

Gudrun Koch

**Persönlichkeitsrechtsschutz bei
der postmortalen Organentnahme
zu Transplantationszwecken
in Deutschland und Frankreich**



Herbert Utz Verlag · München

Münchner Juristische Beiträge

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner

Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

Band 50

Zugl.: Diss., München, Univ., 2004

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der
Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem
oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Daten-
verarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugs-
weiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2004

ISBN 3-8316-0438-X

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	21
I.	Grundlagen der Transplantationsmedizin	21
II.	Die Transplantationsmedizin als Gegenstand der Gesetzgebung in Deutschland	24
III.	Die Transplantationsmedizin als Gegenstand der Gesetzgebung in Frankreich	28
IV.	Ziel und Zweck der Untersuchung	33
V.	Gang der Untersuchung	34
B.	Grundlagen des Persönlichkeitsrechtsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Selbstbestimmung über die körperliche Integrität nach dem Tod	35
I.	Problemstellung	35
II.	Persönlichkeitsrechtsschutz in Deutschland	36
1.	Entwicklung und Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht	36
2.	Schutz der Selbstbestimmungsbefugnis über den Körper	42
3.	Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Verfassungsrecht	47
4.	Postmortaler Persönlichkeitsrechtsschutz	50
5.	Postmortaler Schutz der Selbstbestimmung über den Körper	53
III.	Persönlichkeitsrechtsschutz in Frankreich	55
1.	Entwicklung des Persönlichkeitsrechtsschutzes im Zivilrecht	55
2.	Schutz der Selbstbestimmungsschutz über den Körper	59
a)	Recht auf Achtung des Körpers	61
b)	Recht auf Achtung der Unantastbarkeit des Körpers	61

c)	Recht auf Achtung der Unveräußerlichkeit des Körpers	64
3.	Besondere Regelungen zum Selbstbestimmungsschutz bei postmortalen Organentnahmen	65
4.	Verfassungsrechtlicher Rahmen für den Persönlichkeitsrechtsschutz	67
5.	Anerkennung eines postmortalen Persönlichkeitsrechtsschutzes	70
6.	Postmortaler Schutz der Selbstbestimmung über den Körper	71
IV.	Zusammenfassung	74
C.	Der für die postmortale Organentnahme maßgebliche Entnahmezeitpunkt	79
I.	Einführung	79
II.	Der Tod als medizinische Diagnose	81
1.	Verschiedene Stufen des Todes	81
2.	Feststellbarkeit des Hirntodes	83
III.	Der Hirntod als Gegenstand medizinischer Forschung und Stellungnahmen	86
IV.	Der Hirntod als Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland	93
1.	Der unproblematische Todesbegriff	93
2.	Übernahme der Hirntodkonzeption in die Strafrechtswissenschaft	94
3.	Akzeptanz der Hirntodkonzeption in der Grundrechtslehre	97
4.	Die durchgreifende Problematisierung der Hirntod- konzeption durch den „Erlanger-Baby-Fall“	101
5.	Die Kritik an der Hirntodkonzeption in biologisch- anthropologischer Hinsicht	103
a)	Möglichkeit der Schwangerschaft einer Hirntoten	103
b)	Schmerzempfindung eines Hirntoten	105

c)	Spinale Reflexautomatismen eines Hirntoten	106
d)	Verbleibende Zellaktivitäten im Körper eines Hirntoten	107
e)	Unanschaulichkeit des Hirntodes	108
f)	Reduktion der menschlichen Ganzheitlichkeit	109
g)	Mangelnde Validität der Hirntoddiagnostik	111
h)	Zwischenergebnis	111
6.	Die Kritik an der Hirntodkonzeption in verfassungsrechtlicher Hinsicht	112
a)	Reduktion des Charakteristikums des Menschen auf seine geistigen Fähigkeiten	112
b)	Verfassungsrechtliche Gleichbehandlung des Hirntoten mit dem Embryo	115
c)	Gefahr schleichender Auszehrung des Lebensschutzes	118
d)	Zwischenergebnis	123
7.	Die rechtliche Qualifikation des Hirntodes im TPG	124
V.	Der Hirntod als Gegenstand der Normsetzung in Frankreich	128
1.	Die klassische Todesfeststellung	129
2.	Erstmalige Festlegung medizinischer Testverfahren zur Todesfeststellung	129
3.	Die Todesfeststellung im Bereich der Transplantationsmedizin	132
4.	Inhalt der Regelungen zur Todesfeststellung im Code de la Santé publique	136
5.	Bewertung der im Code de la Santé publique niedergelegten Regelungen zur Todesfeststellung	138
VI.	Zusammenfassung	141

