen Organs) abzulehnen.¹⁹⁹ Diese Handlung unterfällt somit dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Darüber hinaus enthält Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG neben den normierten Abwehrrechten auch ein objektiv-

¹⁹⁶ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 52 m.w.A.; So wird teilweise vertreten, dass das Recht auf körperliche Selbstbestimmung Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG sei. Der freie Mensch habe ein Persönlichkeitsrecht am Körper und davon auch umfasst an dessen Gliedern. Dies ist allerdings höchst umstritten.

¹⁹⁷ BGHSt 11, 114.

¹⁹⁸ Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 6 f. m.w.A.

¹⁹⁹ BVerfGE 32, 98, 110.

rechtliches Handlungsgebot an den Staat und seine Organe, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu schützen und zu fördern.²⁰⁰

Wie bereits erläutert, verlangt der Subsidiaritätsgrundsatz der Lebendspende, dass sich ein Organempfänger ein Leichenorgan implantieren lassen muss, solange ein solches zur Verfügung steht, obwohl diese Transplantation statistisch erwiesen nicht den gleichen medizinischen Erfolg verspricht wie die Transplantation des Organs eines lebenden Spenders. Nach dem oben genannten Grundsatz der Selbstbestimmung müsste es zudem auch gelten, dass es dem Patienten gewährt wird, eine Heilbehandlung, hier die postmortale Organspende, abzulehnen. Durch die Subsidiaritätsklausel bleibt ihm danach allerdings der Rückgriff auf ein Lebendorgan verwehrt und er ist quasi gezwungen, die postmortale Organspende durchführen zu lassen. Der Patient wird insofern durch § 8 Abs. 1 S. 1 TPG in seinem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit beschränkt und in seinen Heilungschancen beeinträchtigt.

2. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG beim Spender

Des Weiteren bewirkt die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 1 TPG, dass ein rational handelnder, aufgeklärter und einwilligungsfähiger Spender in seiner Handlungsfreiheit beschränkt wird. Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt jegliches menschliches Verhalten.²⁰¹ Es ist dem Spender aber nicht selbst überlassen, die Entscheidung zu treffen, dass er ein Organ spenden möchte. Er kann nicht mehr frei über seinen Körper entscheiden. Ein Eingriff liegt damit auch in diesem Fall vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a. Gesetzesvorbehalt

Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG sieht einen Gesetzesvorbehalt vor. Wegen der Intensität des staatlichen Eingriffs ergibt sich aus der Wesentlichkeitslehre, dass es sich dabei um ein Parlamentsgesetz, also ein formelles Gesetz handeln muss.²⁰² Das bedeutet, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen, so auch im Bereich der Grundrechtsausübung, selbst treffen muss und nicht an die Verwaltung delegieren kann.²⁰³ Besonders intensiv sind dabei beispielsweise solche Eingriffe, die die Grundrechtsausübung unmöglich machen. Bei dem TPG handelt es sich um ein solches formelles Gesetz. § 8 Abs. 1 S. 1 TPG muss auch formell und materiell verfassungsgemäß sein.

²⁰⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 2 Abs. 2, Rdnr. 76.

²⁰¹ *Pieroth/ Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, § 8, Rdnr. 386.

²⁰² *Pieroth/ Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, § 9 II 3, Rdnr. 397.

²⁰³ BVerfGE 61, 260/275; 88, 103/116.

b. Formelle Voraussetzungen

An der formellen Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 S. 1 TPG bestehen keine Zweifel. Es ist weiterhin zu prüfen, ob er den Anforderungen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Stand hält.

c. Materielle Voraussetzungen

Die Subsidiaritätsklausel ist geeignet, den gesetzgeberischen Zweck, nämlich den Schutz der Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit potentieller Spender zu erreichen. Die Regelung ist auch erforderlich, weil kein weniger einschränkendes, aber genauso effektives Mittel ersichtlich ist. Allein die Angemessenheit gibt Grund zur genauen Prüfung. Diese Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bedarf einer Abwägung zwischen dem Grundrecht des Spenders auf Gesundheit auf der einen und dem Grundrecht des Empfängers auf Gesundheit auf der anderen Seite.²⁰⁴ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die postmortale Organtransplantation ebenfalls als Heilbehandlung anerkannt ist und dass bei Greifen der Subsidiaritätsklausel ein Leichenorgan auch zur Verfügung steht, ist die Beschränkung durch das Verbot einer medizinisch nicht indizierten Behandlung beim potentiellen Spender an sich als angemessen anzusehen.

Anders zu betrachten ist dies allerdings beim potentiellen Spender unter dem Gesichtspunkt, dass der Spender hier freiwillig auf den Grundrechtsschutz zugunsten Dritter verzichten möchte. Der Schutz der Gesundheit steht wie bereits dargestellt bei Art. 2 Abs. 2 GG neben dem Recht auf körperliche Selbstbestimmung.²⁰⁵ Die Entscheidung des Gesetzgebers, sich normativ über die freie Willensentscheidung des Grundrechtinhabers hinwegzusetzen, stellt ein paternalistisches Handeln dar. Darauf wird im Folgenden noch genauer einzugehen sein.

4. Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 GG

Die Glaubensfreiheit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG schützt die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses. Zu bedenken sind hier vor allem moralische Vorstellungen von Patienten, sich das Organ eines Verstorbenen einpflanzen zu lassen. Neben der in bestimmten Religionen strikt abgelehnten Organtransplantation, können auch andere ethische Bedenken dagegen vorliegen.

²⁰⁴ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 105; *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 56.

²⁰⁵ *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 57.

a. Eingriff in den Schutzbereich

Ein Eingriff kann bei jeder Beeinträchtigung des Denkens, des Äußerns und des Handelns vorliegen. Die Subsidiarität der Lebendspende zwingt den Patienten, wenn er nicht sterben möchte, das Organ eines Verstorbenen anzunehmen. Ein Eingriff liegt vor. Fraglich ist, ob er gerechtfertigt ist.

b. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Art. 4 GG ist ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht, eine Rechtfertigung ist nur durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. Bei einem Eingriff durch Gesetz muss dieses also gerade die Grundrechte anderer schützen wollen. Abermals ist eine Abwägung von Individualrechtsgütern erforderlich.²⁰⁶ Zum einen besteht das Recht des Empfängers, sich aus religiösen Gründen oder Gewissensentscheidungen gegen die Implantation eines postmortalen Organs zu entscheiden. Zum anderen besteht mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Pflicht des Staates, die körperliche Unversehrtheit des Lebendspenders zu schützen. Die durch § 8 Abs. 1 S. 1 TPG getroffene Entscheidung gegen die Glaubensfreiheit stellt erneut eine paternalistische Einschränkung dar.

5. Die Möglichkeit der Rechtfertigung der paternalistischen Eingriffe

Nach den oben genannten Prüfungen soll nun die Legitimität der paternalistischen Grundrechtseinschränkung genauer betrachtet werden. Unter Paternalismus versteht man staatliche Regelungen, die im Interesse und zum Schutz des Grundrechtinhabers vom Staat getroffen werden. Eine grundsätzlich bestehende Schutzpflicht seitens des Staates ist allgemein anerkannt.²⁰⁷ Als dogmatischer Anknüpfungspunkt wird die gesetzlich festgelegte Verpflichtung des Staates genannt, die grundrechtlich gewährten Güter zu achten und zu schützen, sowie sich insbesondere „schützend und fördernd vor das Leben zu stellen“.²⁰⁸ Man unterscheidet bei diesen Schutzpflichten des Staates zwischen weichem und hartem Paternalismus. Während beim weichen Paternalismus der Staat dem Bürger die Möglichkeit gibt, innerhalb eines vorgelegten Rahmens als vernünftiger und autonomer Mensch selbst seine Entscheidungen zu treffen, werden diese Regelungen beim harten Paternalismus gegen den Willen des Rechtsgutinhabers getroffen.²⁰⁹ Das bedeutet, dass nicht der Bürger selbst entscheiden kann, welche Wertvorstellungen er seinem Handeln zugrunde legen möchte, sondern diese Entscheidung dem Staat

²⁰⁶ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 57.

²⁰⁷ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 326 f. m.w.A.

²⁰⁸ Zillgens, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 344.

²⁰⁹ Diese Form des Paternalismus sieht kaum Handlungsalternativen für den Grundrechtinhaber vor und ist höchst umstritten, weil in ihr eine starke Abweichung vom Staats- und Rechtsverständnis gesehen wird.

und der Gesellschaft obliegt. Die Handlungsalternativen des Rechtsgutinhabers werden zu diesem Zweck gänzlich eingeschränkt.²¹⁰

Die Subsidiaritätsklausel stellt eine solche Form des harten Paternalismus dar. Die Handlungsmöglichkeiten des Rechtsgutinhabers werden völlig eingeschränkt. Er wird bei Vorhandensein eines Leichenorgans gezwungen, dieses anzunehmen und somit einem weniger erfolgreichen Heilungsprozess zuzustimmen. Die Gesundheit des Empfängers wird durch diese Regelung unter das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Spenders gestellt. Das Selbstbestimmungsrecht ist allerdings Ausdruck des herrschenden Staats- und Rechtsverständnisses und muss als Ausdruck eines liberalen Rechtsstaates weitreichend geschützt werden. Einzige Rechtfertigung kann die mangelnde Autonomiefähigkeit des Rechtsgutinhabers sein. Allerdings bezieht sich genau darauf der Gesetzgeber nicht, wenn er die Subsidiaritätsklausel anwendet. Die Autonomiefähigkeit des Spenders wird nämlich bereits ausreichend durch die außerdem bestehenden Rechtsvorschriften und Beschränkungen geschützt. Die Subsidiaritätsregel wäre dafür überhaupt nicht mehr notwendig. Es handelt sich insofern dabei um einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 GG.

II. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

1. Verstoß gegen formelles Recht

a. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Der Bestimmtheitsgrundsatz besagt, dass eine Norm hinreichend genau bestimmt sein muss, so dass der Grundrechtsinhaber sein Verhalten entsprechend anpassen kann. Art. 103 Abs. 2 GG soll dem Bürger konkret erkennbar machen, was von ihm gefordert wird und was ihm verboten ist.²¹¹ Er normiert damit den Grundsatz *nulla poena sine lege certa*.

(a) „Organe, die sich nicht wieder bilden können“

Problematisch erscheint hier die Formulierung „Organe, die sich nicht wieder bilden können“. Betrachtet man die Lebendspende von Teilen der Leber hinsichtlich der Tatsache, dass sich diese wieder bilden und somit nicht von einem Verlust der Funktionsfähigkeit gesprochen werden kann, müsste die Leberspende auch unbeschränkt außerhalb des begrenzten Spenderkreises möglich sein. Auch die gesetzliche Auflistung der nicht regenerierungsfähigen Organe, die für eine Lebendspende

²¹⁰ Pfeiffer, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 58 m.w.A.

²¹¹ Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 47.

dennoch in Betracht kommen, enthält nicht die Leber.²¹² Letzteres lässt erkennen, dass der Gesetzgeber die Leber nicht als eins der nicht regenerierbaren Organe ansieht, bei dem die Entnahme von Teilen aufgrund des erhöhten Risikos besonderer Auflagen bedürfte. Die Entnahme eines Lebersegments unterfällt mithin nicht der restriktiven Eingrenzung des Spenderkreises.²¹³ Dabei wird allerdings auch nicht berücksichtigt, dass eine Lebertransplantation für den Spender einen wesentlich schwierigeren Eingriff darstellt als beispielsweise die Entnahme einer Niere. Allerdings wird die Lebertransplantation oftmals dem Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zugeordnet.

(b) „In besonderer Verbundenheit offenkundig nahe stehen“

Zusätzliche Beachtung muss die Formulierung „andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ finden. Diese Formulierung sorgt für Auslegungsschwierigkeiten. Natürlich wäre es dem Gesetzgeber möglich gewesen, den Kreis auf das Verwandtschaftserfordernis festzusetzen, um eine klar definierbare Regelung zu schaffen. Allerdings wäre damit der Rahmen der zulässigen Lebendspenden deutlich beschränkt worden. Dem Wortsinne nach müsste unter einer persönlichen Verbundenheit verstanden werden, dass eine gefühlsmäßige Bindung zwischen Spender und Empfänger vorhanden sein muss.²¹⁴ Ein reines Näheverhältnis ist dafür nicht ausreichend. Zusätzlich muss diese Beziehung „offenkundig“ sein. Hier stellt sich die Frage, ob sich diese Offenkundigkeit auf jedermann bezieht oder ob auch Offenkundigkeit im näheren Angehörigenkreis als ausreichend zu betrachten ist. Zu denken ist dabei beispielsweise an homosexuelle Paare, die sich vielleicht noch nicht der Öffentlichkeit offenbaren wollen. Meist wird der Begriff der Offenkundigkeit aber als nicht unbedingt nach außen sofort erkennbar verstanden, aber für den Arzt deutlich zu bejahende Eigenschaft.²¹⁵ Das Bundessozialgericht hat mit seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 vielmehr festgestellt, dass die Merkmale der Offenkundigkeit (nur) für den Arzt deutlich erkennbar sein müssen, der an der Entscheidung bis hin zur Transplantation beteiligt ist.²¹⁶ Das Merkmal der Offenkundigkeit beinhaltet demnach gerade nicht, „dass dies ohne weiteres für jeden ersichtlich oder erkennbar sein muss, sich also entsprechende Erkundigungen und Ermittlungen geradezu verböten“.²¹⁷ Wesentliches Merkmal, so das BSG, solle vielmehr die innere Verbundenheit sein und nicht deren „Vermarktung“ nach außen.²¹⁸

²¹² *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 121 m.w.A.; BT-Drs. 13/4355, S. 20.

²¹³ *Gutmann*, in: Schroth/ König/Gutmann/ Oduncu, TPG, § 8, Rdnr. 31.

²¹⁴ *Gutmann*, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, S. 147 (149).

²¹⁵ *Schroth*, Anmerkungen zum BSG-Urteil vom 10.12.2003, in: JZ 2004, S. 469, 472.

²¹⁶ BSG, 10.12.2003, B 9 VS 1/01 R.

²¹⁷ BSG, 10.12.2003, B 9 VS 1/01 R.

²¹⁸ *Schreiber*, Ausschuss-Drs 603/13, S. 17 (20).

Die Auslegungsschwierigkeiten sind deutlich erkennbar. Arzt und Patient werden an dieser Stelle mit erheblichen Interpretationsschwierigkeiten konfrontiert.²¹⁹ Es ist nun zu entscheiden, ob diese Auslegungsschwierigkeiten das hinnehmbare Maß an Unbestimmtheit in einem Rechtsstaat überschreiten oder nicht und ob ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille zu erkennen ist. Mag letzteres teilweise noch zu bejahen sein, so muss man dennoch feststellen, dass die gesetzlichen Kriterien Arzt und Patienten in erhebliche Auslegungsschwierigkeiten bringen können. Tatsächlich werden oftmals Lebendspenden nicht durchgeführt, weil die nicht genau genug unter § 8 Abs. 1 S. 1 TPG zu subsumierende Nähebeziehung Schwierigkeiten bereitet, auch wenn die Operation ansonsten ethisch völlig gerechtfertigt erscheint.²²⁰ Die Sorge vor dem Greifen des damit verbundenen Straftatbestandes führt zu einer eher zögerlichen Durchführung und im Zweifel zu der Nichtdurchführung einer lebensrettenden Operation.

Um die Problematik noch einmal zu verdeutlichen, soll an dieser Stelle ein kleiner Beispielfall genannt werden:²²¹ Ein potentieller Nierenempfänger hatte neben den gesundheitlichen Problemen auch seine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit einbüßen müssen und mit den beruflichen Folgen zu kämpfen. Die Freundin seiner Mutter, welche als potentielle Spenderin in Frage kam, war sofort bereit, ihm eine Niere zu spenden und sprang auch beruflich für ihn ein. Mutter und potentielle Spenderin pflegten seit Jahren eine enge, schwesterngleiche Freundschaft, wodurch die Spenderin auch auf das Schicksal des Empfängers aufmerksam wurde und über dessen Leiden intensiv informiert wurde. Den Sohn selbst lernte die Freundin allerdings erst wenige Monate vor der Operation persönlich kennen.

Es erscheint nun schwierig, zu beurteilen, ob hier zwischen potentieller Spenderin und potentielltem Empfänger von einer besonderen persönlichen Verbundenheit gesprochen werden kann. Es gibt weder eine genaue Beschreibung, woraus sich diese ergeben sollte, noch gibt es einen direkten Vergleich zu dem Verwandtenverhältnis. Ein solches hätte unschwer durch den Zusatz „wie“ oder „ähnlich“ herbeigeführt werden können.²²² Da darauf verzichtet wurde, könnte man schlussfolgern, dass eine ebenso enge Beziehung nicht gefordert wird. Auch liegt hier eine Problematik darin, zu entscheiden, ob es genügt, dass sich Spenderin und Empfänger erst wenige Monate vor der möglichen Transplantation kennengelernt haben. Einerseits könnte man denken, dass eine enge Verbundenheit nicht entstehen kann, wenn sich jemand erst zum Zwecke der geplanten Operation kennenlernt. Andererseits könnte man argumentieren, dass die Freundin der Mutter schon lange

²¹⁹ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 20.

²²⁰ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 20.

²²¹ Beispielfall so entnommen aus: *Seidenath*, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, Heft 6, S. 253 (253 f.).

²²² *Seidenath*, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, Heft 6, S. 253 (254).

davor genauestens informiert wurde und den Krankheitsverlauf miterlebte, als sei sie selbst mit dem Sohn bekannt.²²³ Letztlich wurde in dem beschriebenen Fall eine Transplantation durchgeführt. Der Fall verdeutlicht dennoch, an welchen schwierigen Entscheidungen und subjektiven Einschätzungen das Wohl eines Menschen gemessen wird.

Insofern steht die genannte Begrenzung nicht in Einklang mit den Voraussetzungen des Bestimmtheitsgebotes.²²⁴ Es stellt eine unzumutbare Hürde für die beteiligten Ärzte dar, im Vorfeld eindeutig zu erkennen, ab wann sie sich strafbar machen. Eine solche Unklarheit und Unsicherheit stellt einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG dar.

b. Verstoß gegen das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG

Zu erwähnen sei hier ein möglicher Verstoß der Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG gegen das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Das Zitiergebot setzt voraus, dass ein Gesetz, welches ein Grundrecht einschränkt, dieses unter Angabe des Artikels nennt. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG greift wie erwähnt in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ebenso wie in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit ein. Das Zitiergebot findet dann Anwendung, wenn ein Grundrecht ausdrücklich eingeschränkt werden darf, wie es auch bei Art. 2 gemäß Abs. 2 S. 1 GG der Fall ist.²²⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat aber mit einem Beschluss über die Nichtannahme von drei gebündelten Verfassungsbeschwerden § 8 Abs. 1 S. 2 TPG als grundsätzlich zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke geeignet erachtet.²²⁶ Die Verfassungsmäßigkeit der Norm selbst ist damit allerdings nicht festgestellt worden. Es handelte sich dabei vielmehr um einen Nichtannahmebeschluss, der gem. § 31 Abs. 1 BVerfG keine Bindungswirkung entfaltet.

Es überzeugt hier die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts vom 11. August 1999²²⁷. Das Zitiergebot greife hier demnach nicht, weil es sich nicht um einen finalen, zielgerichteten Eingriff handle. Es gehe dem Gesetzgeber eben nicht um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, da hier schließlich der transplantierende Arzt und nicht der durch das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit durch die Spenderkreisregelung betroffene potentielle Organempfänger Adressat des Gesetzes sei. Auch liege schon ein finaler Eingriff nicht vor. Die Norm diene

²²³ So auch *Seidenath* selbst: *Seidenath*, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, Heft 6, S. 253 (254).

²²⁴ Übereinstimmend auch *Schroth*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, S. 1149 (1153 f.).

²²⁵ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 7.

²²⁶ *Gutmann*, in: *Schroth/ König/Gutmann/ Oduncu*, TPG, § 8, Rdnr. 28.

²²⁷ BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, NJW 1999, 3399.

schließlich nicht der Begünstigung körperlicher Beeinträchtigung, sondern gerade dem Ziel solche abzuwenden. Auf Art. 2 Abs. 1 GG könne sich das Zitiergebot hingegen nach ständiger Rechtsprechung ohnehin nicht beziehen.²²⁸

Anders sieht das *Gutmann*, der in dem Verbot der Organentnahme eines Lebendspenders bei gleichzeitigem Vorhandensein eines Leichenorgans ebenso unmittelbar und final einen Eingriff in das Recht des potentiellen Empfängers sieht.²²⁹ Dabei handele es sich um einen zielgerichteten, finalen Grundrechtseingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.²³⁰

Es kann aber letztlich dahingestellt bleiben, ob es sich um einen zielgerichteten, finalen Grundrechtseingriff handelt, da dem BVerfG und der ständigen Rechtsprechung jedenfalls dahingehend zu folgen ist, dass das Zitiergebot auf Art. 2 Abs. 1 GG keine Anwendung findet.