D.	Lebzeitige Entscheidung des potentiellen Spenders über die postmortale Organentnahme	145
I.	Das Einwilligungserfordernis als Voraussetzung für eine postmortale Organentnahme	145
II.	Wirksamkeitsvoraussetzungen nach deutschem Recht für eine zu Lebzeiten des möglichen Spenders erklärten Entscheidung bezüglich einer postmortalen Organentnahme	146
1.	Rechtsnatur der Erklärung zur postmortalen Organentnahme	146
a)	Rechtsgeschäftliche Willenserklärung	147
b)	Realakt	147
c)	Geschäftsähnliche Handlung	148
2.	Analyse der gesetzlich festgelegten Altersgrenzen für eine lebzeitige Entscheidung über die postmortale Organspendebereitschaft	150
a)	Erforderlichkeit fester Altersgrenzen für die Spendeerklärung	150
b)	Sonderfall der rechtlichen Beachtlichkeit einer vor Erreichen der gesetzlich bestimmten Altersgrenzen abgegebenen Spendeerklärung eines Minderjährigen	153
c)	Angemessenheit unterschiedlicher Altersgrenzen für Einwilligung und Widerspruch	153
d)	Sachgerechte einheitliche Altersgrenze für Einwilligung und Widerspruch	154
3.	Stellvertretende Spendeentscheidung bei einem einwilligungsunfähigen Minderjährigen zu dessen Lebenszeit	157
4.	Spendeentscheidung bei einem volljährigen Betreuten zu dessen Lebenszeit	159
5.	Inhalt der lebzeitigen Entscheidung über die postmortale Organentnahme	167
a)	Beschränkbarkeit der Spendeerklärung auf die postmortale Entnahme bestimmter Organe	167
b)	Beschränkbarkeit der Spendeerklärung auf die postmortale Organentnahme für bestimmte Empfänger	168

c)	Verknüpfung der Erklärung zur postmortalen Organentnahme mit der Bedingung einer finanziellen Zuwendung an die Hinterbliebenen	173
6.	Form der Spendeerklärung	178
a)	Abgabe einer schriftlichen Erklärung zur postmortalen Organspende	179
aa)	Erklärung zur postmortalen Organspende in einem Organspendeausweis	180
bb)	Hinterlegung der Spendeerklärung im Organspenderegister	181
cc)	Erklärung zur postmortalen Organspende in Krankenhausaufnahmebedingungen	183
b)	Mündliche Erklärung zur postmortalen Organspende	185
aa)	Berücksichtigung der Mitteilung des nächsten Angehörigen über eine mündliche Erklärung des potenziellen Spenders zur postmortalen Organspende	185
(1)	Begriff des „nächsten Angehörigen“ im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 TPG	186
(2)	Begriff der „in besonderer Verbundenheit nahestehenden Person“ im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 6 TPG	187
(3)	Ausschlusswirkung des § 4 Abs. 1 Satz 1 TPG in bezug auf den mündlich kundgetanen Willen des möglichen Spenders zur postmortalen Organspende	189
bb)	Widersprüchliche Auskünfte mehrerer befragter nächster Angehörigen zu einer mündlich abgegebenen Spendeerklärung des Verstorbenen	192
cc)	Auskunftsverweigerung der befragten nächsten Angehörigen über eine ihnen bekannte mündliche Spendeerklärung des Verstorbenen	193