Insofern verstößt die Norm nicht gegen das Zitiergebot.

c. Rechtspolitische Gesichtspunkte

Höchst fragwürdig erscheint § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auch in rechtspolitischer Sicht. Das Strafrecht an sich soll seinem Zwecke nach dazu dienen, ohnehin schon verbotenes Handeln, also sozialschädliches Verhalten zu sanktionieren. Es soll das geordnete Zusammenleben der Menschen schützen und zu diesem Zwecke unerträgliches Zuwiderhandeln unter Strafe stellen.²³¹ Einen Arzt vor diesem Hintergrund dafür zu bestrafen, dass er zu Heilungszwecken einem einwilligungsfähigen, aufgeklärten, freiverantwortlich handelnden Spender ein Organ entnimmt, um einem anderen Menschen, der dem Spender nicht nahe steht, dadurch das Leben zu retten, erscheint paradox.

2. Verstoß gegen materielles Recht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG)

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG lässt die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, nur unter Verwandten ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Lebenspartnern, Verlobten oder anderen dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehenden Personen zu. Diese Beschränkung des Empfängerkreises stößt immer wieder auf Kritik. Zu erwähnen ist an dieser Stelle das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.08.1999²³², welches den § 8 TPG

²²⁸ BVerfGE, 1 BvR 2181/98.

²²⁹ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 5 ff.

²³⁰ *Gutmann*, in: Schroth/ König/Gutmann/ Oduncu, TPG, § 8, Rdnr. 27.

²³¹ *Eser/ Hecker*, in: Schönke/ Schröder, StGB-Kommentar, Vorbem. § 1, Rdnr. 1; *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 8

²³² 1 BvR 2181/98, Medizinrecht 2000, S. 28.

für verfassungsgemäß hielt, dabei dennoch feststellt, dass der Gesetzgeber mit diesem die Therapiemöglichkeiten von Patienten „kausal zurechenbar nachhaltig beeinträchtigt“ und somit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und damit in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingreift. Hier musste das Gericht natürlich nur über die Frage entscheiden, ob der Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt wurde, nicht aber über die Frage, ob die Norm sinnvoll und rechtspolitisch angemessen ist.²³³

Die Handlungsfreiheit des Spenders wird mit § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in erheblichen Maß beschränkt, denn dieser kann nicht frei entscheiden, ob er das Risiko einer Organspende eingehen möchte oder nicht. Die Selbstgefährdung eines Menschen ist grundrechtlich über Art. 2 GG insofern mit eingebunden, als dass es jedem in gewissen Fällen selbst überlassen bleibt, inwieweit er sich selbst schadet (z.B. durch Tabakkonsum, Alkohol etc.),²³⁴ Gegen dieses Recht auf Selbstgefährdung verstoßen insofern die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG. Auch ist die Konsequenz dieser Beschränkung ein Eingriff in die potentiellen Rechte des Empfängers nach Art 2 Abs. 2 S. 2 GG, der den Ansprüchen der Verhältnismäßigkeit nicht standhält.

B. Verfassungskonformität des § 8 Abs. 3 TPG

I. § 8 Abs. 3 S. 1 TPG

§ 8 Abs. 3 TPG erlaubt nur dann die Entnahme von Organen bei einem Lebenden, wenn sich Organspender und Organempfänger zu der Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklärt haben. Ziel der Vorschrift ist es, eine optimale Nachbetreuung sowohl psychisch als auch physisch zu garantieren. Dieses Erfordernis ist grundsätzlich sehr sinnvoll, soll es doch den bestmöglichen Erhalt des transplantierten Organs gewährleisten.²³⁵ Es handelt sich bei der geforderten Bereiterklärung um eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung für die Durchführung einer Lebendspende, allerdings ohne strafrechtliche Konsequenzen für den behandelten Arzt bei Nichtberücksichtigung.²³⁶ Problematisch zeigen sich § 8 Abs. 3 S. 2-4 TPG.

²³³ *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 9.

²³⁴ BVerwGE, 82, 45, 48.

²³⁵ In der Begründung zum heutigen TPG in: BT-Drs. 13/ 4355, S. 21.

²³⁶ *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, § 8, Rdnr. 109.

II. § 8 Abs. 3 S. 2-4 TPG

§ 8 Abs. 3 S. 2 TPG setzt voraus, dass immer eine Kommission dazu Stellung zu nehmen hat, ob im konkreten Einzelfall begründete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Einwilligung in die Organspende nicht freiwillig erfolgt oder das Organ Gegenstand verbotenen Handelns im Sinne des § 17 TPG ist. Die Kommission soll dies vor dem Eingriff anhand von psychodiagnostischen Mitteln und medizinisch-psychologischen Beratungsverfahren vornehmen.²³⁷ Die nach dem jeweiligen Landesrecht zuständige Kommission nimmt zu den genannten Fragen Stellung.²³⁸ Satz 3 regelt die Zusammensetzung der Kommission. Es müssen ihr dabei ein in jeglicher Weise an der Transplantation unbeteiligter und dem behandelnden Arzt nicht durch Weisung unterstehender Arzt, eine zum Richteramt befähigte Person und eine in psychologischen Fragen erfahrene Person angehören.²³⁹ § 8 Abs. 3 Satz 4 TPG enthält schließlich Regelungen zur Verfahrensausgestaltung. Die einzelnen Voraussetzungen der Stellungnahme der Kommission richten sich wie erwähnt nach Landesrecht.²⁴⁰ Dabei sind die Bundesländer in der Ausführung des § 8 Abs. 3 TPG unterschiedlich vorgegangen. Teilweise²⁴¹ wurden entsprechende Regelungen in die Gesundheitsgesetze aufgenommen, teilweise wurden, wie beispielsweise in Bayern, Hessen, dem Saarland, NRW, Rheinland-Pfalz und Mecklenburg-Vorpommern eigene Ausführungsgesetze erlassen.

In allen Fällen wird ein Gutachten darüber erstellt, ob tatsächliche und begründete Anhaltspunkte vorliegen, nach denen die Einwilligung in die Spende nicht freiwillig erfolgt. Diese Einschätzung hat lediglich den Charakter einer Empfehlung. Sie dient einer weiteren verfahrensrechtlichen Sicherheit.²⁴² Würde ein Vetorecht seitens der Kommissionen bestehen und davon unmittelbar die Realisierung wesentlicher Grundrechtspositionen der Beteiligten abhängen, müssten weitaus strengere Anforderungen an die Zusammensetzung und das Entscheidungsverfahren der Kommission gestellt werden.²⁴³ Zur Folge hat eine negative Kommissionsentscheidung aber immer eine faktische Bindungswirkung, nämlich dass sich der behandelnde Arzt wohl nicht zu einer Organentnahme entschließen wird. Andererseits kann sich ein Arzt aber auch nicht durch eine positive Kommissionsentscheidung exkulpieren. Ein weiterer Nachteil der Durchführung von Kommissionsverfahren ist deren Dauer. Oftmals liegt Eilbedürftigkeit vor, um den potentiellen Organempfänger retten zu können. § 8 Abs. 3 TPG selbst enthält aber keine Notstandsregelung. In diesem Fall muss auf § 34 StGB zurückgegriffen werden.

²³⁷ In der Begründung zum heutigen TPG in: BT-Drs. 13/ 4355, S. 35.

²³⁸ *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, § 8, Rdnr. 111.

²³⁹ *Pfeiffer*, Die Regelungen der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 74.

²⁴⁰ *Esser*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, § 8, Rdnr. 111.

²⁴¹ (Baden-Württemberg, Berlin, Niedersachsen).

²⁴² *Gutmann*, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, S.147 (151).

²⁴³ BVerfGE 69, 315 (355).

Dabei kommt man bei der Abwägung zu einem Ergebnis, das zu Lasten der Notwendigkeit einer empfehlenden Stellungnahme ausfällt, wenn auf der anderen Seite ein Leben gefährdet ist.²⁴⁴

Ob die Entscheidung einer Kommission also notwendig ist, erscheint zweifelhaft. Im Falle eines Notstands gerät der Arzt in einen Zustand der Rechtsunsicherheit. Im Falle einer negativen Entscheidung darf die Einwilligung des Spenders nicht ignoriert werden, um nicht eine Grundrechtsverletzung zu riskieren. Problematisch erscheint zudem, dass durch landesrechtliche Ausübung keine einheitliche Begutachtung gewährleistet ist. Es gibt weder einheitliche Begutachtungsrichtlinien noch Leitlinien. Teilweise wird anhand nach Aktenlage, teilweise anhand von persönlichen Gesprächen mit Spender und Empfänger entschieden.²⁴⁵ In den meisten Ländern ist die Anhörung des Spenders vorgeschrieben, in einigen jedoch nicht. In Hamburg ist dies nur als Soll-Vorschrift vorgesehen. Die Anhörung des Empfängers hingegen ist lediglich in Bayern Pflicht. In den meisten anderen Bundesländern steht eine Anhörung im Ermessen der Kommission. Teilweise²⁴⁶ ist eine Anhörung des Empfängers sogar nur im „begründeten Einzelfall“ gestattet und im Hamburger Gesetz ist der Empfänger gar nicht erst erwähnt. Diese regionalen Unterschiede rühren wohl aus der bundesgesetzlichen Regelung, in der von der „Einwilligung in die Organspende“ die Rede ist. Eine Differenzierung zwischen Spender und Empfänger erfolgt nicht.

Die vorherrschende „Zwitterstellung“ der Kommissionen (eine negative Kommissionsentscheidung führt nicht zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs und eine positive Entscheidung entlastet den Arzt dennoch nicht völlig) führt zur Rechtsunsicherheit. Zu überlegen wäre es, entweder eine rechtliche Bindung oder nur beratende Tätigkeit zu fordern. Der derzeitige Zustand lässt auch keinerlei Rechtsschutzmöglichkeiten zu. Keine der landesrechtlichen Regelungen sieht die Überprüfbarkeit der getroffenen Entscheidungen vor. Teilweise wird diese sogar explizit ausgeschlossen.²⁴⁷ Bei einer derart einschneidenden Entscheidung müsste eine Rechtsschutzmöglichkeit jedoch gewährleistet sein. Diese müsste zudem in der gebotenen Kürze im Wege eines Eilverfahrens durchführbar sein. Des Weiteren sollte die Qualifikation der psychologisch erfahrenen Person präzisiert werden. Nur in wenigen Bundesländern wird eine solche genauere Beschreibung vorgenommen.

Um die Arbeit der Kommission zu verstehen, muss man sich vor Augen halten, dass diese nicht hauptsächlich dem medizinischen Interesse nachgeht, sondern sich um die Plausibilisierung des autonomen Willens der beteiligten Personen bemüht.

²⁴⁴ Pfeiffer, Die Regelungen der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 75.

²⁴⁵ Fornara in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Band 1, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die ärztliche Perspektive, S. 135 (139).

²⁴⁶ (Berlin, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern).

²⁴⁷ z.B. Bremen und Baden-Württemberg. Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 65 m.w.A.

Wichtig ist dabei, dass die Kommission nicht die Aufgabe hat, die beteiligten Personen aufzuklären. Dies muss bereits zuvor durch die Transplantationszentren erfolgt sein. Auch der in der Kommission anwesende Arzt nimmt nicht die Rolle eines behandelnden Arztes ein, sondern dient als Experte für Risiken und Erfolgsaussichten.²⁴⁸ Vielmehr ist es an dieser Stelle von Bedeutung, dass Spender und Empfänger die Kommission davon überzeugen und plausibel darstellen können, dass sie nach der erfolgten Aufklärung durch den behandelnden Arzt, die Zusammenhänge auch verstanden haben und aufgrund dessen ihre Entscheidung zur Organtransplantation getroffen haben. Dabei spielt auch die vergangene Zeit zwischen Aufklärung und Kommissionsgespräch eine wichtige Rolle. Es soll eine zeitliche Verarbeitung mit den möglichen Risiken erfolgen können und nicht der dringende Organbedarf zu einer Entscheidung geführt haben.²⁴⁹ Der zur Spende bereite Patient kann die Freiwilligkeit seiner Einwilligung am ehesten dadurch plausibilisieren, dass er das notwendige Risikowissen besitzt und sich aufgrund dessen nach genauer Überlegung zu einer Einwilligung entschieden hat. Dabei gilt es drei Ebenen zu unterscheiden.²⁵⁰ Neben dem medizinischen Körperwissen um die Risiken und Erfolgsaussichten der Transplantation sind auch die rechtlichen und psychologischen Anforderungen notwendige Voraussetzungen. Zum einen muss auf rechtlicher Ebene die Zurechenbarkeit sichergestellt werden und damit der Ausschluss von Defiziten. Zum anderen muss aus psychologischer Sicht die Bezogenheit garantiert sein, also die enge, aber nicht zu enge Bindung zwischen Spender und Empfänger. Es kommt folglich auf die individuellen Beweggründe des Organspenders an, welche anhand von unterschiedlichen Befragungstechniken zum Vorschein gebracht werden sollen. Unter dem Begriff „Stabilisierung durch Destabilisierung“ soll der Spender nicht von seiner Überzeugung zur Spende abgebracht werden, sondern die Freiwilligkeit eigentlich erst richtig herbeigeführt werden.²⁵¹ Es kann bei einem so riskanten bevorstehenden medizinischen Eingriff eine einfach vorliegende Freiwilligkeit nicht unterstellt werden, sondern diese soll vielmehr im Gutachterverfahren erzeugt werden.

III. Zwischenergebnis

Problematisch erscheint hier, dass durch die Gutachterkommissionen wesentliche Grundrechtsfragen zu klären sind und dementsprechend die Realisierung entsprechender Grundrechte für Spender und Empfänger davon abhängen. Dass nun alle wesentlichen Verfahrensvoraussetzungen durch die jeweiligen Landesgesetzgeber festgelegt werden, stellt einen Novellierungsbedarf dar. Die von den Ländern festgelegten Verfahren stimmen zwar in weiten Teilen überein, weisen aber dennoch

²⁴⁸ *Wagner/ Fateb-Moghadam*, Freiwilligkeit als Verfahren, *Soziale Welt* 56, 2005, S. 73 (84).

²⁴⁹ *Wagner/ Fateb-Moghadam*, Freiwilligkeit als Verfahren, *Soziale Welt* 56, 2005, S. 73 (84).

²⁵⁰ Ausführliche Schilderung in: *Wagner/ Fateb-Moghadam*, Freiwilligkeit als Verfahren, *Soziale Welt* 56, 2005, S. 73 (85).

²⁵¹ *Wagner/ Fateb-Moghadam*, Freiwilligkeit als Verfahren, *Soziale Welt* 56, 2005, S. 73 (85).

nicht unerhebliche Unterschiede auf. Auch wenn alle vorhandenen Regelungen den von der Verfassung geforderten Minimalstandards entsprechen, kann es kein qualitätsgesichertes Verfahren geben,²⁵² solange diese Unterschiede bestehen. Zumindest sollten auf Bundesebene die wichtigsten Regelungen getroffen werden wie beispielsweise die zwingende persönliche Anhörung von Spender und Empfänger.²⁵³ Was zudem überarbeitet werden sollte, ist die Bezeichnung einer „in psychologischen Fragen erfahrenen Person“. Dieser Wortsinn würde fast jeden, der entsprechende Erfahrungen gemacht hat, als Kommissionsbeisitzenden zulassen, unabhängig davon, ob derjenige eine psychologische Ausbildung genossen hat oder nicht. Nach alledem ist festzustellen, dass einheitliche Verfahrens- und Entscheidungsstandards für die Lebendspendekommissionen eingeführt werden müssen.²⁵⁴

C. Verfassungskonformität des § 19 Abs. 2 TPG

Wie oben bereits dargestellt, sind mit § 19 Abs. 2 TPG Verstöße gegen die speziellen Regelungen zur Organentnahme bei der Lebendspende unter Strafe gestellt.²⁵⁵ § 19 Abs. 2 TPG schützt andere Rechtsgüter als die §§ 223 ff. StGB und wird aus den oben genannten Gründen als spezieller zu den Regelungen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG betrachtet.²⁵⁶

I. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Wieder ergibt sich in diesem Zusammenhang die Problematik aus der Formulierung: „andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Als Ausgangspunkt für die Feststellung einer Strafbarkeit ist diese Formulierung zu unbestimmt. Die Strafbarkeit ist in diesem Fall nicht konkret genug, um dem Adressaten erkennbar die Voraussetzungen einer Strafbarkeit zu verdeutlichen. Es ist daraus nicht verständlich, welches Verhalten hier unter Strafe gestellt sein soll.²⁵⁷

²⁵² *Esner*, in: Höfling, Transplantationsgesetz, Kommentar, § 8, Rdnr. 136.

²⁵³ *Gutmann*, Für eine prinzipielle Neuausrichtung des TPG, S. 30.

²⁵⁴ So auch: *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 239 f.

²⁵⁵ *Schroth*, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 471 ff.

²⁵⁶ *Schreiber*, Ausschuss-Drs. 618/13, S. 6 (14); *Schroth*, in: Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu, TPG, § 19, Rdnr. 173; *Schroth*, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 473, u.a.

²⁵⁷ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 257.

II. Verstoß gegen das Schuldprinzip

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob §§ 19 Abs. 2 i.V.m. 8 Abs. 1 S. 2 TPG gegen das Schuldprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen.²⁵⁸ Dieses leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 I GG und der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG ab und obwohl es der Verfassung nicht ausdrücklich zu entnehmen ist, wurde es durch oberste Rechtsprechung (BVerfG²⁵⁹ und BGH²⁶⁰) anerkannt. Demnach darf nur bestraft werden, wer schuldhaft handelt, also schulfähig ist und vorsätzlich oder fahrlässig den Tatbestand verwirklicht hat.²⁶¹ Das deutsche Strafrecht beruht insofern auf dem Schuld- und Verantwortungsprinzip, wonach Strafe Schuld voraussetzt.²⁶² Dies setzt weiter die Fähigkeit voraus, sich frei und richtig zwischen Recht und Unrecht entscheiden zu können. Diese Entscheidungsfreiheit muss vorliegen, um den Schuldvorwurf erheben zu können.²⁶³ Im StGB ist der Begriff der Schuld nicht definiert. Zunächst bildete sich der sogenannte psychologische Schuldbegriff, wobei auf die subjektiv-seelische Beziehung von Täter zu Tat abgestellt wurde.²⁶⁴ Vorsatz und Fahrlässigkeit wurden als Formen der Schuld angesehen, was zu Problemen führte, wenn es darum ging, bei entschuldigendem Notstand das Entfallen der Schuld zu erklären. Mittlerweile hat sich der normative Schuldbegriff durchgesetzt.²⁶⁵ Dieser betrachtet die Schuld anhand der Vorwerfbarkeit der Willensbildung und -betätigung. Danach begründen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht die Schuld, sondern bestimmen die Art der Schuld.²⁶⁶ Es muss dem Täter also möglich und zumutbar gewesen sein, sich normgerecht zu verhalten. Außerdem muss er die Rechtswidrigkeit seines Handelns gekannt haben oder hätte kennen müssen.²⁶⁷ Die Handlung muss also einen subjektiv vorwerfbaren Normverstoß darstellen und den sozialetischen Wertvorstellungen widersprechen.²⁶⁸ Dies ist allerdings etwa dann problematisch, wenn ein Arzt bei Zuwiderhandlung gegen § 8 Abs. 1 S. 2 TPG aber mit wirksamer Einwilligung ein Organ entnimmt. Zum einen wird vertreten, dass die Organentnahme bei einem dem TPG entsprechend aufgeklärten, volljährigen und frei verantwortlich handelnden Menschen schlicht nicht strafwürdig sei.²⁶⁹ Zum anderen wird dieser Annahme seitens der Rechtsprechung damit begegnet, dass es dem Gesetzgeber vorbehalten sei, den Bereich strafbaren Handelns im Einzelnen fest-

²⁵⁸ Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 179 ff.

²⁵⁹ BVerfGE 9, 167, 169.

²⁶⁰ BGHSt 2, 194, 200.

²⁶¹ Fischer, Strafgesetzbuch, vor § 13, Rd. 47 f.

²⁶² BVerfGE 95, 96, 131.

²⁶³ Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 397.

²⁶⁴ Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 406 m.w.A.

²⁶⁵ Fischer, Strafgesetzbuch, vor § 13, Rdnr. 47.

²⁶⁶ BGH 9, 377.

²⁶⁷ Der Schuldtheorie folgte auch der BGH. (BGH 3, 105; 31, 264).

²⁶⁸ Wessels/ Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 403.