	dd)	Berücksichtigung der eigenen unmittelbaren Kenntnis des Arztes über eine mündliche Erklärung des potenziellen Spenders zur postmortalen Organspende	194
	7.	Widerruflichkeit der Erklärung zur postmortalen Organspende	195
III.		Wirksamkeitsvoraussetzungen nach französischem Recht für eine zu Lebzeiten des möglichen Spenders erklärte Entscheidung bezüglich einer postmortalen Organentnahme	199
	1.	Rechtshistorischer Hintergrund des Prinzips der vermuteten Einwilligung	199
	2.	Rechtsnatur der Erklärung zur postmortalen Organentnahme	207
	3.	Analyse der gesetzlich festgelegten Altersgrenzen für einen lebzeitigen Widerspruch bezüglich einer postmortalen Organentnahme zu Transplantationszwecken	209
	a)	Erforderlichkeit fester Altersgrenzen für die Spendeerklärung	211
	b)	Angemessenheit der gewählten Altersgrenzen für die Spendeerklärung	212
	c)	Sonderfall der rechtlichen Beachtlichkeit der Spendeerklärung eines mineur emancipé	214
	4.	Stellvertretende Spendeerklärung für einen Minderjährigen	216
	5.	Stellvertretende Spendeerklärung für einen unter gesetzlichen Schutz gestellten Volljährigen	217
	6.	Inhalt der Spendeerklärung	220
	a)	Beschränkung der Spendeerklärung auf die Entnahme bestimmter einzelner Organe	220
	b)	Beschränkbarkeit der Spendeerklärung auf die postmortale Organentnahme für bestimmte Empfänger	222
	c)	Spendeerklärung mit Geldzuwendungsbedingung	225
	7.	Form der Spendeerklärung	228
	a)	Eintragung eines Widerspruchs in das nationale Widerspruchsregister	228

b)	Widerspruch in sonstiger schriftlicher Form	230
c)	Sonderfall des Schriftformzwangs bei der Einwilligung gemäß Art. L. 1232-2 Code de la Santé publique	233
d)	Mündlicher Widerspruch	233
aa)	Berücksichtigung der Mitteilung der nächsten Angehörigen über eine mündliche Erklärung des potenziellen Spenders zur postmortalen Organspende	234
(1)	Begriff der „Familie“ im Sinne des Art. L. 1232-1 Abs. 3 Code de la Santé publique	234
(2)	Keine Exklusivität der Auskunftse- inholung bei den nächsten Angehö- rigen über den lebzeitigen Willen des Verstorbenen in bezug auf die post- mortale Organspende	236
bb)	Widersprüchliche Auskünfte der nächsten Angehörigen zur mündlichen Spende- erklärung des Verstorbenen	238
cc)	Auskunftsverweigerung der nächsten Ange- hörigen über eine ihnen bekannte mündliche Spendeerklärung des Verstorbenen	238
dd)	Berücksichtigung der unmittelbaren Kenntnis des Arztes über eine mündliche Erklärung des potenziellen Spenders zur postmortalen Organspende	239
8.	Widerruflichkeit der Spendeerklärung	239
IV.	Zusammenfassung	241
E.	Eigene Entscheidungsbefugnisse der nächsten Angehörigen bei der Organentnahme vom hirntoten Patienten	248
I.	Vorbemerkung	248
II.	Voraussetzungen für die Entscheidungsbefugnisse der nächsten Angehörigen über die Organentnahme beim hirntoten Patienten nach deutschem Recht	250

1.	Persönliche Anforderungen an den entscheidungsbefugten nächsten Angehörigen	250
2.	Entscheidungsbefugnisse sonstiger Dritter über die postmortale Organentnahme bei dem hirntoten Patienten	253
3.	Ausbleiben einer Entscheidung der nächsten Angehörigen über die postmortale Organentnahme	254
4.	Eigenmächtige Weiterübertragung der Entscheidungsbefugnis	255
5.	Widersprüchliche Ausübung der Entscheidungsbefugnis durch mehrere nächste Angehörige	256
6.	Verwirkung der Entscheidungsbefugnis	256
7.	Inhalt der Entscheidung des nächsten Angehörigen über die postmortale Organentnahme bei dem hirntoten Patienten	258
8.	Form der Entscheidung des nächsten Angehörigen	261
9.	Widerruflichkeit der durch den nächsten Angehörigen getroffenen Entscheidung	261
III.	Zusammenfassung	262
F.	Entscheidung über die postmortale Organentnahme durch eine hierzu Vom möglichen Spender zu Lebzeiten eingesetzte Vertrauensperson	264
I.	Vorbemerkung	264
II.	Voraussetzungen für die wirksame Übertragung der Entscheidungsbefugnis und ihre Ausübung nach deutschem Recht	265
1.	Persönliche Anforderungen an den Übertragenden	265
2.	Persönliche Anforderungen an die benannte Vertrauensperson	266
a)	Erfordernis der Volljährigkeit	266
b)	Erfordernis des persönlichen Kontaktes mit dem möglichen Spender in den letzten zwei Jahren vor seinem Tod	267
3.	Benennung mehrerer Vertrauenspersonen	268

4.	Ausbleiben einer Entscheidung der benannten Vertrauensperson	270
5.	Weiterübertragung der Entscheidungsbefugnis durch die benannte Vertrauensperson auf einen Dritten	271
6.	Verwirkung der Entscheidungsbefugnis durch die benannte Vertrauensperson	271
7.	Inhalt der Übertragung der Entscheidung über die postmortale Organentnahme	272
8.	Inhaltliche Entscheidungsfreiheit der Vertrauensperson in bezug auf die von ihr abzugebende Spendeerklärung	273
9.	Form der Übertragung der Entscheidungsbefugnis	273
10.	Form für die Ausübung der Entscheidungsbefugnis	274
11.	Widerruflichkeit der Übertragung der Entscheidungsbefugnis	274
12.	Widerruflichkeit der Ausübung der Entscheidungsbefugnis	275
13.	Entscheidung über die Organentnahme als Gegenstand einer umfassenden Vorsorgevollmacht	275
III.	Zusammenfassung	278
G.	Sanktionsmöglichkeiten bei unbefugten postmortalen Organentnahmen	280
I.	Notwendigkeit der Sanktionierung	280
II.	Strafbarkeit eines Verstoßes gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Organentnahme vom toten Spender nach deutschem Recht	281
1.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach § 19 Abs. 1 TPG	281
a)	Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder § 3 Abs. 2 Nr. 1 TPG	282
b)	Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 2 TPG	284

c)	Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG oder § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG	286
d)	Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 3 TPG	289
e)	Rechtfertigung einer Tat gemäß § 19 Abs. 1 TPG auf der Grundlage des § 34 StGB	290
aa)	Notstandsfähiges Rechtsgut	292
bb)	Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr	292
cc)	Ausschluss der anderweitigen Abwendbarkeit der gegenwärtigen Gefahr	295
dd)	Gesamtabwägung der betroffenen Rechtsgüter	296
f)	Rechtfertigung einer Tat gemäß § 19 Abs. 1 TPG auf der Grundlage von Sozialadäquanz	299
g)	Entschuldigung einer Tat gemäß § 19 Abs. 1 TPG gemäß § 35 Satz 1 StGB	300
h)	Versuchsstrafbarkeit	301
i)	Konkurrenzen	301
2.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach § 168 Abs. 1 StGB	302
a)	Objektiver Tatbestand	302
b)	Subjektiver Tatbestand	305
c)	Rechtswidrigkeit und Schuld	305
d)	Konkurrenz zu § 19 Abs. 1 TPG	306
3.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach § 303 StGB	306
a)	Sachqualität des Leichnams	306
b)	Fremdheit des Leichnams	307

4.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach §§ 242, 246 StGB	310
5.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach § 185 StGB	310
6.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach § 189 StGB	311
III.	Strafbarkeit eines Verstoßes gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Organentnahme vom toten Spender nach französischem Recht	312
1.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach Art. 225-17 Abs. 1 Code pénal	313
a)	Objektiver und subjektiver Tatbestand des Art. 225-17 Abs. 1 Code pénal	316
b)	Rechtfertigung einer Tat gemäß Art. 225-17 Abs. 1 Code pénal auf der Grundlage von Art. 122-7 Code pénal	316
aa)	Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr	317
bb)	Erforderlichkeit der rechtsgutsverletzenden Handlung	317
cc)	Angemessenheit des rechtsgutsverletzenden Handlung	318
2.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach Art. 322-1 Code pénal	320
3.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach Art. 311-1 Code pénal	321
4.	Strafbarkeit der unbefugten postmortalen Organentnahme nach Art. R. 621-2 Code pénal	321
IV.	Zivilrechtliche Ansprüche der Angehörigen des Verstorbenen bei einem Verstoß gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Organentnahme vom toten Spender nach deutschem Recht	322
1.	Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB	322
a)	Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen	322