²⁶⁹ Gutmann, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, S.147 (154).

zulegen.²⁷⁰ Ob der Gesetzgeber dabei die zweckmäßigste und gerechteste Lösung gefunden hat, sei dabei aber nicht Inhalt der verfassungsrechtlichen Kontrolle, sondern lediglich die Prüfung eines Verstoßes gegen Grundrechte durch die betroffene Strafnorm selbst.²⁷¹ Ein Verfassungsverstoß wurde in diesem Fall abgelehnt, da ein Eingriff zwar vorliege, dieser jedoch gerechtfertigt und verhältnismäßig sei. Fehlt die besondere persönliche Verbundenheit bei der Entnahme, werden dadurch allein auch keine Rechtsgüter verletzt. Dennoch ist dieses Vorgehen unter Strafe gestellt.²⁷² Da aber jede Strafe ein schuldhaftes Handeln voraussetzt,²⁷³ stellt § 19 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b TPG einen Verstoß gegen das Schuldprinzip dar.

Zusammenfassend erscheint die Regelung des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG verzichtbar. Liegt keine wirksame Einwilligung vor, richtet sich eine Strafbarkeit des Arztes nach § 19 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b TPG. Bei Vorliegen einer nicht wirksamen Einwilligung macht sich der behandelnde Arzt nach anderen Straftatbeständen strafbar und im Falle eines Organhandels greift § 19 Abs. 1 TPG.

²⁷⁰ BVerfGE, NJW 1999, 3399 (3403).

²⁷¹ BVerfGE, NJW 1999, 3399 (3400 ff.).

²⁷² *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 259 f.

²⁷³ BVerfGE 20, S. 323 (331).

Kapitel 4: Regelungen der Nachbarstaaten, der Europäischen Union und der Weltgesundheitsorganisation

In den einzelnen EU-Staaten gelten im Bereich der Transplantationsmedizin unterschiedliche Regelungen. Fast alle europäischen und die meisten nicht-europäischen Staaten haben mittlerweile Transplantationsgesetze erlassen. Die meisten dieser Vorschriften enthalten auch Regelungen zur Organlebendspende. Schutz sollen diese in zweierlei Hinsicht bieten: zum einen soll auch hier dem Organhandel vorgebeugt werden und dadurch in erster Linie den Menschen geholfen werden, die der Gefahr ausgeliefert sind, unter Druck gesetzt zu werden. Zum anderen soll das Ziel einer jeden gesetzlichen Regelung verfolgt werden, nämlich Rechtsklarheit zu schaffen. Schließlich ist ein Parlament zu dieser Handlung schon durch das Demokratieprinzip verpflichtet. Demnach sollen die Bürger ihre staatlich garantierten Grundrechte auch ausüben können, was in manchen Fällen weiterer Vorgaben des Gesetzgebers bedarf. Vorliegend müssen entsprechende Unklarheiten bedacht werden, die nicht allein der ärztlichen Entscheidung unterliegen können.

Zur Vermeidung von Missbräuchen hat der Europarat im April 1997 ein internationales Übereinkommen erlassen.²⁷⁴ Diesem Übereinkommen folgte im Jahre 2002 ein ergänzendes Zusatzprotokoll.²⁷⁵

Im März 2004 hat die Europäische Union erstmals Vorschriften zur Gewährleistung der Sicherheit und Qualität menschlicher Gewebe und Zellen erlassen. Auch die Weltgesundheitsorganisation hat einen entsprechenden Leitsatz 3 für Organtransplantationen am Menschen entwickelt. Darauf soll später noch eingegangen werden.

Im Dezember 2008 wurde schließlich von Europäischem Parlament und Rat der erste Entwurf der Richtlinie 2010/53/EU (zuvor 2010/45/EU) über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe dem Bund vorgelegt.²⁷⁶ Auf die Richtlinie wird ebenfalls in diesem Kapitel einzugehen sein.

Zunächst werden die rechtlichen Regelungen zur Organtransplantation in einigen ausgewählten europäischen Ländern vorgestellt. Die Auswahl fiel dabei insbesondere auf die Schweiz, die mit ihrem Transplantationsgesetz als eines der letzten Länder in Europa eine entsprechende gesetzliche Regelung erlassen hat. Hier soll ein Schwerpunkt der rechtsvergleichenden Prüfung gesetzt werden. Außerdem sollen anhand Großbritanniens und der Niederlande die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den einzelnen Regelungen der europäischen Länder herausgestellt werden. Anhand dieser Rechtsvergleichung soll versucht werden, das deutsche Transplantationsgesetz möglichst genau zu betrachten und kritisch zu hinterfragen. Ziel soll es sein, durch das Aufzeigen der Vor- und Nachteile der einzelnen Gesetze zu möglichen Novellierungsvorschlägen des deutschen Transplantationsgesetzes zu gelangen.

²⁷⁴ „Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (ETS Nr. 164)“ des Europarats vom 4. April 1997.

²⁷⁵ „Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und der Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe“ Straßburg, 24.I.2002

²⁷⁶ Richtlinien 2010/45/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, in: Amtsblatt der Europäischen Union vom 6. August 2010, S. L 207/22.

A. Die Systematik der Lebendorganspende in der Schweiz

I. Rechtliche Grundlagen (Das Transplantationsgesetz)

Auf Bundesebene war mit dem Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten am 1. August 1996 im Bereich des Infektionsschutzes und des Handels mit Transplantaten eine erste Regelung in Kraft getreten.²⁷⁷

Der Schweizer Bundesrat hat am 12. September 2001 den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen verabschiedet und dem Parlament vorgelegt. Es wurde in der Schlussabstimmung vom 8. Oktober 2004 angenommen und ist am 1. Juli 2007 in Kraft getreten. Damit war die Schweiz eines der letzten europäischen Länder, das ein Transplantationsgesetz erlassen hat. Einen Schwerpunkt bilden neben dem Handelsverbot und der Unentgeltlichkeit der Spende, die Voraussetzungen für die Lebendspende, die Festlegung des Todeskriteriums, die Anforderungen an die Zustimmung zur Entnahme von Organen, Geweben und Zellen bei verstorbenen Personen, die Kriterien und das Verfahren der Organzuteilung, die Xenotransplantation und die Transplantation embryonaler und fötaler menschlicher Gewebe und Zellen.²⁷⁸ Zuvor²⁷⁹ fehlte es dem Bundesgesetzgeber an einer Gesetzgebungskompetenz, so dass die einzelnen Kantone entsprechende Regelungen treffen konnten. Diese kantonalen Regelungen waren allerdings sehr uneinheitlich. Zusätzlich gab es auch seitens der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) standesrechtliche Richtlinien.²⁸⁰ Diesen kommt jedoch keine unmittelbare normative Kraft zu.²⁸¹

II. Die Regelungen im Einzelnen; Art. 12 bis 15 TPG (Schweiz)

Die Regelungen über die Voraussetzungen der Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei lebenden Personen sind in Abschnitt 3 des Gesetzes geregelt. Dieser Abschnitt umfasst die Artikel 12 bis 15.

²⁷⁷ Hofer, Das Recht der Transplantation in der Schweiz, S. 32.

²⁷⁸ Monnier/ Weber, Das Transplantationsgesetz vom 8. Oktober 2004, *Therapeutische Umschau*, Band 62, 2005, Heft 7, S. 433 (433).

²⁷⁹ Im Februar 1999 erhielt der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Organtransplantation.

²⁸⁰ Richtlinien abrufbar unter: www.samw.ch.

²⁸¹ Hofer, Das Recht der Transplantation in der Schweiz, S. 31.

1. Der Spenderkreis

Die Regelung der Lebendspende sieht vor, dass jede urteilsfähige und mündige Person nach einer umfassenden Aufklärung über die Vor- und Nachteile einer Spende eigenverantwortlich und frei entscheiden kann, ob sie dieses Risiko zugunsten einer dritten Person eingehen will.²⁸² Insofern beinhaltet das Transplantationsgesetz keine Beschränkung des Spenderkreises. Weiter setzt es keine verwandtschaftliche Beziehung oder enge emotionale Bindung zwischen Spender und Empfänger voraus. Sowohl die Überkreuz-Lebendspende als auch eine ungerichtete Lebendspende sind möglich.²⁸³ Der Schweizer Bundesrat hat bewusst auf eine Beschränkung des Spenderkreises verzichtet, neben anderen Gründen auch aus dem, dass nicht einschbar sei, „weshalb die Gefahr des Organhandels und der Einflussnahme auf die Freiwilligkeit der Spende innerhalb der Familie geringer seien als außerhalb“.²⁸⁴

2. Subsidiaritätsklausel und Schutz des Spenders

Das Transplantationsgesetz enthält keine Subsidiarität der Lebendspende. Was es enthält, sind zusätzliche Regelungen zum Schutz des Spenders vor finanziellen Folgen der Entnahme. So müssen beispielsweise eine angemessene Entschädigung für den Erwerbsausfall oder anderen Aufwand, der dem Spender entsteht, durch die Versicherung des Empfängers übernommen werden. Des Weiteren ist der Spender auch vor möglichen schwerwiegenden Folgen der Entnahme (z.B. Tod oder Invalidität) zu schützen und entsprechend angemessen zu versichern.²⁸⁵

3. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art. 12 TPG (Schweiz)

Unter den folgenden Voraussetzungen ist nun gesamtheitlich die Zulässigkeit der Lebendspende akzeptiert:

Das Schweizer TPG verlangt gem. Art 12 TPG die ausdrückliche Zustimmung des urteilsfähigen und mündigen Spenders bzw. bei Urteilsunfähigen das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters. Des Weiteren setzt das Gesetz nach einer umfassenden Aufklärung des Patienten eine freie und schriftliche Zustimmung voraus.²⁸⁶ Es darf weder ein ernsthaftes Risiko für Leben und Gesundheit des Spenders be-

²⁸² *Dumoulin*, Organtransplantation in der Schweiz, Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, S. 83 ff.

²⁸³ *Hofer*, Das Recht der Transplantation in der Schweiz, S. 132.

²⁸⁴ Schweizer Bundesrat in: 01.057 Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (2001), S. 98.

²⁸⁵ *Monnier/ Weber*, Das Transplantationsgesetz vom 8. Oktober 2004, Therapeutische Umschau, Band 62, 2005, Heft 7, S. 433 (434).

²⁸⁶ *Dumoulin*, Organtransplantation in der Schweiz, Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, S. 83.

stehen, noch dürfen andere therapeutische Methoden von vergleichbarem Nutzen zur Verfügung stehen. Damit sind solche Behandlungen wie die Dialyse bei Nierenkranken gemeint, die offensichtlich ebenso wie in diesem Fall ein postmortal gespendetes Organ keine vergleichbaren Ergebnisse bringen.²⁸⁷ Mit dieser Formulierung im Schweizer TPG wird aber dennoch ebenso gut verdeutlicht, dass es sich bei der Lebendspende um das *ultima ratio* handeln soll.

Es gibt grundsätzlich für urteilsfähige, mündige Personen keine Begrenzung des Spenderkreises bei der Lebendspende.

Handelt es sich um einen unmündigen, nicht urteilsfähigen Spender, so dürfen nur dann Organe entnommen werden, wenn es sich um regenerierbares Gewebe handelt und der Empfänger ein naher Verwandter ist (Geschwister, Eltern oder Kinder).

III. Unterschiede zum deutschen Transplantationsgesetz

1. Die Überkreuz-Lebendspende

Bei der Überkreuzspende fungiert bei zwei Paaren jeweils der eine Partner des jeweiligen Paares als Spender und der andere als Empfänger. Die vom deutschen Gesetzgeber geforderte besondere persönliche Verbundenheit zwischen Spender und Empfänger besteht hier nur innerhalb des jeweiligen Paares.²⁸⁸ Meist kennen sich die beiden Paare vor der Spende nicht einmal. Diese Form der Organspende ist dann sinnvoll, wenn eine direkte Spende innerhalb der Paare aus medizinischen Gründen nicht möglich ist, z.B. mangels Blutgruppenkompatibilität.²⁸⁹

Das Schweizer Transplantationsgesetz sieht wie dargestellt anders als das deutsche TPG keine Begrenzung des Spenderkreises für mündige, volljährige Spender vor. Die Lebendspende soll also nicht nur zur Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte oder Personen, die in besonderer persönlicher Beziehung stehen, zulässig sein. Diese Regelung beinhaltet damit automatisch die Möglichkeit einer Überkreuzspende.

²⁸⁷ Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 78.

²⁸⁸ Riedel, Besteht ein gesetzlicher Änderungsbedarf bezüglich Überkreuz- und anonymer Lebendspende?, Vortrag auf dem Symposium der „Ethik der Lebendorganspende“ in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz am 11.09.2004.

²⁸⁹ Riedel, Besteht ein gesetzlicher Änderungsbedarf bezüglich Überkreuz- und anonymer Lebendspende?, Vortrag auf dem Symposium der „Ethik der Lebendorganspende“ in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz am 11.09.2004.

Anders als in der Schweiz ist in der Bundesrepublik Deutschland durch die gesetzliche Begrenzung des Spenderkreises eine Zulässigkeit der Überkreuzspende nicht vorgesehen.

2. Die Subsidiaritätsregelung

Wie erwähnt sieht das TPG der Schweiz anders als das deutsche TPG auch keine Vorschrift vor, die die postmortale Spende als vorrangig zur Lebendspende bestimmt. Eine Subsidiaritätsregelung gibt es somit nicht. Begründet wurde diese Entscheidung vom Schweizer Bundesrat mit der Feststellung, dass eine entsprechende Regelung zu restriktiv sei, indem sie die wesentlich erfolgsversprechendere Wahl der Lebendspende in vielen Fällen verhindere: „Aus der Sicht der Empfängerin oder des Empfängers ist nicht einsehbar, weshalb sie oder er sich das Organ einer verstorbenen Person mit einer schlechteren Prognose transplantieren lassen soll, wenn alternativ eine Lebendspende möglich wäre.“²⁹⁰ Dennoch schafft es die Formulierung des Art. 12 TPG der Schweiz, klarzustellen, dass für die Lebendspende das Prinzip der *ultima ratio* gelten soll.

3. Kommerzialisierung und Organhandel

Art. 6 des Schweizer TPG verbietet, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen. Nicht als finanzieller Gewinn oder anderer Vorteil gilt nach Art. 6 S. 2 des Gesetzes der Ersatz von Aufwand, Verdienstaufschlag und von Schäden, die die spendende Person durch die Organentnahme erleidet. Nicht darunter fallen sollen auch eine „nachträgliche symbolische Geste der Dankbarkeit“. Ergänzt wird dieses Prinzip der Unentgeltlichkeit durch das Verbot des Handels gem. Art. 7 TPG (Schweiz). Danach ist es verboten, mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen zu handeln sowie menschliche Organe, Gewebe oder Zellen, die gegen Entgelt oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind, zu entnehmen oder zu transplantieren. Das Verbot umfasst allerdings nicht den Ersatz von Aufwendungen sowie den mit Gewinn verbundenen Verkauf von bestimmten Transplantationsprodukten, der Aufbereitung und deren Verarbeitung. Strafrechtliche Konsequenzen enthalten die Art. 69 f. TPG (Schweiz). Diese Regelungen entsprechen bis auf die Gestattung der Überkreuz-Lebendspende dem deutschen Recht.

²⁹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, Geschäfte des Bundesrates (Schweiz) 01.057, S. 196.

4. Versicherungsrechtliche Regelungen

Art. 14 TPG (Schweiz) regelt umfassend den Aufwendungsersatz und Versicherungsschutz. Nach Absatz 1 muss derjenige, der einer lebenden Person Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt, sicherstellen, dass diese Person gegen mögliche schwerwiegende Folgen der Entnahme angemessen versichert ist. Die Leistungspflicht des Versicherers setzt damit den Eintritt eines ungewissen Ereignisses (den Versicherungsfall) voraus.²⁹¹

Dabei übernimmt der Versicherer, der ohne Lebendspende die Kosten für die Behandlung der Krankheit des Empfängers zu tragen hätte, sowohl die Kosten dieser Versicherung als auch eine angemessene Entschädigung für den Erwerb-sausfall oder anderen Aufwand, der der spendenden Person im Zusammenhang mit der Entnahme entsteht (Abs. 2). Die Kostenübernahmepflicht für die Empfänger-versicherung gilt auch dann, wenn die Entnahme oder Transplantation letztlich nicht vorgenommen werden kann. Ist der Versicherer des Empfängers nicht bekannt, so trägt der Bund die Kosten (Abs. 3). Durch Verordnung werden der Inhalt und Umfang der Versicherung näher geregelt und auch bestimmt, welcher andere Aufwand zu ersetzen ist (Abs. 4).

In der Bundesrepublik Deutschland sind die Kosten der Organentnahme, wozu alle ärztlichen Leistungen sowie der stationäre Aufenthalt zählen, Leistungen zur Behandlung der Krankheit des Organempfängers und dementsprechend nach § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V über dessen Krankenkasse abrechenbar. Das BSG sieht die gegenüber dem Spender zu erbringenden medizinischen Leistungen als eine der Krankenbehandlung des Empfängers zuzurechnende Vor- und Nebenleistung an.²⁹² Die gesetzliche Krankenkasse (GKV) des Empfängers trägt demnach die gesamten Kosten für die Durchführung der Organspende, die Behandlung des Spenders - worunter auch zur Vorbereitung der Organentnahme erforderliche ambulante und stationäre Maßnahmen fallen²⁹³ - ebenso wie die Kosten der Untersuchungen und der Organentnahme selbst.²⁹⁴ Im entsprechenden Rahmen bewegen sich auch die Regelungen der privaten Krankenkassen (PKV).

Die Nachbetreuungsmaßnahmen für den Spender können ebenfalls nach § 27 Abs. 1 SGB V zur Krankenbehandlung des Empfängers qualifiziert werden. Endet die Mitgliedschaft des Empfängers bei dieser Versicherung, besteht ein Anspruch des Spenders trotzdem bis zu seinem eigenen Tod fort.²⁹⁵

²⁹¹ *Stoeker*, Der Vorsatz des Versicherungsnehmers bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles im Sinne des § 103 VVG, Kapitel 1, S. 14.

²⁹² BSGE 35, 102 (103).

²⁹³ Nicht entscheidend ist dabei, ob es tatsächlich auch zu einer Organspende kommt.

²⁹⁴ *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 237 m.w.A.

²⁹⁵ *Assion*, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, S. 96.

Die Erstattung von Verdienstausschlag ist grundsätzlich auch von der Versicherung des Organempfängers zu tragen. Erstattungsleistungen an nicht gesetzlich versicherte Organempfänger seitens der Versicherung des Spenders sind nicht zu rechtfertigen.²⁹⁶ Es besteht in diesen Ausnahmefällen ein Anspruch auf Krankenhilfe nach Sozialhilferecht. Auch die entsprechenden Kosten des Spenders werden in diesem Fall von der Krankenhilfe übernommen.

5. Die anonyme Lebendspende

Abschnitt 4 des TPG (Schweiz) behandelt die Zuteilung von Organen. Betrachtet man die Art. 16 Abs. 1 und 22 Abs. 2 TPG (Schweiz), so ist danach auch eine anonyme Lebendspende möglich.²⁹⁷ Die Verteilung der anonym gespendeten Organe soll über eine nationale Zuteilungsstelle nach den gleichen Verteilungskriterien wie für postmortal gespendete Organe erfolgen. Ärzte, Krankenhäuser und Transplantationszentren, denen gegenüber eine Person sich zur anonymen Lebendspende bereit erklärt, sind zur Meldung an die Nationale Zuteilungsstelle verpflichtet. Eine anonyme Lebendspende ist nach der geltenden Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland nicht möglich. Eine Begrenzung des Spenderkreises wie in Deutschland lässt diese Vorgehensweise nicht zu und wurde seitens des Schweizer Bundesrats wie folgt als nicht sinnvoll erachtet:²⁹⁸

„In vielen Ländern wird insbesondere im Hinblick auf die Gefahren eines möglichen Organhandels eine enge emotionale oder verwandtschaftliche Beziehung zwischen der spendenden und empfangenden Person gesetzlich gefordert. Diese Begründung ist allerdings nicht überzeugend. Insbesondere ist (wie bereits erwähnt) nicht einsehbar, weshalb die Gefahr des Organhandels oder Druckversuche auf die spendende Person außerhalb der Familie grösser sein soll als innerhalb.“²⁹⁹

6. Zwischenergebnis

Insgesamt kann festgestellt werden, dass das Schweizer Transplantationsgesetz in vielen Punkten die wissenschaftlichen Erkenntnisse der vergangenen Jahre berücksichtigt. Es war in diesem Zusammenhang mit Sicherheit ein großer Vorteil, dass die Schweiz als eines der letzten europäischen Länder ein Transplantationsgesetz entwickelte und somit die Erfahrungen und Lehren, die mit den bereits geltenden Gesetzen gemachten wurden, für sich nutzen konnte.

²⁹⁶ Assion, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, S. 74.

²⁹⁷ Gutmann, Organlebendspende, S. 71-76.

²⁹⁸ Nachweis in Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, S. 7.

²⁹⁹ Schweizer Bundesrat in: 01.057 Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (2001), S. 98.