aa)	Anerkennung der Existenz eines allgemeinen postmortalen Persönlichkeitsrechts	322
bb)	Dogmatische Qualifikation des allgemeinen postmortalen Persönlichkeitsrechts	325
b)	Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Angehörigen des Verstorbenen	330
aa)	Verletzung des Ansehens der Angehörigen durch Verunglimpfung des Verstorbenen	331
bb)	Verletzung des Pietätsgefühls der Angehörigen	331
cc)	Verletzung des Andenkens der Angehörigen an den Verstorbenen	333
dd)	Verletzung des den Angehörigen obliegenden Totensorgerechts	333
c)	Rechtswidrige und schuldhafte Verletzungshandlung	334
d)	Schadenseintritt	335
2.	Schmerzensgeldanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG	337
3.	Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 3, 4 TPG	341
a)	Vorliegen eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB	341
b)	Rechtswidrige und schuldhafte Verletzung des Schutzgesetzes	342
c)	Schadenseintritt	343
4.	Bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB	344
5.	Vorbeugender Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 analog in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB	346

V.	Zivilrechtliche Ansprüche der Angehörigen des Verstorbenen bei einem Verstoß gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Organentnahme vom toten Spender nach französischem Recht	347
1.	Schadensersatzanspruch gemäß Art. 1382 Code civil	347
a)	Vorliegen einer „faute“	347
b)	Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens bei den nächsten Angehörigen des Verstorbenen	349
2.	Bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch in bezug auf die dem Verstorbenen rechtswidrig entnommenen Organe	352
3.	Vorbeugender Unterlassungsanspruch	354
VI.	Zusammenfassung	356
H.	Abschließender Rechtsvergleich	363
J.	Anlagen	373
I.	Das deutsche Transplantationsgesetz	375
II.	Zusammenstellung der wichtigsten in der Ausarbeitung zitierten Vorschriften des aktuellen französischen Rechts	395
1.	Constitution française	395
2.	Code de la Santé publique	396
3.	Code de Déontologie médicale	404
4.	Code civil	405
5.	Code pénal	419
III.	Literaturverzeichnis	423
IV.	Abkürzungsverzeichnis	449

A. Einleitung

I. Grundlagen der Transplantationsmedizin

Die Übertragung von Organen und Geweben gehört heute zum Standard medizinischer Versorgung. Sie dient in erster Linie der Lebenserhaltung bzw. -verlängerung, indem irreparabel ausgefallene Funktionen lebenswichtiger Organe oder Gewebe durch entsprechende Spendeorgane ersetzt werden. Wenn das Leben eines Kranken aufgrund alternativer Behandlungsmethoden nicht akut bedroht ist, soll durch die Organübertragung eine Verbesserung der Lebensqualität erreicht und Leiden, insbesondere die infolge eines jederzeit möglichen Organversagens eintretenden Komplikationen, vermindert werden.

Die Entwicklung der modernen Organ- und Gewebetransplantation von Menschen zu Mensch (sogenannte allogene Transplantation) begann mit der ersten erfolgreichen Übertragung der Cornea (Augenhornhaut) durch *E. Zirn* im Jahre 1905. Durch eine Corneaverpflanzung konnte erblindeten Menschen das Augenlicht zurückgegeben werden. Heute ist die Corneaverpflanzung eine gängige Therapieform, durch die das Sehvermögen des Empfängers oft jahrzehntlang erhalten bleiben kann.

Der entscheidende Fortschritt bei der allogenen Transplantation durchbluteter Organe gelang mit der ersten erfolgreichen Übertragung einer Niere zwischen zwei eineiigen Zwillingen am 22.12.1954 durch *J. E. Murray* in Boston. Dies war der Durchbruch in der modernen Transplantationstechnik. Es folgten die ersten Lebertransplantationen zu Beginn des Jahres 1967 durch *T. E. Starzl* sowie die erste erfolgreiche Herztransplantation durch *Christiaan Barnard* am 02.12.1967 in Kapstadt. Kurze Zeit später wurden auch die ersten Transplantationen der Lunge und der Bauchspeicheldrüse durchgeführt.

Der Erfolg einer Organtransplantation hängt vom Grad der Abstoßungsreaktion des Körpers des Empfängers gegen das transplantierte Organ ab. Nach dem klinischen Verlauf unterscheidet man die hyperakute Abstoßung bis zu drei Tagen nach der Transplantation, die akute Abstoßung einen bis drei Monate nach der Transplantation und die chronische Abstoßung, die zu jedem späteren Zeitpunkt auftreten kann. Die kontinuierliche Fortentwicklung immunsuppressiver Substanzen hat eine Eindämmung dieser Reaktionen ermöglicht. Die Funktionsdauer der übertragenen Organe hat sich daher in den letzten 25 Jahren laufend verbessert. Nach heutigem Kenntnisstand funktionieren nach einem Jahr noch über 90% der transplantierten Nieren, nach fünf Jahren 60 bis 70% und nach zehn Jahren 50 bis 60%.¹ Bei Herz- und Lebertransplantationen schwankt die Erfolgsquote im ersten Jahr zwischen 70 und 90%, und nach fünf Jahren zwischen 60 und 80%.²

In Deutschland entwickelten sich in den siebziger Jahren die Nierentransplantation und in den achtziger Jahren die Herz- und Lebertransplantation zu anerkannten Behandlungsmethoden. Die Übertragung der Lunge und der Bauchspeicheldrüse gewann in den neunziger Jahren eine zunehmende Bedeutung. Insgesamt wurden bis Ende des Jahres 1999 in Deutschland 6.479 Herzen, 1.022 Lungen, 7.358 Leber, 40.714 Nieren und 1.252 Bauchspeicheldrüsen transplantiert.³

¹ Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, Kommentar, Einführung, Rn. 4.

² Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, Kommentar, Einführung, Rn. 4.

³ Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, Kommentar, Einführung, Rn. 1.

Mit dem rasant wachsenden Erfolg der Transplantationsmedizin ist der Bedarf an transplantablen Organen in Deutschland stetig gestiegen. Angesichts der besseren Beherrschung der Abstoßungsreaktionen des Empfängerkörpers gegen das Transplantat kommen inzwischen Patienten als Transplantatempfänger in Betracht, die noch vor zehn Jahren – insbesondere wegen ihres schlechten allgemeinen Gesundheitszustandes – als nicht transplantabel eingestuft wurden. Dies hat dazu geführt, dass die Wartelisten der Transplantationszentren in den letzten Jahren überproportional angewachsen sind. So warteten im Jahre 1999 in Deutschland rund 5.000 Menschen auf ein Augenhornhauttransplantat.⁴ Den im Jahr 1995 durchgeführten 2.128 Nierenverpflanzungen stand ein Bedarf von ca. 4.000 Nierentransplantaten gegenüber. Die Lücke zwischen Angebot und Versorgungsziel klappt auch bei Herz- und Lebertransplantationen zunehmend auseinander: Dem Bedarf von jährlich ungefähr je 1.000 Herz- und Leberverpflanzungen standen im Jahre 1995 nur 498 durchgeführte Herz- bzw. 595 durchgeführte Lebertransplantationen gegenüber.⁵

Für diesen in Deutschland zunehmenden den Engpass an transplantierbaren Organen gibt es mehrere Gründe: Bei einem lebenden Menschen können nur regenerative Körpersubstanzen wie Blut und Knochenmark und darüber hinaus eine der paarig angelegten Nieren zu Transplantationszwecken entnommen werden. Lebende Menschen kommen daher nur in wenigen Fällen als mögliche Organspender in Betracht. Dementsprechend ist die praktische Bedeutung der Lebendspende gering.