B. Die Systematik der Lebendorganspende in Großbritannien

Großbritannien ist eines der Länder, die meistens enge, rechtliche Vorgaben haben, im Fall der Lebendspende jedoch durch Flexibilität überraschen. Dabei setzt Großbritannien konsequent auf prozedurale Entscheidungen im Einzelfall.³⁰⁰ *The Human Organ Transplantation Act 1989*³⁰¹ regelte bisher die Vorschriften zur Lebendspende.³⁰² Im Übrigen ist auch weiterhin das *common law* einschlägig, wenn es um das Erfordernis einer Einwilligung in die Organspende als klinischen Eingriff geht.

Seit 2006 ersetzt nach Konsultationsverfahren für England und Wales für diese Landesteile das Gesetz über menschliche Gewebe (*Human Tissue Act 2004*) die bisherigen Regelungen.³⁰³ Von dem neuen Gesetz verspricht man sich nun bislang fehlende einheitliche Regelungen.

Die erste spezialgesetzliche Regelung der Lebendorganspende³⁰⁴ enthielt der *Human Organ Transplants Act 1989*. Der Anlass der Gesetzgebung war rechtspolitischer Natur, nachdem es im selben Jahr zu einem Organhandelsskandal im Zusammenhang mit einem der privaten Londoner Krankenhäuser gekommen war.³⁰⁵

Der *Human Organ Transplant Act*³⁰⁶ stellt in Sec 1 kommerzielle Vereinbarungen in Bezug auf die Lebend- oder postmortale Spende von Organen unter Strafe.³⁰⁷ Definiert werden Organe hierbei nach Section 7, subsection (2) als „Jeder Teil des menschlichen Körpers, der aus einer strukturierten Anordnung von Geweben besteht, die, wenn vollständig entfernt, vom Körper nicht wieder gebildet werden können.“ Außerdem enthält der *Human Organ Transplant Act* eine Regelung, die den Organhandel unter Strafe stellt. Danach ist es verboten, Werbung für den Kauf oder Verkauf von Organen zu machen oder nach dem Gesetz erforderliche Informationen über Transplantationen zurückzuhalten [Sec. 1 (2)/Sec. 3]. Auch Entnahme und Transplantation eines Organs von einem Lebendspender sind nach dem Gesetz illegal, wenn nicht Spender und Empfänger genetisch verwandt sind

³⁰⁰ Gutmann, Für eine prinzipielle Neuausrichtung des Transplantationsrechts, S. 17 (28).

³⁰¹ vom 27. Juli 1989; Text auffindbar z. B. unter

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/contents> (10. April 2011).

³⁰² Nickel/ Schmidt-Preisgke/ Sengler, Transplantationsgesetz, Kommentar, Einführung, Rdnr. 8 ff.

³⁰³ Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 277.

³⁰⁴ Wenn auch nur eine Teil-Regelung.

³⁰⁵ Das Londoner Wellington Humana Hospital stand im Januar 1989 dadurch vermehrt in der britischen Presse.

³⁰⁶ Gesetzestext unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31/introduction>.

³⁰⁷ Informationen und eine kurze Zusammenfassung lassen sich finden unter:

http://www.uktransplant.org.uk/about_transplants/legislation/legislation.htm (10. April 2011).

[Sec. 2 (1)].³⁰⁸ Genetisch verwandt sind nach dem Gesetz Eltern, Kinder, Geschwister, Halbgeschwister, Tanten, Onkel (oder Halbgeschwister der Eltern), Nichten, Neffen sowie Cousins und Cousinen ersten Grades [Sec. 2 (2)]. Die genetische Verwandtschaft musste bisher vor Inkrafttreten des *Human Tissue Act* durch genetische Tests von unabhängigen Sachverständigen nachgewiesen werden. Bestätigte sich dabei die genetische Verwandtschaft, wurde keine erneute Überprüfung durch eine Kommission angesetzt. Die Lebendspende ist nicht subsidiär.³⁰⁹

Die Neuregelung des *Human Tissue Act 2004* sieht diesbezüglich einige Änderungen vor.³¹⁰ In England war es bis zu der gesetzlichen Neuregelung fraglich, ob auch Minderjährige, die einen bestimmten Reifegrad erreicht haben, als Organspender in Betracht kommen. Mit der gesetzlichen Neuregelung ist nun zumindest eine Organentnahme bei Minderjährigen unter 16 Jahren nicht mehr möglich.

In Großbritannien wurden explizite Vorschriften nur für die Entnahme beim genetisch nicht verwandten Spender formuliert. Für eine Ermöglichung der Lebendspende unter nicht Blutsverwandten war nach *The Human Organ Transplants (Unrelated Persons) Regulations 1989* der Antrag eines Arztes mit der entsprechenden klinischen Verantwortung für den Spender sowie die Genehmigung durch die Regulierungsbehörde für Lebendspenden unter Nichtverwandten (*Unrelated Live Transplant Regulatory Authority – ULTRA*) notwendig.³¹¹

Das grundsätzlich herrschende Organspendeverbot zwischen genetisch nicht verwandten Personen wird ausnahmsweise aber dennoch von der Genehmigungsbehörde ULTRA erteilt, „wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: (...) dass keine Bezahlung stattfand oder stattfinden wird und dass der registrierte praktische Arzt, der die Angelegenheit vor ULTRA gebracht hat, die klinische Verantwortung für den Spender hat.“³¹² Was allerdings vorgesehen ist, ist die finanzielle Erstattung der mit einer Spende verbundenen Aufwendungen. Darunter fallen beispielsweise Reisekosten und Verdienstausschlag.

³⁰⁸ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 25.

³⁰⁹ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 269

³¹⁰ Die mit dem des *Human Tissue Act 2004* einhergegangenen Änderungen und Ergänzungen zu der zuvor geltenden Rechtslage im Überblick finden sich unter: http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4103686.pdf

³¹¹ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 25.

³¹² Zum ULTRA erläuternd auch: Stellungnahme 6/2003 – Zur Regelung der Lebendspende im Transplantationsgesetz, verabschiedet durch die Kommission am 17. November 2003 (Schweiz), S. 62 ff.

Darüber hinaus müssen sowohl Spender als auch Empfänger von einer von ULTRA als qualifiziert erachteten Person befragt werden. Diese Person muss dann wiederum für ULTRA einen Bericht erstellen, aus dem hervorgeht, dass die freiwillige, weder auf Anreiz noch auf Zwang beruhende, nicht widerrufenen Einwilligung nach umfassender Aufklärung durch einen praktizierenden Arzt vorliegt. Außerdem muss der Bericht etwaige Kommunikationsprobleme des Arztes mit dem Organspender oder dem Empfänger wiedergeben und erläutern, wie diese Kommunikationsprobleme überwunden wurden.³¹³

Demzufolge muss also die Behörde zu der Überzeugung gelangt sein, dass weder eine kommerzielle Vereinbarung existiert noch eine Bezahlung erfolgen wird; des Weiteren muss ein unabhängiger Gutachter nach einem ausführlichen Gespräch sowohl mit dem Spender als auch mit dem Empfänger berichten und darin bekräftigen, dass ein registrierter Arzt den Spender über Ablauf und Risiken einer Operation aufgeklärt hat und dabei sichergestellt wurde, dass er diese versteht und in die Organentnahme einwilligt. Diese Einwilligung des Spenders darf des Weiteren nicht unter Druck, Zwang oder durch Anreize erlangt worden sein. Dem Spender muss darüber hinaus klar sein, dass er zu jeder Zeit vor Beginn der Operation seine Zustimmung widerrufen kann.

Was darüber hinaus erwartet wird, ist ein Nachweis über die besondere Verbindung zwischen Spender und Empfänger. Neben den klaren Nachweisen wie der Familienzugehörigkeit oder des Ehenachweises wird in den nicht eindeutigen Fällen verlangt, dass „eine Erklärung der Verbindung zwischen ihnen und der Umstände, die zum Spendeangebot führten“,³¹⁴ abgegeben wird. Zudem müssen Gründe genannt werden, warum der Spender spenden will, und ein Nachweis der besonderen Verbindung erbracht werden, der aus Dokumenten, z.B. des Zusammenwohnens, des Taufpatenzuzeugnisses etc. oder Fotografien bestehen kann.³¹⁵

Bislang gibt es durch ULTRA keine Erlaubnis altruistischer Fremdspenden, auch sind die Überkreuzspenden nicht gestattet.

Der *Human Tissue Act 2004* bildet nun das Ergebnis der Reform des Transplantationsgesetzes in England und Wales. Überwiegend bezieht sich das Gesetz auf die postmortale Organspende. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die Voraussetzungen der Einwilligung und die ansonsten geltenden strafrechtlichen Folgen gelegt.³¹⁶

³¹³ Quellennachweis unter: Stellungnahme 6/2003 – Zur Regelung der Lebendspende im Transplantationsgesetz, verabschiedet durch die Kommission am 17. November 2003 (Schweiz), S. 63.

³¹⁴ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 25.

³¹⁵ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 25.

³¹⁶ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 278.

Die Lebendorganspende und ihre Voraussetzungen werden dann im zweiten Teil des Gesetzes behandelt. Nur Part 2, Transplants, section 33 regelt die Lebendspende. Ausführungen zur Einwilligungproblematik sind nicht enthalten. Das Gesetz geht hier kaum über seinen Vorgänger hinaus und lässt viele Fragen, die im Vorfeld kritisiert und diskutiert wurden, unbeantwortet.³¹⁷ Es bleibt sogar teilweise hinter den bisherigen Regelungen von 1989, die durch das neue Gesetz im April 2006 komplett ersetzt wurden, zurück.³¹⁸ Die Ausführungsverordnungen³¹⁹ des Gesundheitsministeriums zu section 33 traten am 1. September 2006 in Kraft und enthalten die im Folgenden zu nennenden Neuerungen:³²⁰

Es erfolgt eine Differenzierung zwischen genetisch verwandten und nicht-verwandten Spendern. Des Weiteren enthält das Gesetz nun ein generelles strafrechtliches Verbot der Organentnahme bei Lebenden mit einzelnen Ausnahmen. Zudem wurde ein Verfahren zur Zulassung von Poolmodellen, altruistischen Fremdspenden und Überkreuzspenden etabliert.

C. Die Systematik der Lebendorganspende in den Niederlanden

Anders als in Deutschland ist in den Niederlanden eine Lebendorganspende auch ohne persönliche Verbundenheit mit dem Empfänger in Form von Poolspenden erlaubt. 65 Prozent der verpflanzten Nieren stammen dort von lebenden Personen. Die Zahl postmortaler Organspender liegt jedoch mit 12,3 pro eine Million Einwohner (im Jahr 2009) noch unter der in Deutschland (14,6).³²¹

Am 24. Mai 1996 trat in den Niederlanden das Gesetz über die Organspende (*Wet op de orgaandonatie*) in Kraft.³²²

In Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes heißt es demnach, dass ein Volljähriger, der zur vernünftigen Einschätzung seiner Interessen in dieser Sache fähig ist, der Entnahme

³¹⁷ Zuvor hatte das Gesundheitsministerium im Jahr 2002 in dem Papier „*Human Bodies, Human Choices*“ verschiedenste Fragen aufgeworfen und Novellierungsvorschläge unterbreitet, die aus Expertenrunden im Vorfeld zur Gesetzesreform entwickelt worden waren.

³¹⁸ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 280.

³¹⁹ *The Human Tissue Act 2004*, Regulations 2006, No. 1659.

³²⁰ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 280.

³²¹ *Siegmund-Schultze*, in: Neue Wege aus dem Organmangel – in der BRD nur nach Gesetzesänderungen, in: *Ärztezeitung*, 09.12.2010.

³²² Gesetzestexte des *Wet op de orgaandonatie* unter:

http://wetten.overheid.nl/BWBR0008066/geldigheidsdatum_18-04-2011

eines Organs als Lebendspende zu Zwecken der Transplantation auf einen anderen zustimmen kann.

Der die Operation durchführende Arzt muss des Weiteren dafür sorgen, dass der Spender umfassend mündlich und schriftlich über Art und Zweck der Entfernung und die zu erwartenden Folgen und Risiken für seine Gesundheit und übrigen Lebensumstände aufgeklärt wird.³²³

Wie im deutschen Transplantationsgesetz muss des Weiteren sichergestellt werden, dass der Spender der Transplantation aus freiem Willen zustimmt, er sich dabei der Folgen bewusst ist und zudem die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Kostenerstattung kennt (Abs. 2). Was zulässig ist, ist die Erstattung von Dienstaufwänden und Aufwandsentschädigungen.

Art. 3 Abs. 3 des TPG der Niederlande legt weiter fest, dass die Entnahme eines Organs bei zu erwartenden bleibenden Folgen für die Gesundheit des Spenders nur dann durchgeführt werden darf, wenn sich der vorgesehene Empfänger in Lebensgefahr befindet und diese nicht auf andere Weise ebenso gut abgewendet werden kann.³²⁴

Bei volljährigen Spendern, denen eine vernünftige Einschätzungsfähigkeit der Risiken fehlt, kann nach Art. 4 des Gesetzes eine Organentnahme nur dann vorgenommen werden, wenn ein regenerierbares Organ betroffen ist und wenn keine dauerhaften Folgen für die Gesundheit des Spenders zu erwarten sind. Die Spende ist zudem nur zugunsten eines Blutsverwandten ersten oder zweiten Grades des Spenders zulässig, der in Lebensgefahr schwebt, die in anderer Weise nicht so effektiv abgewendet werden könnte. Außerdem muss der Spender ein besonderes Interesse daran haben, die Lebensgefahr dieses Verwandten abzuwenden und es müssen die gesetzlichen Vertreter und ebenfalls auch das Gericht zugestimmt haben.

Die Zustimmung zur Spende erfolgt mithilfe einer eigenhändig datierten und unterschriebenen Erklärung und kann jederzeit widerrufen werden (Art. 6).

Bei Minderjährigen im Alter von 12 Jahren oder älter gelten ähnliche Voraussetzungen, und es muss insbesondere der Jugendrichter zustimmen (Art. 5 TPG – Niederlande). Bei Minderjährigen unter 12 Jahren muss zudem ein besonderes Interesse des Spenders an der Abwendung der Lebensgefahr des Empfängers vorhanden sein.

³²³ Gesetzestexte des *Wet op de orgaandonatie* unter:
http://wetten.overheid.nl/BWBR0008066/geldigheidsdatum_18-04-2011

³²⁴ Gesetzestexte des *Wet op de orgaandonatie* unter:
http://wetten.overheid.nl/BWBR0008066/geldigheidsdatum_18-04-2011

Eine weitere Beschränkung des Spenderkreises besteht nicht.³²⁵ Dennoch unterscheiden sich die Bestimmungen des Gesetzes. Das Gesetz macht einen Unterschied, ob es sich um die Lebendspende eines einwilligungsfähigen Volljährigen (Art. 3), eines nicht einwilligungsfähigen Volljährigen (Art. 4) oder um die Lebendspende eines Minderjährigen (Art. 5) handelt.³²⁶ Bei der Aufklärung gilt dasselbe wie bei Volljährigen (Abs. 3).

Das Gesetz versucht damit wie das deutsche TPG, dem Organhandel vorzubeugen und stellt diesen unter Strafe (Art. 32).

D. Zwischenergebnis zum europäischen Vergleich

Alle genannten europäischen Transplantationsgesetze haben das Eine gemeinsam: sie wollen Rechtssicherheit schaffen und den Organhandel unterbinden. Dennoch unterscheiden sich die Regelungen untereinander, nicht zuletzt auch durch landeseigene politische und ethische Vorstellungen.

Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern sind nicht mehr alle deutschen Regelungen des Transplantationsgesetzes zeitgemäß. Insbesondere die Schweiz stellt ein überzeugendes Konzept vor, das auch für das deutsche Recht in Betracht gezogen werden sollte. Anders als das deutsche TPG enthält das Schweizer Modell eine zeitgemäßere Umsetzung des medizinischen Kenntnisstandes. Es zeichnet sich durch einen bewussten Verzicht auf eine strikte Begrenzung des Kreises potentieller Lebendorganspender aus. Sowohl die Überkreuz-Spende als auch die nicht - gerichtete, altruistische Spende eines Organs sind möglich. Hintergrund dieser Regelungen mag zum einen die Tatsache sein, dass die Schweiz relativ spät ein Transplantationsgesetz eingeführt hat und somit von den anderen europäischen Regelungen und den damit einhergehenden Problematiken lernen konnte. Zum anderen waren es sicherlich die Erkenntnisse der wissenschaftlichen Fortschritte der letzten Jahre, die in die Gesetzesentwicklung miteingeflossen sind.

Auch die britischen und die niederländischen Regelungen zur Transplantation überzeugen durch ihre Flexibilität und einen weiteren Geltungsbereich. In Großbritannien sind das Poolmodell, die altruistische Fremdspende und auch die Überkreuzspende etabliert. Auch in den Niederlanden ist eine Lebendorganspende ohne persönliche Verbundenheit mit dem Empfänger in Form von Poolspenden möglich.

³²⁵ *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 271

³²⁶ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 30.

Insgesamt lässt sich derzeit eine einheitliche europäische Tendenz dahingehend erkennen, von einer strikten Begrenzung des Spenderkreises abzukommen.

E. Die Bioethikkonvention des Europarates

Es sollen nun die Regelungen des Europarats zur Organtransplantation genauer untersucht werden. Neben den Richtlinien der WHO stellt auch die Bioethikkonvention des Europarats ein internationales Abkommen dar.

Das „Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (ETS Nr. 164)“³²⁷ des Europarats vom 4. April 1997 ist ein Rahmenabkommen, ein völkerrechtlicher Vertrag über Menschenrechte und Biomedizin, der stets erweitert werden kann.³²⁷ Dieser wurde in Oviedo zur Unterzeichnung aufgelegt und trat am 1. Dezember 1999 in Kraft. Das Übereinkommen wird auch als Bioethik-Konvention oder als Oviedo-Konvention bezeichnet.

Es handelt sich dabei um den ersten rechtsverbindlichen internationalen Text, der Würde, Rechte und Freiheiten des Menschen vor jeder missbräuchlichen Anwendung des biologischen und medizinischen Fortschritts schützt.³²⁸

I. Grundsätze und Bestimmungen des Übereinkommens

Das Übereinkommen geht von der Vorstellung aus, dass das Interesse des Menschen Vorrang vor dem Interesse der Wissenschaft oder der Gesellschaft haben muss. Es enthält eine Reihe von Grundsätzen und Verboten, die Genetik betreffend sowie die medizinische Forschung, die Einwilligung der betreffenden Person, das Recht auf Achtung der Privatsphäre, das Recht auf Auskunft, die Organverpflanzung, die öffentliche Debatte zu diesen Themen usw.³²⁹ Es regelt unter anderem die Organentnahme von lebenden Personen (Art. 19 - 22) und normiert die Subsidiarität der Lebendspende.³³⁰

³²⁷ Eine der genannten Erweiterungen stellt das Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und der Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (SEV Nr. 186) dar.

³²⁸ Bundesamt für Gesundheit (Schweiz), www.bag.admin.ch/transplantation.

³²⁹ Zusammenfassung zu: Vertrag aufgelegt zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten des Europarats, die Nichtmitgliedsstaaten, die an seiner Ausarbeitung mitgewirkt haben, und die Europäische Union am 4. April 1997 in *Oviedo*.

³³⁰ Nickel/ Schmidt-Preisge/ Sengler, Transplantationsgesetz, Einführung, Rdnr. 12.

Darüber hinaus verbietet es die Entnahme von Organen oder nicht regenerierbarem Gewebe bei Personen, die nicht selbst einwilligen können. Davon ausgenommen ist unter bestimmten Voraussetzungen die Entnahme regenerierbaren Gewebes bei Geschwistern.³³¹ Bis zum 31. Juli 2007 wurde das Abkommen von 33 Staaten unterzeichnet, 19 Staaten haben es bereits ratifiziert.³³² Deutschland zählt bis dato nicht dazu, weshalb die Konvention in Deutschland nicht verbindlich ist. Ein Grund neben anderen ist der, dass man insbesondere den Schutz der einwilligungsunfähigen Versuchspersonen im Rahmen der medizinischen Forschung für unzureichend hält.³³³

II. Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (SEV Nr. 186)

Das Zusatzprotokoll des Europarates zum Europäischen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin trat am 1. Mai 2006 in Kraft. Bisher haben 20 Mitgliedstaaten des Europarates das Zusatzprotokoll unterzeichnet, Deutschland zählt bisher nicht dazu. Zur Unterzeichnung berechtigt sind nur die Staaten, die zuvor die Biomedizinkonvention unterzeichnet haben. Das Zusatzprotokoll formt die Grundsätze der Biomedizinkonvention näher aus.³³⁴ Es legt einen minimalen internationalen Schutzstandard im Bereich der Transplantation menschlicher Organe und Gewebe fest. Zudem stellt es ein wichtiges länderübergreifendes Instrument zur Bekämpfung des Organhandels dar. Zusätzlich zu den bereits im Übereinkommen festgelegten Grundsätzen enthält das Protokoll Regelungen zur Lebendspende.

1. Die gesetzlichen Regelungen des Zusatzprotokolls im Einzelnen

Das Zusatzprotokoll regelt in Kapitel 3 die Voraussetzungen zur Entnahme von Organen und Geweben bei lebenden Personen. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden. Es bietet sich dazu an, die einzelnen Vorschriften genauer zu betrachten:³³⁵

Art. 9 – Allgemeine Regel

„Einer lebenden Person darf ein Organ oder Gewebe nur zum therapeutischen Nutzen des Empfängers und nur dann entnommen werden, wenn weder ein geeignetes Organ oder Gewebe

³³¹ Nickel/ Schmidt-Preiscke/ Sengler, Transplantationsgesetz, Einführung, Rdnr. 12.

³³² Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 347.

³³³ Lipp, in: Laufs/ Katzenmeier/ Lipp, Arztrecht, S. 161, Rdnr. 7 m.w.A.

³³⁴ König, in: Schroth/ König/ Gutmann/ Oduncu, TPG, Einl. Rdnr. 9.

³³⁵ Die folgenden Gesetzestexte aus: Arbeitsübersetzung zum „Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und der Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe“ Straßburg, 24.I.2002.

einer verstorbenen Person verfügbar ist noch eine alternative therapeutische Methode von vergleichbarer Wirksamkeit besteht.“

Art. 9 des Zusatzprotokolls lässt demnach Lebendspenden nur zu, wenn keine geeigneten Organe oder Gewebe von verstorbenen Personen zur Verfügung stehen. Er legt demnach eine klare Subsidiarität der Lebendspende fest und entspricht damit § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG.

Art. 10 – Potenzielle Organspender

„Einem lebenden Spender darf ein Organ zum Nutzen Gunsten eines Empfängers entnommen werden, zu dem der Spender eine von der Rechtsordnung bestimmte enge persönliche Beziehung hat, oder, wenn eine solche Beziehung nicht besteht, allein unter den von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen und nach Billigung durch eine geeignete unabhängige Stelle.“

Dieser Regelung steht keine entsprechende Regelung im deutschen Transplantationsgesetz gegenüber, wobei die besondere, persönliche Verbundenheit in § 8 Abs. 2 TPG als zusätzliche Möglichkeit neben dem Erfordernis der Verwandtschaft, Ehe, Lebenspartnerschaft etc. aufgeführt ist.

Art. 11 – Bewertung der Risiken für den Spender

„Vor der Organ- und Gewebeentnahme sind zur Bewertung und Verringerung der körperlichen und psychischen Risiken für die körperliche oder psychische Gesundheit des Spenders angemessene, geeignete medizinische Untersuchungen und Interventionen vorzunehmen. Die Entnahme darf nicht erfolgen, wenn für das Leben oder die Gesundheit des Spenders ein ernsthaftes Risiko besteht.“

Art. 11 des Zusatzprotokolls entspricht im weitesten § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c TPG. Demnach ist eine ärztliche Beurteilung dahin gehend zu treffen, dass „der Spender geeignet ist und voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird“. Satz 2 ist insofern dahin gehend auszulegen, dass auch die üblichen Operationsrisiken selbst hierbei nicht ausgeschlossen werden sollen. Da dies auch bei keiner Operation möglich ist, würde eine strengere Regelung ins Leere laufen und eine Lebendspende schier unmöglich machen.

Art. 12 – Aufklärung des Spenders

„Der Spender und gegebenenfalls die Person oder Stelle, welche die Einwilligung gemäß Art. 14 Abs. 2 dieses Protokolls erteilt, sind zuvor in geeigneter Weise über den Zweck und die Art der Entnahme sowie deren Folgen und Risiken aufzuklären. Sie sind auch ebenso über die Rechte und die Sicherheitsmaßnahmen aufzuklären, die von der Rechtsordnung zum Schutz des Spenders vorgesehen sind. Insbesondere sind sie über das Recht auf unabhängige medizinische Beratung über die Risiken der Entnahme durch einen

Angehörigen der Heilberufe mit entsprechend geeigneter Erfahrung aufzuklären, der weder an der Organ- oder Gewebeentnahme noch an den nachfolgenden Transplantationsmaßnahmen beteiligt ist.“

An dieser Stelle gibt es einige Abweichungen vom deutschen Transplantationsgesetz. Grundsätzlich bedarf es bei beiden einer Aufklärung des Spenders. Während Art. 12 schlicht eine „geeignete“ Aufklärung verlangt, geht das deutsche Transplantationsgesetz auf die genaue Ausgestaltung dieser Aufklärung tiefergehend ein. So verlangt es beispielsweise neben der Aufklärung über Folgen und Risiken auch eine Aufklärung über die zu erwartenden „Erfolgsaussichten“. Eventuell könnte man diese in der Regelung des Zusatzprotokolls noch als im Begriff „Folgen“ enthalten sehen, welcher allerdings im deutschen TPG auch genannt wird und wohl eher die gesundheitlichen Folgen für den Spender meint.

Weiter sieht Art. 14 die Möglichkeit einer zweiten, unabhängigen Beratung durch einen Angehörigen der Heilberufe vor. Das deutsche TPG setzt hingegen zwingend voraus, dass die Aufklärung in Anwesenheit von zwei Ärzten erfolgt, von denen einer die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 S. 1 und 2 TPG³³⁶ erfüllt, insofern eine neutrale und objektive Position einnimmt.

Art. 13 – Einwilligung des lebenden Spenders

„Vorbehaltlich der Art. 14 und 15 dieses Protokolls darf ein Organ oder Gewebe bei einem lebenden Spender nur entnommen werden, nachdem die betroffene Person ihre freie Einwilligung nach Aufklärung und eigens für diesen Fall entweder in schriftlicher Form oder vor einer amtlichen Stelle erteilt hat.

Die betroffene Person kann ihre Einwilligung jederzeit frei widerrufen.“

Weitergreifend sieht § 8 Abs. 2 S. 3 TPG neben dem Schriftformerfordernis vor, dass die Einwilligung auch von den bei der Aufklärung anwesenden Personen, also den aufklärenden Ärzten, unterzeichnet wird. Zusätzlich verlangt § 8 Abs. 2 S. 4 TPG auch die Niederschrift der Angabe über die versicherungsrechtliche Absicherung der gesundheitlichen Risiken nach Satz 1.

Art. 14 – Schutz nicht einwilligungsfähiger Personen bei Organ- oder Gewebeentnahme

„1 Einer Person, die nicht fähig ist, die Einwilligung nach Art. 13 dieses Protokolls zu erteilen, dürfen weder Organe noch Gewebe entnommen werden.

³³⁶ Wortlaut: Die an den Untersuchungen nach Absatz 1 beteiligten Ärzte dürfen weder an der Entnahme noch an der Übertragung der Organe oder Gewebe des Spenders beteiligt sein. Sie dürfen auch nicht Weisungen eines Arztes unterstehen, der an diesen Maßnahmen beteiligt ist.

2 In Ausnahmefällen und nach Maßgabe der durch die Rechtsordnung vorgesehenen Schutzbestimmungen darf die Entnahme regenerierbaren Gewebes bei einer nicht einwilligungsfähigen Person zugelassen werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- i Ein geeigneter einwilligungsfähiger Spender steht nicht zur Verfügung;*
- ii der Empfänger ist ein Bruder oder eine Schwester des Spenders;*
- iii die Spende muss geeignet sein, das Leben des Empfängers zu retten;*
- iv die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle ist eigens für diesen Fall und schriftlich sowie mit Billigung der zuständigen Stelle erteilt worden;*
- v der in Frage kommende Spender lehnt nicht ab.“*

Eine entsprechende Regelung gibt es in § 8 TPG nicht. Jedoch regelt § 8a TPG eine wie oben beschriebene Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit für die Knochenmarksspende. Demnach dürfen auch hier, wenn die Verwendung des Knochenmarks für Verwandte ersten Grades oder Geschwister der minderjährigen Person vorgesehen ist und die weiteren Erfordernisse vorliegen, die gesetzlichen Vertreter in die Entnahme einwilligen. Gleiches gilt nach § 8c TPG auch für die Entnahme von Organen oder Geweben zum Zwecke der Rückübertragung bei einer lebenden Person. Keine Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit wird also bei der Transplantation von Organen und Geweben im klassischen Sinne gemacht.

2. Die Regelungen des Protokolls im Vergleich zum Schweizer Transplantationsgesetz

Einziges deutschsprachiges Land, welches das Zusatzprotokoll ratifiziert hat, ist die Schweiz, für welche das Protokoll am 1. März 2010 in Kraft getreten ist.³³⁷ Die Schweiz hat allerdings bei der Ratifikation des Zusatzprotokolls am 10. November 2009 zu einigen Punkten entsprechende Vorbehalte gemacht. Im Einzelnen sind es die Folgenden:³³⁸

Die Artikel 9, 10 und 14 des Zusatzprotokolls entsprechen nicht den nationalen Regelungen in der Schweiz. Zunächst enthält Art. 9 eine Subsidiaritätsklausel, welche das Schweizer Transplantationsgesetz nicht vorsieht.

Ähnlich wie bereits im Vergleich mit dem deutschen Transplantationsgesetz aufgezeigt, fehlt im Schweizer Transplantationsgesetz (Art. 12) ebenfalls die Regelung,

³³⁷ Die Schweiz hatte zuvor bereits auch das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin am 7. Mai 1999 unterzeichnet. Nach der Ratifikation am 14. Juli 2008, trat es für die Schweiz am 1. November 2008 in Kraft.

³³⁸ 08.064 Botschaft über die Genehmigung des Zusatzprotokolls über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 10. September 2008 unter Punkt 1.4.

die das Zusatzprotokoll in Art. 10 vorsieht: die enge persönliche Beziehung zwischen Spender und Empfänger.

Des Weiteren enthält Art. 14 des Zusatzprotokolls die Erlaubnis der Lebendspende von urteilsunfähigen Personen nur zugunsten von Geschwistern. Das Schweizer Transplantationsgesetz geht hier mit Art. 13 Abs. 2 b jedoch weiter, indem es auch Eltern und Kinder der urteilsunfähigen Person in die Erlaubnis mit einschließt.

Ansonsten stimmen die Regelungen im Zusatzprotokoll mit denjenigen im schweizerischen Transplantationsgesetz überein.

In den genannten drei Punkten ist das Schweizer Recht liberaler als das Zusatzprotokoll. Um diesen Fällen gerecht zu werden, berief sich die Schweiz auf Art. 36 des Übereinkommens, wonach „jeder Staat bei der Unterzeichnung oder Hinterlegung der Ratifikationsurkunde bezüglich bestimmter Vorschriften einen Vorbehalt anbringen kann, soweit das bei der Ratifikation geltende nationale Recht mit einer Vorschrift des Übereinkommens nicht übereinstimmt“. Die Anwendbarkeit von Art. 36 des Übereinkommens ergibt sich dabei aus Art. 28 des Zusatzprotokolls, wonach dessen Bestimmungen als Zusatzartikel zum Übereinkommen gelten.³³⁹

F. Die Regelungen der Weltgesundheitsorganisation – Der Leitsatz zu einer restriktiven Auslegung des Empfängerkreises

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO)³⁴⁰ wurde am 7. April 1948 mit Sitz in Genf gegründet. Sie stellt eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen dar.³⁴¹

Sonderorganisationen der Vereinten Nationen sind zwischenstaatliche Einrichtungen, die teils schon vor der Gründung der UN entstanden. Es liegen ihnen eigenständige Verträge zugrunde, denen die Staaten beitreten können.³⁴² Die Organisationen sind rechtlich und finanziell unabhängig, haben eigene Organisations- und Mitgliederstrukturen, sind allerdings durch völkerrechtliche Abkommen über

³³⁹ 08.064 Botschaft über die Genehmigung des Zusatzprotokolls über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 10. September 2008 unter Punkt 1.5.

³⁴⁰ engl.: World Health Organisation.

³⁴¹ *Zeidler*, Der Austritt und Ausschluß von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen, S. 8.

³⁴² Bundeszentrale für politische Bildung, Vereinte Nationen, Sonderorganisationen der Vereinten Nationen, auch unter:
http://www.bpb.de/themen/EZM94E,0,Sonderorganisationen_der_Vereinten_Nationen.html.

Art. 63 der UN-Charta mit den Vereinten Nationen verbunden. Es ist den einzelnen Nationen insofern möglich, aus einzelnen Sonderorganisationen wieder auszutreten und auch wieder einzutreten.

Die WHO wurde mit dem Ziel gegründet, für alle Völker ein höchstmögliches Gesundheitsniveau zu schaffen.³⁴³ Ziel der WHO ist es laut ihrer Verfassung, allen Völkern bei der Erreichung des bestmöglichen Gesundheitszustandes zu helfen.³⁴⁴

Die WHO-Verfassung hat sich als Präventionsverfassung bewährt, aus der sich zunächst die Gesundheitserziehung und dann die Gesundheitsförderung entwickeln konnte.

Zahlreiche nicht-verbindliche Empfehlungen, Resolutionen und Standards wurden bereits durch die Weltgesundheitsversammlung³⁴⁵ oder andere Organe der WHO erlassen. Und obwohl es an einer Rechtsverbindlichkeit fehlt und es ebenfalls keine Sanktionsmöglichkeit bei Verstößen gibt, halten sich die WHO-Mitgliedstaaten zumindest bisher an die wissenschaftlichen Normen.

I. Hintergrund der Regelungen der WHO zur Organtransplantation

Auch wenn es sich um Einzelfälle handeln mag, so geraten dennoch die Anbieter von Organen sehr schnell in die Kreise von Organhändlern. Die „Organmafia“ weiß, wo bestechliche Chirurgen und illegal arbeitende Transportunternehmen zu finden sind, und sie weiß, in welchen Ländern „die Reichen“ bereit sind, hohe Summen für Organe zu zahlen bzw. in welchen Ländern Arme ihre Organe verkaufen.³⁴⁶

Die Weltgesundheitsorganisation schätzt, dass gut 10 % der Organtransplantate aus dem Organhandel stammen. Schon vor einigen Jahren hat die Weltgesundheitsorganisation ihre Mitgliedstaaten aufgefordert, „Maßnahmen zu ergreifen, um die ärmsten und verwundbarsten Gruppen vor dem Transplantationstourismus und dem Verkauf ihrer Organe zu schützen, indem der internationale Organ- und Gewebehandel stärker überwacht wird.“ Diese Praxen werden neben der medizinischen Entwicklung auch durch den Anstieg der Armut begünstigt.³⁴⁷

³⁴³ Köck/ Fischer, Das Recht der Internationalen Organisationen, S. 425.

³⁴⁴ Peck, Die Weltgesundheitsorganisation, S. 9.

³⁴⁵ engl. World Health Assembly, WHA.

³⁴⁶ Rugemer, Der menschliche Körper als Ersatzteillager, in: Magazin des Europäischen Forschungsraums; N°62 - Februar 2010.

³⁴⁷ Rugemer, Der menschliche Körper als Ersatzteillager, in: Magazin des Europäischen Forschungsraums; N°62 - Februar 2010.

II. Die Richtlinien der WHO zur Organtransplantation

Laut eines Berichts der WHO aus dem Jahr 2003 (*Human organ and tissue transplantation*) gewinnt die Lebendspende immer mehr an Bedeutung.³⁴⁸ Auffällig ist dabei, dass jährlich fast 50 % der gespendeten Nieren von Lebendspendern stammen. Es verwundert dabei nicht, dass dieser Prozentsatz in ärmeren Ländern noch weit darüber liegt. Der WHO-Bericht legt konsequenterweise nahe, die bisher geltenden Richtlinien im Licht der medizinischen und juristischen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts zu überdenken.³⁴⁹

Im Jahr 1991 hat die Weltgesundheitsorganisation mit der Resolution 44.25 der Weltgesundheitsversammlung Leitsätze zur menschlichen Organtransplantation aufgestellt,³⁵⁰ die von inzwischen fast 200 Ländern unterschrieben wurden.³⁵¹ Allerdings handelt es sich dabei nur um unverbindliche Richtlinien ohne strafrechtliche Konsequenzen.³⁵²

Diese Richtlinien, die die Schwerpunkte Freiwilligkeit von Spenden, Nichtkommerzialisierung, genetische Verwandtschaft zwischen Spender und Empfänger sowie die Subsidiarität der Lebendspende vor der Transplantation von Organen verstorbener Spender beinhalten, haben sowohl Landesgesetzgebungen als auch die politischen Überlegungen von Regierungsorganisationen beeinflusst.

In den vergangenen 20 Jahren haben die Leitprinzipien professionelle Kodifizierungen und Praktiken sowie Rechtsvorschriften auf der ganzen Welt beeinflusst.

In Anbetracht der Veränderungen in Verhaltensweisen und Einstellungen in Bezug auf Organ- und Gewebetransplantation forderte die 57. Weltgesundheitsversammlung im Mai 2004 in Resolution WHA 57.18³⁵³ den Generaldirektor unter anderem dazu auf, „weiterhin weltweite Daten zu Praxis, Sicherheit, Qualität, Wirksamkeit und Epidemiologie der allogenen Transplantation zu prüfen und dies insbesondere in Hinblick auf ethische Fragen, einschließlich der Lebendspende,

³⁴⁸ *Naica-Loebell*, Der Handel mit menschlichen Ersatzteilen – Organhandel ist eine Realität. Was kann man dagegen tun?

³⁴⁹ *Naica-Loebell*, Der Handel mit menschlichen Ersatzteilen – Organhandel ist eine Realität. Was kann man dagegen tun?

³⁵⁰ WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation; 2 Document WHA44/1991/REC/1, Annex 6.

³⁵¹ *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 352 m.w.A.

³⁵² Guiding Principles on human organ transplantation, veröffentlicht in: *Lancet* 337 (8755), 1407-1.; *Naica-Loebell* 26.06.2004, Der Handel mit menschlichen Ersatzteilen – Organhandel ist eine Realität. Was kann man dagegen tun?

³⁵³ *Norba*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, S. 352 m.w.A.

um die Leitsätze zu menschlichen Organtransplantationen³⁵⁴ zu aktualisieren. Dazu ist es bis heute nicht gekommen.

Der Leitsatz 3 der WHO zur Voraussetzung des Spenderkreises sieht im Regelfall die genetische Verwandtschaft zwischen Spender und Empfänger vor:³⁵⁵

„Organs for transplantation should be removed preferably from the bodies of deceased persons. However, adult living persons may donate organs, but in general such donors should be genetically related to the recipients. Exceptions may be made in the case of transplantation of bone marrow and other acceptable regenerative tissues (...).“³⁵⁶

Die genannten Voraussetzungen entsprechen in etwa dem deutschen Transplantationsgesetz und den Regelungen anderer europäischer Länder. Diesem Leitsatz haben sich jedoch nur wenige Staaten angeschlossen. Das mag unterschiedliche Gründe haben. Vor allem Entwicklungsländer haben beispielsweise Probleme, eine Begrenzung des Empfängerkreises konsequent durchzusetzen und den Organhandel zu verhindern. In den Industriestaaten tritt hingegen das Recht auf Selbstbestimmung des Spenders immer weiter in den Vordergrund.

G. Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates – Die Umsetzung in deutsches Recht

I. Allgemeines

Im Dezember 2008 wurde von Europäischem Parlament und Rat der erste Entwurf der Richtlinie 2010/45/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe dem Bund vorgelegt. Eine Stellungnahme der Bundesärztekammer folgte daraufhin im Frühjahr 2010.³⁵⁷ Expertenmeinungen von Medizinerinnen, Rechtswissenschaftlern und Politikern setzten sich dabei mit den medizinisch-rechtlichen Problemen, die sich in den vergangenen Jahren innerhalb der Transplantationsmedizin gezeigt haben, auseinander. Insbesondere war es der Bundesärztekammer dabei ein Anliegen, den Subsidiaritätsgrundsatz durch das Bundesministerium für Gesundheit nachdrücklich gefordert zu sehen. So schreibt *Professor Dr. med. C. Fuchs* im Namen der Bundesärztekammer an den Staatssekretär *Dr. K.T.Schröder*: „In der Verfolgung dieses Ziels (einheitliches

³⁵⁴ <http://www.who.int/transplantation/ReportOttawaCITx.pdf>.

³⁵⁵ Der Leitsatz 3 der WHO wurde bereits unter Kapitel 2 auf Seite 45 f. genannt.

³⁵⁶ Human Organ Transplantation, A report on development under the auspices of the WHO (1987-1991) 1992, S. 5 ff.; *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, S. 87.

³⁵⁷ Tätigkeitsbericht 2010 der Bundesärztekammer dem 114. Deutschen Ärztetag in Kiel vorgelegt von Vorstand und Geschäftsführung, 2011, Kapitel 5.1.1, S. 281.

Qualitäts- und Sicherheitsniveau der Transplantation auf europäischer Ebene) ist aus unserer Sicht jedoch auch zwingend die Subsidiaritätsgrenze zu beachten, die durch Art. 152 Abs. 5 im EG-Vertrag gezogen wird.³⁵⁸

Art. 152 Abs. 5 EGV besagt, dass die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung vom Anwendungsbereich des Art. 152 EG ausgenommen sind. Ansonsten sieht Art. 152 EGV vor, dass die Hauptverantwortung für die öffentliche Gesundheit bei den Mitgliedstaaten liegt.³⁵⁹

Die Richtlinie 2010/45/EU vom 7. Juli 2010, die mit Bekanntgabe vom 16. September 2010 in 2010/53/EU berichtigt wurde, trat im August 2010 in Kraft und muss innerhalb von zwei Jahren in nationales Recht umgesetzt werden. Das Bundesministerium für Gesundheit lud in diesem Zusammenhang am 3. November 2010 zu einem Fachgespräch mit Selbstverwaltungsvertretern zur Umsetzung der EU-Richtlinie ein.³⁶⁰

II. Inhaltliche Regelung zur Lebendorganspende

Inhaltlich bezieht sich die Richtlinie 2010/53/EU in Art. 15 auf die Lebendspende.³⁶¹

Art. 15

Qualitäts- und Sicherheitsaspekte bei Lebendspenden

(1) Die Mitgliedstaaten treffen alle notwendigen Maßnahmen, um den höchstmöglichen Schutz von Lebendspendern sicherzustellen, damit die Qualität und die Sicherheit von Organen für die Transplantation uneingeschränkt gewährleistet sind.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Lebendspender anhand ihrer Gesundheit und Anamnese durch angemessen qualifiziertes oder geschultes und kompetentes Personal ausgewählt werden. Solche Beurteilungen können zum Ausschluss von Personen führen, deren Spende zu unzumutbaren Gesundheitsrisiken führen könnte.

³⁵⁸ Brief der Bundesärztekammer zur Stellungnahme zum Entwurf der Richtlinie 2010/45/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, vom 30. Januar 2009, Berlin. Zu finden auch unter: <http://www.baek.de/downloads/StellTransEU20090130.pdf>.

³⁵⁹ Fischer, in: Lenz/ Borchardt (Hrsg.), Art. 152 EG, Rdnr. 6 ff.

³⁶⁰ Tätigkeitsbericht 2010 der Bundesärztekammer dem 114. Deutschen Ärztetag in Kiel vorgelegt von Vorstand und Geschäftsführung, 2011, Kapitel 5.1.1, S. 282.

³⁶¹ Richtlinien 2010/45/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, in: Amtsblatt der Europäischen Union vom 6.8.2010, S. L 207/22.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Einklang mit den Bestimmungen der Union und den nationalen Bestimmungen über den Schutz personenbezogener Daten und die Vertraulichkeit statistischer Angaben ein Register der Lebendspender geführt wird oder Aufzeichnungen über Lebendspender angefertigt werden.

(4) Die Mitgliedstaaten bemühen sich, die Nachsorge der Lebendspender durchzuführen und legen gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften ein System fest zur Erkennung, Meldung und Behandlung aller Vorkommnisse, die mit der Qualität und Sicherheit des gespendeten Organs und somit mit der Sicherheit des Empfängers zusammenhängen können, sowie aller schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen beim Lebendspender, die infolge der Spende entstanden sein können.

III. Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes

Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe wurde nun beschlossen, das Transplantationsgesetz (TPG) zu novellieren.³⁶² Einen ersten Gesetzesentwurf der Bundesregierung mit Datum vom 29. April 2011 gibt es bereits. Das Bundeskabinett hat dann am 6. Juni den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes beschlossen und die Bundesregierung kommt damit ihren Verpflichtungen zur Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU in deutsches Recht nach. Während sich das Hauptaugenmerk des Entwurfs auf die Novellierung der postmortalen Spende bezieht,³⁶³ gibt es dabei auch einige Vorschläge, wie der Bereich der Lebendspende neu zu regeln ist.

IV. Die Änderungen im Einzelnen

Der Entwurf³⁶⁴ sieht die folgenden Änderungen des Transplantationsgesetzes zum Bereich der Lebendorganspende in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), das durch den Art. 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2009 (BGBl. S. 1990) geändert worden ist, vor:

³⁶² Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetags vom 31.05. - 3.06.2011 in Kiel I - 03: Organ- und Gewebespende – Modell einer Selbstbestimmungslösung mit Information und Erklärungspflicht.

³⁶³ Insbesondere auf die mögliche Einführung einer Erklärungspflicht in der Bundesrepublik Deutschland.

³⁶⁴ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe (ABl. L 207 vom 6.8.2010, S. 14; L 243 vom 16. September 2010, S. 68).

1. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nummer 5 TPG

In § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 werden nach dem Wort „und“ die Wörter „die Folgen für den Empfänger sowie“ eingefügt.

2. Erweiterung des § 10 TPG

§ 10 wird neben anderen Änderungen die neue Nummer 6 beinhalten:

„6. Die durchgeführten Lebendorganspenden aufzuzeichnen.“

Diese neue Nummer des § 10 TPG setzt somit Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie um. Damit soll den oftmals geäußerten Wünschen, ein Register einzuführen, nachgegangen werden. Dementsprechend sollen nach Wunsch der Bundesregierung „die Transplantationszentren Aufzeichnungen über Lebendspender zu führen haben“.³⁶⁵ Alle Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass ein solches Register geführt wird. Diese Neuerung stellt einen begrüßenswerten Fortschritt in der Entwicklung des Gesetzes dar.

3. Regelungen des § 16 Abs. 1 TPG

§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 c und Nr. 7 (neu) TPG setzen die genauen Anforderungen an die Aufzeichnungen fest, dem Wortlaut nach:

„4 c) die Erkennung und Behandlung von Vorfällen bei einer Lebendorganspende, die mit der Qualität und Sicherheit des gespendeten Organs zusammenhängen können, oder von schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen beim lebenden Spender, die im Rahmen seiner Nachbetreuung festgestellt werden,“

Nummer 7:

„7. Die Anforderungen an die Aufzeichnung der Lebendorganspenden nach § 10 Abs. 2 Nummer 6.“

Mit Nr. 4 c wird die Bundesärztekammer verpflichtet, auch für die Nachsorge bei der Organlebendspende Richtlinien aufzusetzen, wodurch die Meldepflicht nach § 13 Abs. 4 Nr. 4 (neu) TPG ergänzt wird.³⁶⁶ Diese Regelungen dienen der Umsetzung des Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2010/53/EU.

³⁶⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes, S. 40 unter: <http://www.bmg.bund.de>.

³⁶⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes, S. 53 unter: <http://www.bmg.bund.de>.

4. Regelungen des § 14 TPG

Darüber hinaus enthält § 14 Abs. 4 Nr. 4 die Regelung, dass das Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Verfahren regeln kann:³⁶⁷

„3. zur Sicherstellung der Meldung von Vorfällen bei einer Lebendorganspende, die mit der Qualität und Sicherheit des gespendeten Organs zusammenhängen können, und von schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen beim lebenden Spender.“

Die Nr. 3 dient der Umsetzung des Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2010/53/EU, der die Meldung von Vorfällen und schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen beim Lebendspender fordert.³⁶⁸

V. Zwischenergebnis

Insgesamt kann man feststellen, dass der Gesetzesentwurf der Bundesregierung der Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU weitestgehend gerecht wird. Dennoch entbehrt er vieler guter Ansätze, deren Einführung in das TPG begrüßenswert gewesen wären (vgl. Kapitel 5 und 6).

H. Ethische Überlegungen zur Lebendorganspende

I. Ethische Grundsätze

Ein Grund, warum der Lebendorganspende vielfach mit Vorbehalten begegnet wird, ist die medizinische Ethik, die mit einigen elementaren Grundprinzipien der Lebendorganspende zu kollidieren scheint. Einige amerikanische Medizinethiker³⁶⁹ sehen in den folgenden Prinzipien das Grundgerüst einer ärztlichen Behandlung:

Zum einen sei das Prinzip des Nichtschadens *nihil nocere* zu beachten; daneben auch das Prinzip der Autonomie oder Selbstbestimmung des Patienten, das Prinzip der Benefizienz *bonum facere* und der Gerechtigkeit. Die europäische Sicht unterscheidet sich diesbezüglich etwas von der nordamerikanischen. So sieht der deutsche Ethiker *Wolff* das Prinzip der Fürsorge als leitend an. Darunter fallen seiner

³⁶⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes, S. 18 unter: <http://www.bmg.bund.de>.

³⁶⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes, S. 50 unter: <http://www.bmg.bund.de>.

³⁶⁹ So beispielsweise Beauchamp und Childress im Jahre 1989.

Ansicht nach auch Verantwortungsbereitschaft, Verschwiegenheit, und Wahrhaftigkeit sowie soziale Verträglichkeit.³⁷⁰

All diese Grundsätze zeigen auf, dass die Schwierigkeiten besonders darin liegen, wie paternalistische Eingriffe auf der einen Seite und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf der anderen Seite in Einklang zu bringen sind.

Neben dem Grundsatz des Nichtschadens steht bei der Lebendspende auch das Prinzip der Selbstbestimmung im Fokus von Diskussionen.

Es soll im Folgenden auf die wichtigsten Grundsätze eingegangen werden, um das schwierige Zusammenspiel von Autonomie und Fürsorgepflicht zu verdeutlichen.

II. Der Grundsatz des Nichtschadens (*nihil nocere*)

Das Prinzip des Nichtschadens gilt als einer der Grundpfeiler der ärztlichen Ethik und hat als solcher bereits im 4. Jahrhundert v.Chr. Eingang in den Eid des Hippokrates gefunden (*primum nihil nocere*).³⁷¹

Αζκειν περι ηανοζημαηα δυο, ωθειειν η μη βλαπηαν...

(Man soll) im Hinblick auf Krankheiten (in) zweierlei Hinsicht üben: zu nützen oder nicht zu schaden.³⁷²

Für Hippokrates steht das Wohl des Patienten an oberster Stelle. Daraus leitet sich das Prinzip des *nihil nocere* ab, also die Pflicht dem Patienten zu nützen und keinesfalls zu schaden.³⁷³ Gerade dieser Vorsatz bedarf allerdings im Einzelfall der Interpretation und der Abgrenzung zu anderen Prinzipien.

Der Grundsatz des *nihil nocere* wird streng genommen mit der Organentnahme bei einem Lebendspender verletzt. Hierbei wird nämlich ein riskanter medizinischer Eingriff vorgenommen, der weder medizinisch indiziert noch von medizinischem Nutzen für den Spender ist. Die Organentnahme stellt eine vorsätzliche und gezielte Körperverletzung dar. Das Prinzip des Nichtschadens sollte aber Vorrang vor dem Nutzen haben, ebenso wie Abwehrrechte Vorrang vor Anspruchsrechten besitzen.³⁷⁴ So gesehen sind also Verbote, die dem Schutz von Menschen dienen

³⁷⁰ Hutterer-Krisch, Grundriss der Psychotherapieethik: Praxisrelevanz, Behandlungsfehler und Wirksamkeit, S. 161.

³⁷¹ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 35.

³⁷² Nuland, Im Dienste des Hippokrates, S. 58 ff.

³⁷³ Gebring/ Mattli, „Überlebt Hippokrates?“.

³⁷⁴ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 35.

sollen, den Geboten zu positiver Hilfe vorrangig. Nach dieser ethischen Betrachtung wären aber Lebendspenden an sich verboten. Etwas anderes kann sich nur aus einer strengen Abwägung ergeben, nach welcher der Nutzen der Lebendspende den mit der Spende verbundenen Schaden des Spenders in außergewöhnlich hohem Maße überwiegt.³⁷⁵ Dies ist meist unproblematisch zu bejahen, wenn es um den Nutzen des Organempfängers geht. Ihm wird ein wesentlicher Gesundheitsfaktor wiedergegeben, oft sogar sein Tod vermieden. Teilweise wird nun aber gefordert, dass auch beim Spender der Nutzen überwiegen soll.³⁷⁶ Dies wird allerdings sehr kontrovers diskutiert. So kann nach anderer Ansicht die Zulässigkeit der Lebendspende nicht ernsthaft davon abhängen, ob der Spender seelischen oder sozialen Nutzen von seiner Handlung hat. Eine Feststellung des überwiegenden Nutzens kann allerdings oftmals nur schwer getroffen werden. Klar ist, dass der Nutzen für den Spender zunächst nur schwer erkennbar ist. Er geht ein hohes gesundheitliches Risiko ein und erhält nach der Organspende maximal seinen vorherigen gesundheitlichen Zustand.

Viele der in der Situation eines potentiellen Spenders befindlichen Menschen entscheiden sich deshalb für eine Organspende, um einem Nahestehenden zu helfen.³⁷⁷ Natürlich stellt sich hierbei die Frage, ob nicht das schon als Nutzen für den Spender anerkannt werden kann, da er sich selbst einen geliebten Menschen retten will. Wenn enge Familienangehörige wie Eltern, Kinder, Ehepartner oder Verlobte einander ein Organ spenden wollen, ist immer ein Nutzen auf sozialer Ebene erkennbar. Dieser emotionale Gewinn kann den ggf. erlittenen Schaden durchaus wieder ausgleichen, so dass von einem Nutzen gesprochen werden kann,³⁷⁸ besonders wenn durch die Spende das Leben eines Partners oder Kindes gerettet werden kann.

Will man aber streng und konsequent an dem ethischem Grundsatz festhalten, wäre eine Lebendorganspende fast nicht möglich. Aber auch viele andere heilende und nicht im klassischen Sinne heilende Eingriffe würden der Prüfung nicht standhalten. Nämlich solche Eingriffe, die nicht medizinisch indiziert sind.³⁷⁹ Man denke nur an Schönheitschirurgische Eingriffe, die medizinisch nicht geboten sind, teilweise dem jeweiligen Menschen aber eine Art neue Lebensfreude schenken können. An welcher Stelle fängt das „Verbessern“ an und wo hört das Heilen

³⁷⁵ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 35 m.w.A.

³⁷⁶ NEK/CNE 2003, Transplantation von Teilen der Leber von lebenden Spenderinnen und Spendern: Die Frage der Finanzierung, Stellungnahme Nr. 5/03 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, S. 8.

³⁷⁷ Sondervotum Prof. Dr. Wilfried Härle: Ich stimme dieser Aussage nicht zu.

³⁷⁸ Vergleiche NEK/CNE 2003, Transplantation von Teilen der Leber von lebenden Spenderinnen und Spendern: Die Frage der Finanzierung, Stellungnahme Nr. 5/03 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, S. 8.

³⁷⁹ Dazu interessant und durchaus kritisch: Joost, Schönheitsoperationen – die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte „wunscherfüllende“ Eingriffe, S. 383-443.

auf?³⁸⁰ Es ist äußerst schwierig, an dieser Stelle eine Grenze zu ziehen. Sind solche Operationen nur zur Wiederherstellung eines durch Unfall verunstalteten Gesichts ethisch korrekt oder auch wenn es um das Anlegen abstehender Ohren eines gehänselten Kindes geht? Auch der Hippokratische Eid gerät gelegentlich in den Fokus der Kritik. So wird das mit ihm verbundene paternalistische Konzept nicht bei jedem in Einklang mit der Überzeugung von einer wachsenden autonomen und persönlichen Selbstbestimmungsidee stehen.³⁸¹

In ethischen Fragen sind gelegentlich auch Kompromisse unumgänglich; dabei müssen aber Grenzen ethischer Grundwerte klar eingehalten werden. So geht es etwa um das Abwägen zwischen Nutzen und Schaden einer medizinischen Maßnahme, zwischen Wirkung und Nebenwirkung eines Medikaments.³⁸²

III. Der Selbstbestimmungsgrundsatz

Im Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin wird ein sehr wichtiger Punkt der Entwicklung internationaler Medizinethik aufgegriffen, nach dessen Standard sich diese in den vergangenen Jahren immer weiterentwickelt hat. Die Rede ist dabei von der Leitidee der Selbstbestimmung des Patienten.³⁸³ Die Selbstbestimmung sollte danach jedem Menschen zustehen, unabhängig davon, ob der Einzelne überhaupt davon Gebrauch machen kann, beispielsweise mangels Zurechnungsfähigkeit, aufgrund von Unmündigkeit oder anderer (zeitweiser) Hindernisse.³⁸⁴ Es besteht nämlich auch in den zuletzt genannten Fällen zumindest ein Recht darauf, stellvertretend durch einen Dritten in angemessener Weise respektiert und wahrgenommen zu werden.

Nach Ansicht der Enquete-Kommission Ethik und Recht³⁸⁵ umfasst das Selbstbestimmungsrecht in der Medizinethik die Kompetenz des Individuums, über Eingriffe in seinen eigenen Körper selbst zu entscheiden. Davon umfasst sein muss demnach auch das Recht, selbst über die Spende eigener Organe zu entscheiden.³⁸⁶

³⁸⁰ Im Ergebnis gleich auch *Eberbach*, Die Verbesserung des Menschen, Medizinrecht, in: MedR 2008, 352 ff.; kritisch ebenfalls: *Höfling*, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex – Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: MedR Schriftenreihe Medizinrecht, 2009, Die Verbesserung des Menschen, S. 119 (120 f).

³⁸¹ *Zillgens*, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, S. 73 m.w.A.

³⁸² *Gebring/ Mattli*, Überlebt Hippokrates?, S. 58 ff.

³⁸³ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 34.

³⁸⁴ *Pöltner*, Grundkurs Medizinethik, S. 94 ff.

³⁸⁵ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 34.

³⁸⁶ So auch: *Pieper*, in: Korff/ Beck/ Mikat, Bd. 1, S. 291.

Es muss also dem Spender überlassen sein, ob er sogar ein etwaiges Risiko eingehen kann, um einem anderen durch die Organspende zu helfen. Dieser Wunsch muss auch dann wahrgenommen werden, wenn es sich bei Spender und Empfänger nicht um Verwandte handelt. Voraussetzung ist auch hier natürlich stets die umfassende Aufklärung.³⁸⁷ Jeder Einzelne muss die einzugehenden Risiken nach der Aufklärung selbst abschätzen können und entsprechende Entscheidungen treffen können. Dies entspricht letztlich dem Sinn des Selbstbestimmungsrechts und darin liegt der nötige Respekt, der den Entscheidungen des Individuums gezollt werden sollte.³⁸⁸

Das Prinzip der Selbstbestimmung soll der tatsächlichen Verwirklichung von Menschenrechten dienen und darf nicht zum alleinigen Handlungsprinzip erhoben, sondern muss zusammen mit anderen medizinethischen Handlungsprinzipien betrachtet werden. Der Gesetzgeber musste mit der Entwicklung des TPG versuchen, einerseits den Organspender hinreichend zu schützen, andererseits die Rettung für einen schwerstkranken Organempfänger nicht unnötig zu erschweren.

Freiwillige Zustimmung bzw. altruistisches Verhalten ist nur dann gegeben, wenn es um Handlungen geht, zu denen sich der Wille aufgrund vernünftiger Überlegungen selbst bestimmt. Und in dem Maße, wie der Mensch seine Handlungen (beziehungsweise Unterlassungen) überlegt und freiwillig setzt, sind ihm seine Handlungen zurechenbar und ist er für sie verantwortlich.³⁸⁹

Bei der Lebendspende muss sich die Freiwilligkeit gleich auf mehrere Punkte beziehen:³⁹⁰ Zum einen muss der Organspender ein Organ aus freiem Willen zur Verfügung stellen. Zum anderen muss der Organempfänger das fremde Organ auch freiwillig annehmen und zugleich müssen auch die medizinischen Dienstleister die Transplantation freiwillig durchführen. Jeder an der Lebendorganspende Beteiligte muss damit für sein eigenes Handeln die Verantwortung übernehmen.

Problematisch ist die ganze Betrachtung eigentlich nur beim Organspender. Er greift in seinen eigenen, gesunden Körper ein, ohne dass dies notwendig gewesen wäre. Die damit einhergehenden Risiken muss er nach entsprechender Aufklärung selbst abschätzen und freiwillig in Kauf nehmen.

Allerdings besteht keine allgemeine Formel, die festlegen kann, wie hoch ein Risiko sein darf, damit es ethisch noch verantwortbar ist. Eine verantwortliche Gewich-

³⁸⁷ Pieper, in: Korff/ Beck/ Mikat, Bd. 1, S. 289 ff.

³⁸⁸ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 34 m.w.A.

³⁸⁹ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 45.

³⁹⁰ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 35.

tung im Einzelfall muss gewährleistet sein und etwaige Risiken müssen von verschiedener Seite betrachtet werden können.³⁹¹

Der gesetzliche Schutz, der den potentiellen Spender bei derart schwerwiegenden Entscheidungen schützen will, kann aber nicht darin bestehen, diesem die Autonomie für seine Entscheidung gänzlich abzunehmen. Dies würde der Entscheidung, ob eine Spende vorzunehmen ist oder nicht, entsprechen. Jeder Mensch trägt letztlich selbst die Verantwortung für sein eigenes Tun und Handeln. Und neben einer solchen Verantwortung trägt er letztlich auch das damit einhergehende Risiko selbstständig. Eine Organentnahme kann mit schweren körperlichen Folgen einhergehen und auch wenn es die Ausnahme darstellt, ist auch der Tod nicht gänzlich ausschließbar. Neben den rein medizinischen Risiken sind bei dieser Abwägung auch Kriterien wie persönliche Empfindsamkeit, Sensibilität und nicht zuletzt die nähere Lebensplanung entscheidend.

Die Entscheidung zu einer Lebendspende kann deshalb nur der einzelne Spender selbst treffen. Der von staatlicher Seite her zu gewährleistende Schutz muss sich vielmehr auf die gesundheitlichen Aspekte beschränken.³⁹² Auch ethische Probleme können von staatlicher Seite erwähnt und im Falle des Eintritts betreut werden. So ist es eine schwere Belastung für den Spender, der seine eigene Gesundheit gefährdet hat, um einem anderen Menschen zu helfen, wenn die Organspende nicht zum erwarteten Erfolg führt. An der Entscheidungsfreiheit selbst sollte dieses Risiko jedoch nichts ändern.

Nach ähnlichen Gesichtspunkten muss auch der behandelnde Arzt das Risiko einer Transplantation abwägen und selbstständig eine Operation annehmen oder auch gegebenenfalls ablehnen.

³⁹¹ NEK/CNE 2003, Transplantation von Teilen der Leber von lebenden Spenderinnen und Spendern: Die Frage der Finanzierung, Stellungnahme Nr. 5/03 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, S. 331 ff.

³⁹² Im Ergebnis auch: NEK/CNE 2003, Transplantation von Teilen der Leber von lebenden Spenderinnen und Spendern: Die Frage der Finanzierung, Stellungnahme Nr. 5/03 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, S. 331 ff.

Kapitel 5: Beurteilung des Novellierungsbedarfs der bestehenden gesetzlichen Regelungen der Lebendorganspende mit Novellierungsvorschlägen

A. Stellungnahme zu einzelnen Änderungsvorschlägen

I. Die Poolmodelle

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG enthält wie bereits oben dargestellt eine deutliche Begrenzung des Spenderkreises. Unter anderem wird dadurch auch die anonyme Lebendorganspende für unzulässig erklärt, welche aber an sich nicht dem Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 TPG widersprechen muss, dem Schutz vor Organhandel, vor einer Selbstschädigung und der Sicherung der Freiwilligkeit zu dienen.³⁹³ Die Freiwilligkeit der Lebendorganspende muss nicht zwingend von einer besonderen persönlichen Verbundenheit abhängen.³⁹⁴

Das Prüfverfahren durch die Landeskommissionen sowie die gesetzlichen Regelungen zur Verhinderung von Organhandel rufen begründete Zweifel hervor, ob

³⁹³ Siehe bereits oben.

³⁹⁴ Zustimmend *Schreiber* in: Positionen zur Lebendorganspende, Ständige Kommission Organtransplantation der Bundesärztekammer, 8. September 2003, S. 5 und auch Stellungnahme zur Anfrage der Konferenz der für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren der Länder zur Situation der Lebendorganspende in Deutschland.

eine Begrenzung des Spenderkreises nicht ohnehin entbehrlich ist.³⁹⁵ Einen durchaus guten Lösungsansatz bildet eines der Poolkonzepte:

Zum einen gibt es eine Art Ringaustausch, bei welchem der Organempfänger ein kompatibles Organ aus dem Pool erhält, gleichzeitig wiederum ein naher Angehöriger ein entsprechendes, allerdings für den eigenen Partner nicht kompatibles Organ in den Pool spendet. Bei den Organen handelt es sich dann ausschließlich um Organe von Lebendspendern. Eine europaweite Ausweitung wäre wünschenswert.

Zum anderen bestünde die Möglichkeit eines (anonymen) Pools, bei welchem es sich um Organe von hirntoten Spendern handelt. Allerdings wäre diese Variante nicht ebenso erfolgversprechend, weil der Empfänger im Austausch gegen das Organ seines Angehörigen eben nur ein postmortales Organ erhält.

Zu folgen wäre aber dem ersten genannten Poolmodell. Erweitert werden könnte dieses Modell durch die anonyme Organspende. Dabei könnten spendebereite Menschen (anonym) in diesen Pool spenden. Es muss einem Menschen gestattet sein, nach entsprechender Aufklärung und mit entsprechender Einwilligungsfähigkeit eines seiner Organe zu spenden. Es ist nicht nachvollziehbar, dass ihm derartige Handeln seitens des Staats untersagt und unter Strafe gestellt wird. Natürlich darf man nicht unterschätzen, dass die Ausweitung der Möglichkeiten, Organe zu spenden, eine besondere Art von Druck auf potentielle Spender erhöhen kann. Oft fühlen sich diese zu einer Entscheidung gezwungen. Eine Organspende stellt einen schweren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar und der entsprechenden Person wird diese Entscheidung nicht leicht fallen. Allerdings sollte man aus diesen Gründen auch nicht seitens des Staates eine Entscheidungsfreiheit von vornherein ausschließen. Es ist nicht nachvollziehbar, dass Menschen eine Möglichkeit genommen wird, um sie vor Entscheidungen zu schützen, die ihnen unangenehm sein könnten. Viel unangenehmer ist doch schließlich das Gefühl, welches derjenige haben wird, der zu einer Spende bereit ist, dies aber nicht darf und ein geliebter Mensch dafür sterben muss, nur weil kein postmortales Organ zur Verfügung steht. Wenn sich ein potentieller Spender gegen eine Spende entscheidet, ist die damit einhergehende psychische Belastung nicht höher als umgekehrt bei einem zur Spende bereiten Menschen, der einen Menschen sterben sieht, an dem ihm viel liegt und dem er ohne gesetzliches Verbot hätte helfen können. Außerdem ist nicht verständlich, weshalb der Druck, ein Organ zu spenden, außerhalb der Familie höher sein soll als innerhalb. Gerade als Familienangehöriger lastet doch die Erwartungshaltung der anderen Familienmitglieder nicht zuletzt des betroffenen Empfängers besonders stark auf dem potentiellen Spender.

³⁹⁵ So neben anderen auch: *Gutmann*, in: *Schroth/ König*, § 8, Rdnr. 52 m.w.A.

Das Poolmodell würde der Organknappheit entgegenwirken. Plätze auf der Warteliste für postmortale Spenderorgane würden frei werden, wenn mehr Lebendspenden möglich wären. Das Poolmodell bietet zudem ein höheres Angebot an kompatiblen Organen.

Ein weiteres Argument ist noch zu nennen. Wenn sich ein Organempfänger im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte und seiner Zurechenbarkeit dazu entscheidet, aus welchen Gründen auch immer, eine Transplantation nicht zuzulassen, steht es ihm damit doch auch frei, sich selbst zu schaden. Sei es nun die emotionale Seite, nicht mit einem fremden Organ leben zu wollen oder seien es Gründe religiöser Natur, in jedem Fall kann hier der Gesetzgeber auch den Betroffenen nicht vor sich selbst schützen. Im Umkehrschluss muss es nun aber auch einem Spender möglich sein, sich aus emotionalen oder sonstigen Gründen dazu zu entschließen, sich dem Risiko einer Operation und deren Folgen auszusetzen, ohne dass der Gesetzgeber dies konsequent unterbindet.

Der Staat soll die Menschen vor unüberlegten und unfreiwilligen Taten schützen. Nicht soll er dagegen alle schwer fallenden Alternativen von vornherein unmöglich machen. Die Einrichtung eines Organpools ist eine sinnvolle und erstrebenswerte Möglichkeit, den Schwächen des Transplantationsgesetzes in Hinsicht auf die Lebendorganspende entgegenzutreten. Der Unentgeltlichkeit und Anonymität der Lebendspende wird durch die Einführung eines Poolmodells Sorge getragen. Der Idee einer Poolmodelllösung ist mithin uneingeschränkt zu folgen. Bedauerlicherweise hat die Bundesregierung in ihrem jüngsten Gesetzesentwurf zur Änderung des Transplantationsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates darauf verzichtet.

II. Die Überkreuzspende (Cross-over)

Ein weiteres Modell, das die Aufnahme in das TPG verdient, ist die Überkreuzspende, wie es sie in der Schweiz bereits gibt. Nicht überzeugend sind die Argumente der Gegner³⁹⁶ der Überkreuzspende, diese würde illegalen Vermittlungstätigkeiten freien Raum schaffen. Es ist nicht vorstellbar, wie dies möglich wäre, wenn eine Vermittlung von Überkreuzspenden zentral geregelt wird, beispielsweise über Vergabestellen wie Eurotransplant oder auch über die einzelnen Transplantationszentren innerhalb Deutschlands. Das Argument, es sei damit dem Organhandel „nicht mehr von vornherein der Boden entzogen“,³⁹⁷ überzeugt nicht. Es besteht doch im Falle der Überkreuzspende noch nicht einmal die Möglichkeit, mit Organen zu handeln. Es treffen sich zwei Ehepaare in derselben Situation: jeweils ein Partner benötigt ein neues Organ, der eigene Ehepartner hat nicht das kompa-

³⁹⁶ So beispielsweise die Enquete-Kommission Ethik und Recht, BT-Drs. 15/ 5050, S. 73.

³⁹⁷ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT Drs. 15/5050, S. 73.

tible Organ, dagegen aber der Ehepartner des anderen Paares. Hier ist nicht die Möglichkeit gegeben, finanzielle Vorteile zu verhandeln. Es ist gar nicht ersichtlich, wer in dieser Situation in einer überlegeneren Verhandlungsposition sein sollte, um Geld für das zu spendende Organ verlangen zu können. Ebenso abwegig erscheint das Argument, es bestünde ja die Möglichkeit, dass sich die beiden Paare nach einer Vorstellung besser kennenlernen können, um dann das notwendige Näheverhältnis aufzubauen, welches die Organtransplantation erlauben würde. Es kann nicht ernsthaft im Interesse des Gesetzgebers sein, zwei fremde Paare zu zwingen, erst einmal eine Vertrautheit und (Schein-) Freundschaft aufzubauen, wenn es ersichtlich beiden Seiten nur darum geht, den jeweils erkrankten Partner zu retten. Diese Idee erscheint weltfremd und letztlich stellt sie sogar eine Umgehung des eigentlich gewollten Gesetzeszwecks dar. An dieser Stelle wäre es viel glaubhafter zu sagen, man findet eine neue Regelung, die Überkreuzspende, um allen Beteiligten diesen mühsamen und psychisch belastenden Akt zu ersparen. Zumal man auch die oft bestehende zeitliche Dringlichkeit der Spenden berücksichtigen muss. An dieser Stelle würde die Frage aufkommen, ab welcher Zeitspanne nach dem Kennenlernen man denn von einer Vertrautheit und einem Nahestehen sprechen kann. Wäre so etwas schon nach mehreren Wochen denkbar? Gesetzlich geregelt ist kein Hinweis auf eine nötige Mindestdauer des Näheverhältnisses.³⁹⁸ Man müsste von vornherein abwägen, ob bis zum letztmöglichen Zeitpunkt einer notwendigen Transplantation eine ausreichend lange Zeitspanne vorliegt, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sich die Paare anfreunden. Ein solches Vorgehen widerspricht der Intention des Gesetzgebers völlig.

Weiter besteht zum Teil die Sorge, dass es sich nur um eine sogenannte Zweckgemeinschaft mit dem Ziel des Organtausches handeln könnte, die den Übergang zum Organringtausch und weiter zur ausdrücklich nicht zulässigen Organspende unter Fremden bis hin zum Organhandel verwischen würde.³⁹⁹ Die mit dieser Schicksalsgemeinschaft verbundene Sorge vor fehlender Transparenz ist in der genannten Situation aber unbegründet. Wie bereits beschrieben, haben zumindest zwei des auf vier Personen beschränkten Organaustausches eine enge Verbindung zueinander. Die Gefahr, dass es zu einem Versprechen zusätzlicher Geldleistungen für die Organspende kommt, ist zwar grundsätzlich auch bei einer Überkreuzspende unter Ehepaaren nicht auszuschließen, jedoch auch nicht höher als bei anderen Formen der Lebendspende.⁴⁰⁰

Es ist hier der Empfehlung zu folgen, die eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG dahingehend fordert, diesen im Wege der Rechts-

³⁹⁸ *Seidenath*, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1, S. 2 TPG, MedR 1998, Heft 6, S. 253 (256).

³⁹⁹ BSG, 10.12.2003, B 9 VS 1/01 R.

⁴⁰⁰ BSGE 79, 53-57.

fortbildung zu begrenzen.⁴⁰¹ Demnach sollte die Spenderkreisbegrenzung dann nicht greifen, wenn der jeweilige Empfänger zum berechtigten Spenderkreis gehört und weiter keine medizinischen Bedenken gegen die Transplantation bestehen. In diesen Fällen sollte, wenn auch kein unmittelbares persönliches Näheverhältnis besteht, eine mittelbare Spende möglich sein.⁴⁰² Der Sinn des Gesetzes, nämlich dass ein Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger bestehen muss, bleibt dadurch im weiteren Sinne erhalten.

III. Lebendspenderegister

Dem Schweizer Modell folgend würde zudem die Einführung eines Lebendspenderegisters die erforderliche medizinische Nachbetreuung von Lebendspendern und Organempfängern sichern. Für eine langfristige Nachbetreuung von Spender und Empfänger müssten Informationen zu Gesundheitszustand, Operationsform und allen weiteren medizinisch relevanten Daten aufgenommen werden. Eine solche Erfassung der Daten würde ein rasches Handeln im Risikofall ermöglichen und zudem auch ein objektives Bewertungskriterium für interessierte Spender darstellen.

Die Einführung eines solchen Registers erscheint vor diesem Hintergrund als längst überfällig und wurde auch in den neuen Gesetzesentwurf zur Änderung des Transplantationsgesetzes aufgenommen.

IV. Gutachterliche Stellungnahme durch eine Kommission

Es erscheint weiterhin wichtig und zustimmungswürdig, die landesrechtlich zuständigen Kommissionen, die für eine gutachterliche Prüfung und Stellungnahme des Einzelfalls verantwortlich sind, weiterhin einzubeziehen. Dies entspricht dem bisherigen § 8 Abs. 3 S. 2 TPG und dient sinnvoll dem Schutz vor Organhandel.

V. Allgemein

Insgesamt ist festzustellen, dass Novellierungsbedarf an unterschiedlichster Stelle besteht. Zumindest besteht darüber auch Konsens, wie jüngst der Gesetzesentwurf der Bundesregierung demonstriert, der einige der angesprochenen Novellierungen beinhaltet.

⁴⁰¹ Beispielhaft: *Schroth*, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die juristische Perspektive, S. 141 (152).

⁴⁰² *Schroth*, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die juristische Perspektive, S. 141 (152).

B. Novellierungsvorschläge zum TPG

Unter Berücksichtigung der in den vorangegangenen Kapiteln dargestellten rechtlichen und rechtspolitischen Ergebnisse und der rechtsvergleichenden Erkenntnisse sowie aufgrund des medizinischen Fortschritts und damit verbundener neu aufgetretener Problematiken soll nun der Novellierungsbedarf des § 8 TPG anhand von konkreten Änderungsvorschlägen dargestellt werden.

I. Vorschlag zur Novellierung des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG

Wie oben unter Kapitel 3. A. I dargestellt, stellt die Subsidiaritätsklausel eine Form des harten Paternalismus dar. Die Tatsache, dass ein Mensch dazu gezwungen wird, das Organ eines verstorbenen Menschen anzunehmen und sich einpflanzen zu lassen, obwohl die Möglichkeit bestünde, das Organ eines Lebendspenders zu erhalten, stellt einen enormen Eingriff in das Recht auf Selbstbestimmung dar. Die Handlungsmöglichkeiten des Rechtsguthabers werden völlig eingeschränkt. Die Gesundheit des Empfängers wird durch die geringeren Heilungschancen, die die Transplantation eines postmortalen Organs mit sich bringt, deutlich gefährdet und dieser auf diese Weise in seinen Grundrechten verletzt. Das Selbstbestimmungsrecht ist als Ausdruck des herrschenden Staats- und Rechtsverständnisses höchst schützenswert und rechtfertigt in keiner Weise das Vorgehen des Gesetzgebers in Form der derzeit gesetzlich vorgeschriebenen Subsidiarität der Lebendorganspende.

Dass eine genaueste Prüfung und Abwägung der medizinischen Erfordernisse erfolgt, ist dadurch nicht in Frage gestellt. Erst wenn eine solche ärztliche Einschätzung der Organtransplantation positiv ist, kann sie auch erfolgen. Ist eine positive Diagnose jedoch erfolgt, ist nicht nachvollziehbar, weshalb auf postmortale Organe zurückgegriffen werden muss. Neben den ansonsten strengen Anforderungen an die Lebendorganspende vermag es der Subsidiaritätsgrundsatz nicht, vor Organhandel zu schützen. Insofern läuft seine gesetzliche Intention ins Leere. Vielmehr würde eine Aufhebung erneut der Verminderung der Organknappheit dienen und die Wartelistenzeiten beschleunigen.

Von der Subsidiaritätsklausel gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG sollte daher abgesehen und diese ersatzlos gestrichen werden.

II. Vorschlag zur Novellierung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Nach obiger Prüfung wird deutlich, dass § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mit der Begrenzung des Spenderkreises gegen mehrere verfassungsrechtliche Vorgaben verstößt. Die Begrenzung des Spenderkreises ist die wohl heikelste Regelung des § 8 TPG und bedarf einer gründlichen Abwägung aller verbundenen Interessen.

Nach den genannten Argumenten an vorhergehender Stelle sollte die Überkreuzlebenspende von der Restriktion ausgenommen werden, diese vielmehr wie in anderen Ländern ausdrücklich gestattet werden:

§ 8 Zulässigkeit der Organentnahme

(1) Die Entnahme von Organen einer lebenden Person ist nur zulässig, wenn (...)

Die Entnahme der Organe, die sich nicht wieder bilden können, ist darüber hinaus nur zulässig zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen. *Zulässig ist die Entnahme der benannten Organe auch dann, wenn eine Überkreuzspende erfolgen soll.*

III. Vorschlag zur Änderung des § 19 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Nach den Schlussfolgerungen aus den oben geprüften § 19 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist deutlich geworden, dass diese Vorschriften nicht mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip zu vereinbaren sind. Es wäre begrüßenswert, wenn die Restriktion des Spenderkreises dahin gehend gelockert wird, dass zumindest durch die Möglichkeit der Cross-over Spenden die Spendemöglichkeiten freier durchzuführen sind.

IV. Vorschlag einer zusätzlichen Gesetzesergänzung

Eine bislang nicht existierende Gesetzesregelung sollte in das TPG aufgenommen werden. Es erscheint insbesondere mit Blick auf die Regelungen im Schweizer Transplantationsgesetz als überfällig, eine Regelung zu schaffen, die eine (anonyme) freie altruistische Lebendorganspende ermöglicht. Es muss einem aufgeklärten und autonom handelnden Spender in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt und möglich sein, anonym ein Organ zu spenden. Die Schweizer Regelungen des Lebendspenderegisters erscheinen ebenso folgewürdig wie die Idee eines Organpools. Es gibt keine ausreichend überzeugenden Argumente, die gegen eine solche Regelung sprechen. Eine entsprechende Ergänzung zum Spenderegister wurde bereits in den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Transplantationsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 aufgenommen. Die Regelung zur Einführung eines Organpools i.S.d. Ringtausches müsste neu eingeführt werden.

Kapitel 6: Zusammenfassung und Ergebnis

Einer der wichtigsten Punkte der in der vorliegenden Arbeit vorgestellten Ansätze und Ergebnisse ist die Problematik der Organknappheit. Die Wartelisten für Organempfänger sind lang und oftmals müssen die Patienten jahrelang warten, um ein postmortales Organ zu erhalten. Die Organknappheit ist allerdings nicht eine tatsächliche, sondern zum größten Teil auch eine rechtlich-politisch verschuldete. Die Regelungen im deutschen Transplantationsgesetz lassen viele Formen der Lebendspende nicht zu, selbst wenn es potentielle Organspender gibt.

Die Arbeit legte einen ihrer Schwerpunkte auf den internationalen Vergleich der transplantationsrechtlichen Regelungen und zeigt auf, dass Novellierungsbedarf im deutschen Recht besteht. Andere europäische Länder wie beispielsweise die Schweiz haben mit einer liberaleren Spenderkreiszulassung vernünftiger erscheinende gesetzliche Regelungen erlassen.

Anders als das deutsche TPG enthält das Schweizer Modell eine zeitgemäßere Umsetzung des medizinischen Kenntnisstandes. Es zeichnet sich durch einen bewussten Verzicht auf eine strikte Begrenzung des Kreises potentieller Lebendorganspender aus. Sowohl die Überkreuz-Spende als auch die nicht-gerichtete, altruistische Spende eines Organs sind möglich. Hintergrund dieser Regelungen mag zum einen die Tatsache sein, dass die Schweiz relativ spät ein Transplantationsgesetz eingeführt hat und somit von den anderen europäischen Regelungen und den

damit einhergehenden Problematiken lernen konnte. Zum anderen waren es sicherlich die Erkenntnisse der wissenschaftlichen Fortschritte der letzten Jahre, die in die Gesetzesentwicklung mit eingeflossen sind.

Das britische Transplantationsgesetz lässt neben Poolspenden auch die altruistische Fremdspende sowie die Überkreuzspende zu. Auch in den Niederlanden ist eine Lebendorganspende ohne persönliche Verbundenheit mit dem Empfänger in Form von Poolspenden möglich.

Insgesamt lässt sich derzeit eine einheitliche europäische Tendenz dahingehend erkennen, von einer strikten Begrenzung des Spenderkreises abzukommen.

Im Vergleich zu den genannten europäischen Ländern sind nicht mehr alle deutschen Regelungen des Transplantationsgesetzes zeitgemäß. Zu einer entsprechenden Anpassung will die vorliegende Arbeit anregen. Wenigstens die Einführung eines Organpools (Ringtausch) und die Überarbeitung der Subsidiaritätsklausel müssten in nächster Zukunft eine Novellierung erfahren. Mit der deutlichen Begrenzung des Spenderkreises nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG wird auch die anonyme Lebendorganspende unmöglich, welche aber an sich nicht dem Sinn und Zweck des § 8 Abs. 1 TPG, nämlich dem Schutz vor Organhandel, vor einer Selbstschädigung und der Sicherung der Freiwilligkeit zu dienen, widersprechen muss. Insbesondere das Poolmodell würde der Organknappheit entgegenwirken. Die Wartelistenplätze für postmortale Spenden würden eher frei werden, wenn mehr Lebendspenden möglich wären. Das Poolmodell bietet zudem ein höheres Angebot an kompatiblen Organen. Auch sollte die Spenderkreisbegrenzung dann nicht greifen, wenn eine Überkreuzspende möglich wäre, also der jeweilige Empfänger zum berechtigten Spenderkreis gehört und weiter keine medizinischen Bedenken gegen die Transplantation bestehen. Auf diese Weise wäre, wenn auch kein unmittelbares persönliches Näheverhältnis besteht, eine mittelbare Spende möglich. Der Sinn des Gesetzes, nämlich dass ein Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger bestehen muss, bleibt dadurch im weiteren Sinne erhalten.

Der jüngst von der Bundesregierung erlassene Gesetzesentwurf enthält zumindest schon einige Novellierungen, lässt aber insgesamt noch viele Unklarheiten bestehen.

Die Lebendorganspende erfordert ein erhöhtes Maß an ethischer Verantwortung und medizinischer Expertise.

Nimmt man den oben genannten Eid des Hippokrates wörtlich, so wäre es jedem Arzt moralisch und auch rechtlich verboten, eine Organtransplantation unter Lebenden durchzuführen. Der Eid wird Medizinern bereits im ersten Semester, meist schon in der ersten Vorlesung vorgestellt und die Bedeutung einer solchen Ver-

pflichtung hervorgehoben. Längst hat der Schwur selbst seine Einhaltung einbüßen müssen und auch, wenn er allen Medizinern und allen Medizinstudenten bekannt ist, hat er seinen Grad an Wahrnehmung über die letzten Jahrzehnte verloren. Warum dies zwar einerseits bedenklich, andererseits auch nachvollziehbar ist, hat die vorliegende Arbeit unter anderem zu verdeutlichen versucht. Die Kluft zwischen medizinischem Wollen und Können auf der einen sowie juristisch geregeltem Dürfen und Sollen auf der anderen Seite, erscheint oft unüberbrückbar. Während der Mediziner stets bemüht ist nach bestem Wissen und Gewissen zu heilen und zu retten, was zu retten ist, ist es Aufgabe der Juristen, die Fälle, bei welchen die Versuche der Mediziner fehlschlagen, zu regeln oder diesen durch entsprechende Gesetzesregelungen vorzubeugen. Beide Seiten handeln im Sinne und zum Wohle der Menschen. Beide handeln in unterschiedlichster Weise und in dem sich oftmals widersprüchlich gegenüberstehendem Empfinden für Gerechtigkeit. Der Arzt bewertet schließlich anhand seiner Fähigkeiten, schätzt das mögliche Risiko eines Eingriffs individuell ein und trifft eine persönliche Entscheidung über das Schicksal des Patienten. An der Schnittstelle von Medizin und Recht beginnen dabei die Probleme. Der Mediziner muss sich heutzutage in vielfältiger Weise absichern, um nicht von einem Patienten nach einem fehlgeschlagenen Eingriff verklagt zu werden oder gar seine Approbation zu verlieren. Er handelt im Interesse und zum Wohl des Patienten und muss dennoch dessen Reaktion fürchten, sollte sein Versuch zu heilen misslingen.

Das TPG ist ein Schritt in die richtige Richtung, um für die Ärzte, die Patienten und die Juristen Sicherheit zu schaffen. Dass sich dieses Gesetz, wie im Übrigen fast alle Gesetze im Laufe der Jahre, immer wieder der Kritik von beiden Seiten entgegenzustellen hat und Erweiterungen erfährt, wird teils als Flexibilität der Gesetzgeber angesehen, teils ist es aber auch ein Merkmal der steten Unvollkommenheit. Letzteres ist völlig wertneutral zu betrachten und soll nur betonen, welchen Schwierigkeiten zu begegnen ist. Die Verbindung beider Disziplinen, der Medizin und der Jurisprudenz ist die einzig vernünftige Möglichkeit, die Brücke zu schlagen. Die Besonderheiten und die Bedürfnisse beider Fachbereiche können nur dann eindeutig und umfassend geregelt werden, wenn Konsens besteht.

Literaturverzeichnis

Assion, Marcus, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, Frankfurt am Main, 2007.

Baureitbel, Ulrike, Entnahme am lebenden Menschen, Der Freitag, 13.03.2011.

Birnbacher, Dieter, Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren, in: Johannes Hoff/ Jürgen in der Schmitt (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, Reinbek bei Hamburg, 1995.

Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, Band 20, N-P, 21. Auflage, Leipzig, Mannheim 2006.

Carstens, Thomas, Das Recht der Organtransplantation, in: Erwin Deutsch/ Adolf Laufs/ Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Recht und Medizin, Band 2, Frankfurt am Main 1978.

Carstens, Thomas, Organtransplantationen in Frankreich und der DDR – Ein Kodifikationsvergleich, ZRP 1978, S. 146-149.

Dietschi, Irène, Wann sind wir tot? Neue Erkenntnisse bringen alte Fragen neu aufs Tapet, in: NZZ am Sonntag, 31. Oktober 2010.

Dumoulin, Jean F., Organtransplantation in der Schweiz, Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, Bern 1998.

Dornblüth, Otto (Hrsg.), Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 262. Auflage, Berlin 2010.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Art. 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004.

Dreikorn, K., Geschichte und Entwicklung der klinischen Nierentransplantation in Deutschland aus urologischer Sicht, Der Urologe, Sonderheft 45/85, 2006, S. 151-159.

Duttge, Gunnar, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen - Einwilligung in Körperverletzung und „gute Sitten“, NJW 2005, 260-263.

- Eberbach, W. H.*, Die Verbesserung des Menschen, Medizinrecht, 2008, S. 325.
- Faller, Hermann/ Lang, Hermann*, Medizinische Psychologie und Soziologie, Berlin, Heidelberg 2010.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, München 2008.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Auflage, München 2010.
- Formara, Paola*, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die ärztliche Perspektive, in: C.-D. Middel/ W. Pühler/ H. Lilie/ K. Vilmar (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung, München 2010, S. 135-140.
- Gebring, Jakob/ Mattli, Josias*, „Überlebt Hippokrates?“, 1. Symposium Medizin und Ethik Davos 1998, unter: <http://www.medizin-ethik.ch/publik/hyppokrates.htm>.
- Gutmann, Thomas*, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 15, 1997, S. 147-155.
- Gutmann, Thomas*, Für eine prinzipielle Neuausrichtung des Transplantationsrechts, in: C.-D. Middel/ W. Pühler/ H. Lilie/ K. Vilmar (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung, München 2010, S. 17-37.
- Gutmann, Thomas*, Für ein neues Transplantationsgesetz, Berlin, Heidelberg, New York 2006.
- Gutmann, Thomas/ Schroth, Ulrich*, Rechtliche und ethische Aspekte der Lebendspende von Organen, in: Oduncu, Fuat S./ Schroth, Ulrich/ Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Transplantation. Organgewinnung und -allokation, Göttingen 2003.
- Gutmann, Thomas/ Schroth, Ulrich*, Organlebendspende in Europa, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin 2001.
- Höfling, Wolfram (Hrsg.)*, Transplantationsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, Berlin 2003.
- Haase-Kromwik, B.*, Internationale Gesichtspunkte der Organisation von Organtransplantationen, in: Das Krankenhaus auf dem Wege nach Europa, 16. Hospital

Congress – Deutscher Krankenhaustag – und Interhospital 91, Hrsg.: Gesellschaft Deutscher Krankenhaustag mbH (GDK), Düsseldorf 1991.

Hofer, Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Univ. Diss., Berlin 2006.

Höfling, Wolfram/ Rixen, Stefan, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin. Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion, Tübingen 1996.

Höfling, Wolfgang/ Esser, Dirk (Hrsg.), Kommentar zum Transplantationsgesetz, 1. Auflage, Berlin 2003.

Höfling, Wolfgang, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex –Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: MedR Schriftenreihe Medizinrecht, 2009, Die Verbesserung des Menschen, S. 119-127.

Holzniekenkemper, Thomas, Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religionen, Univ. Diss., Münster 2005.

Hutterer-Krisch, Renate, Grundriss der Psychotherapieethik: Praxisrelevanz, Behandlungsfehler und Wirksamkeit, 1. Auflage, Wien 2007.

Joost, Nine, Schönheitsoperationen – die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte „wunscherfüllende“ Eingriffe, in: Roxin, Claus/, Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010, S. 383-443

Kaban, B.D.,m Pien Chiao, The legendary exchange of hearts, traditional chinese medicine, and the modern era of Cyclosporine, in: Transplant Proc. 20-2, Suppl. 2 (1988).

Kekulé, Alexander S., Wann ist ein Mensch wirklich tot? Der Mangel an Spenderorganen in Deutschland ist nicht nur ein organisatorisches oder juristisches Problem. Er zeugt auch von Misstrauen, Der Tagesspiegel, 28.09.2010.

Köck, Heribert/ Fischer, Peter, Das Recht der Internationalen Organisationen, 3. Auflage, Wien 1997.

König, Peter, Strafbarer Organhandel, Frankfurt am Main 1999.

Kolb, Hans-Jochen, Transplantation von Knochenmark und Blutstammzellen, in: Oduncu, Fuat/ Schroth, Ulrich/ Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Transplantation, Organengewinnung und -allokation, Göttingen 2003, S. 232-243.

Korff, Wilhelm/ Beck, Lutwin/ Mikat, Paul (Hrsg.), Lexikon der Bioethik, 3 Bände, Gütersloh 2000.

Krukemeyer, Manfred Georg/ Lison, Arno E. (Hrsg.), Transplantationsmedizin – Ein Leitfaden für den Praktiker, Berlin, New York 2006.

Lackner, Karl/ Kübl, Kristian, Strafgesetzbuch (StGB), Kommentar, 27. Auflage München 2011.

Land, Walter, Transplantationschirurgie, in: Gschnitzer, Fritz u.a. (Hrsg.), Chirurgische Operationslehre, Band 12, 2. Auflage, München 1996.

Landsteiner, Karl, Über Agglutinationserscheinungen normalen menschlichen Blutes, in: Klinische Wochenschrift 14, Wien 1901, S. 1132-1134.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/ Rissing-van Saan, Ruth/ Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage, Berlin 2006.

Laufs, Adolf/ Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker, Arztrecht, 6. Auflage, München 2009.

Laufs, Adolf/ Kern, Bernd-Rüdiger (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010.

Lenz, Carl Otto/ Borchardt, Klaus-Dieter, EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag der Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Auflage, Köln 2003.

Liefeld, Lutz/ Budde, K., Lebendspende 2011: Möglichkeiten und Grenzen, in: NEPHRO NEWS, Ausgabe 1/11.

Maurer, Hartmut, Die medizinische Organtransplantation in verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1980, S. 7-15.

Middel, Claus-Dieter/ Pühler, Wiebke K., Einführung, in: C.-D. Middel / W. Pühler / H. Lilie Vilmar (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts. Bestandsaufnahme und Bewertung, München 2010, S. 3-6.

Monnier, Marcel/ Weber, Theodor, Das Transplantationsgesetz vom 08. Oktober 2004, Therapeutische Umschau, Band 62, Heft 7, 2005, S. 433-435.

Naica-Loebell, Andrea, Der Handel mit menschlichen Ersatzteilen – Organhandel ist eine Realität. Was kann man dagegen tun?, TELEPOLIS 26.06.2004 <http://www.heise.de/tp/artikel/17/17597/1.html>.

Nagel, Eckhard, Anmerkungen zur Bemühungen der gesetzgebenden Instanzen um ein Transplantationsgesetz, Ethik in der Medizin, 1993, S. 203-205.

Nickel, Lars Christoph, Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation nach dem Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 unter Berücksichtigung der nationalen Regelungen der anderen europäischen Staaten, Univ. Diss., Bonn 1999.

Nickel, Lars Christoph/ Schmidt-Preisgke, Angelika/ Sengler, Helmut, Transplantationsgesetz, Kommentar, Stuttgart, Berlin, Köln 2001.

Norba, Daniela, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, Schriften zum Gesundheitsrecht, Band 15, Berlin 2009.

Nuland, Scherwin B., Im Dienste des Hippokrates. Der Fortschritt in der Medizin, München 1994.

Pannebecker, Arnd, Zum Einfluss des europäischen Rechts auf das TPG: Rechtliche Grundlagen und Grenzen einer europäischen „Organrichtlinie“, in: Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, C.-D. Middel/ W. Pühler/ H. Lilie/ K. Vilmar (Hrsg.), München 2010, S. 215-226

Parzeller, Markus/ Bratzke, Hansjürgen, Rechtsverhältnisse am menschlichen Körper unter besonderer Berücksichtigung einer Kommerzialisierung der Organ- und Gewebetransplantation, Rechtsmedizin, 2003, S. 357-364.

Peck, Joachim, Die Weltgesundheitsorganisation, Reihe: Die Vereinten Nationen und ihre Spezialorganisationen, Dokumente Band 7, Berlin 1978.

Pfeiffer, Alexandra, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2004.

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, Heidelberg 2008.

Pöltner, Günther, Grundkurs Medizin-Ethik, Wien 2002.

Psyhyrembel, Willibald, Klinisches Wörterbuch, 260. Auflage, Berlin 2004.

Riedel, Ulrike, Besteht ein gesetzlicher Änderungsbedarf bezüglich Überkreuz- und anonymer Lebendspende?, Vortrag auf dem Symposium der „Ethik der Lebendorganspende“ in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz am 11.09.2004.

Roxin, Claus/ Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2010.

Rugemer, Christine, Der menschliche Körper als Ersatzteillager, in: Magazin des Europäischen Forschungsraums, Heft 62, Februar 2010, S. 8-9.

Sasse, Ralf, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, Frankfurt am Main 1996.

Scheld, Hans H./ Deng, Mario C./ Hammel, Dieter/ Schmidt, Christof, Leitfaden Herztransplantation, Darmstadt 2001.

Schlich, Theodor, Die Erfindung der Organtransplantation. Erfolg und Scheitern des chirurgischen Organersatzes, 1880-1930, Frankfurt am Main 1998.

Schmidt, Doris/ Zimmer, Michael (Hrsg.), Chirurgie, München 2005.

Schneewind, Klaus A., Psychologische Aspekte der Lebendnierenspende, in: Zeitschrift für Transplantationsmedizin, 1993, S. 89-96.

Schoeller, Barbara, Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Organspende vom lebenden Spender, Frankfurt am Main 1994.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010.

Schroth, Ulrich, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, in: Schroth, Ulrich/ Schneewind, Klaus A./ Gutmann, Thomas/ Fateh-Moghadam, Bijan, Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Göttingen 2006, S. 79-118.

Schumpelick, Volker/ Bleese, Niels/ Mommsen, Ulrich (Hrsg.), Kurzlehrbuch Chirurgie, 7. Auflage, Stuttgart 2006.

Schreiber, Hans-Ludwig, Wann darf ein Organ entnommen werden? Recht und Ethik der Transplantation, in: Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag

am 28. Mai 1995, Deutsch, Erwin/ Klingmüller, Ernst/ Kullmann, Hans Josef (Hrsg.), S. 451-463.

Schreiber, Hans-Ludwig, Die Notwendigkeit einer Ausweitung der Zulässigkeit von Lebendspenden, in: Anreize zur Organspende, Graue Reihe, Nr. 36, 2006, S. 93-98.

Schreiber, Hans-Ludwig, Für ein Transplantationsgesetz, in: Organtransplantation – Beiträge zu ethischen und juristischen Fragen, in: von Richard Toellner/ Elmar Doppelfeld (Hrsg.), Stuttgart, New York 1991, S. 97-103.

Schreiber, Hans-Ludwig, Rechtliche Fragen der Organtransplantation – auch der Lebendspende, in: Gesellschaft Gesundheit und Forschung e.V. (Hrsg.), Ethik und Organtransplantation, 1989, S. 39.

Schreiber, Hans Ludwig, Vorüberlegungen für ein künftiges Transplantationsgesetz, in: Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Kohlmann, Günter (Hrsg.), Band 2, Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, Köln 1983, S. 341-358.

Schreiber, Markus, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2004.

Schroth, Ulrich, Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende, in: Roxin, Claus/ Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010, S. 466-500

Schroth, Ulrich, Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes. Ein internationales Problem und seine deutsche Lösung, in: Oduncu, Fuat/ Schroth, Ulrich/ Vossenkühl, Wilhelm (Hrsg.), Transplantation, Organgewinnung und -allokation, Göttingen 2003, S. 166–188.

Schroth, Ulrich, Anmerkungen zum BSG-Urteil vom 10.12.2003, in: JZ 2004, S. 469-472.

Schroth, Ulrich, Lebendspende, insbesondere Cross-over – die juristische Perspektive, in: C.-D. Middel/ W. Pühler/ H. Lilie/ K. Vilmar (Hrsg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, München 2010, S. 141-156.

Schroth, Ulrich/ König, Peter/ Gutmann, Thomas/ Oduncu, Fuat, Transplantationsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, München 2005.

Seidenath, Bernhard, Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, S. 253-256.

Siegmund-Schultze, Nicola, Anlass zu Zweifeln: Wie sicher ist die derzeitige Diagnostik des Hirntodes?, Ärztezeitung, 24.06.2010.

Siegmund-Schultze, Nicola, Neue Wege aus dem Organmangel – in der BRD nur nach Gesetzesänderungen, Ärztezeitung, 09.12.2010.

Springer Lexikon der Medizin, 1. Auflage, Berlin 2004.

Stoecker, Philipp, Der Vorsatz des Versicherungsnehmers bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles im Sinne des § 103 VVG, Univ. Diss., Göttingen 2011.

Wagner, Elke/ Fateh-Moghadam, Bijan, Freiwilligkeit als Verfahren, Zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht, Soziale Welt 56, 2005, S. 73-98.

Wagner, E., Geschichtlicher Abriss der Organtransplantation, in: Pichelmayer, Rudolf (Hrsg.), Transplantationschirurgie, Berlin u.a. 1985.

Wilmanns, Juliane C./ Schmitt, Günther, Die Medizin und ihre Sprache: Lehrbuch und Atlas der Medizinischen Terminologie nach Organsystemen, 1. Auflage, Landsberg 2002.

Weigend, Norbert/ Zerkowski, Hans-Reinhard, Die Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin. Eine Chronik, Essener Unikate, S. 92-113.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage, Heidelberg 2010.

Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 35. Auflage, Heidelberg 2011.

Zeidler, Frank, Der Austritt und Ausschluss von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990.

Zillgens, Barbara, Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende, Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda, Univ. Diss., Frankfurt am Main 2004.

Alle verwendeten Abkürzungen entstammen folgendem Abkürzungsverzeichnis:

Kirchner, Hildebert/ Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003.

Der stetige Fortschritt medizinischer und medizintechnischer Entwicklung führt zu immer neuen Möglichkeiten der Organtransplantation. Die gesetzlichen Vorschriften zur Lebendorganspende im deutschen Recht werden in der vorliegenden Arbeit mit denen anderer europäischer Länder verglichen. Dies beinhaltet neben einer rechtsvergleichenden Übersicht zur Lebendorganspende in Europa außerdem auch einen Überblick über die Bioethikkonventionen des Europarats, die Regelungen der WHO sowie die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe. In diesem Zusammenhang werden auch die jüngst im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Transplantationsgesetz vorgenommenen Änderungen diskutiert. Nach Würdigung der Ergebnisse einer verfassungsrechtlichen und rechtsvergleichenden Prüfung wird Bedarf einer Novellierung gesehen, für deren Umsetzung Regelungsvorschläge aufgezeigt werden.