Für die Entnahme von Herz, Lunge, Leber und Bauchspeicheldrüse kommen daher nur verstorbene Menschen in Betracht. Folglich ist Explantation vom verstorbenen Spender auch die weltweit am häufigsten praktizierten Transplantationsart.⁶ Allerdings sind auch dem Kontingent verfügbarer Leichenorgane enge Grenzen gesetzt. Zum einen kann sich die Organentnahme bei einem Verstorbenen allein auf Organe erstrecken, die ungeschädigt und voll funktionstüchtig sind. Denn nur Organe ohne Abnutzungserscheinungen bieten Gewähr für einen langfristigen Ersatz im Körper eines anderen Menschen.

Unter den jährlich rund 900.000 Versterbenden in Deutschland sind nach vorsichtiger Schätzung nur etwa 5.000, d.h. 0,6 %, die als potenzielle Spender lebenswichtiger Organe wie Niere, Herz, Leber, Lunge, Darm und Bauchspeicheldrüse in Betracht kommen.⁷

Darüber hinaus sind zu wenige Menschen zur postmortalen Organspende bereit. Nach Angaben der Deutschen Stiftung für Organspende (DSO) wurden im Jahre 1997 nur 2.044 verstorbene Personen als potenzielle Organspender gemeldet.⁸ Lediglich bei 1.062 konnten Organe entnommen werden.⁹ Bei den übrigen kam eine Organentnahme nicht in Betracht, da es entweder an einer lebzeitigen Einwilligung des möglichen Organspenders oder einer Zustimmung der nächsten Angehörigen zur postmortalen Organentnahme bei dem als Organspender in Betracht kommenden Patienten fehlte.

⁴ Bock, Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen, S. 63.

⁵ Kühn, Die Motivationslösung, Neue Wege im Recht der Organtransplantation, S. 26; Henne-Bruns/Küchler, in: Korff/Honnfelder, Lexikon der Bioethik, Band 2, S. 810; Bock, Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen, S. 64.

⁶ Kloth, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme, S. 6.

⁷ Bock, Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen, S. 61.

⁸ Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, TPG, Kommentar, Einführung, Rn. 5.

⁹ Bock, Rechtliche Voraussetzungen der Organentnahme von Lebenden und Verstorbenen, S. 61.

Leider ist es der medizinischen Forschung bislang nicht gelungen, diesen Versorgungsengpass an transplantierbaren Organen abzumildern. Um Ersatz für die fehlenden, zu Transplantationszwecken geeigneten menschlichen Organe zu finden, stützt sich die medizinische Forschungsarbeit insbesondere auf zwei Bereiche: Zum einen auf den Bereich der Transplantation fetaler Zellen, Gewebe und Organe, zum anderen auf den Bereich der Übertragung von Tierorganen auf den menschlichen Körper.

In erstgenanntem Forschungsgebiet werden die Möglichkeiten der Übertragung isolierter Hirnzellen von abgetriebenen oder spontan abgehenden Embryonen oder Föten vor allem zur Behandlung neurodegenerativer Erkrankungen, insbesondere Morbus Parkinson oder Morbus Alzheimer, aber auch zur Behandlung von Patienten mit einer Diabetes-Erkrankung untersucht. Anders als in Schweden, den USA, Frankreich und Großbritannien wird die Übertragung der Hirnzellen von abgetriebenen oder spontan abgehenden Embryonen oder Föten in Deutschland bislang noch nicht praktiziert.

Denn es bestehen hierzulande insbesondere ethische Bedenken im Hinblick auf die Verwendung von Embryonalzellen zu Transplantationszwecken, weil man befürchtet, die mögliche medizinische Nutzung embryonaler Zellen könne eine Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch sowie deren Art, Zeitpunkt und Ort beeinflussen. Dies ließe sich mit dem verfassungsrechtlichen gebotenen Schutz des ungeborenen Lebens nicht in Einklang bringen. Die Transplantationsmöglichkeiten hinsichtlich fetaler Zellen, Gewebe und Organe kommen damit in Deutschland bislang nicht zur Abmilderung des Engpasses an transplantierbaren Organen in Betracht.

Auch die Übertragung von Tierorganen auf den menschlichen Körper, der zweite Forschungsschwerpunkt im Bereich der Transplantationsmedizin, dürfte – trotz der fortgeschrittenen wissenschaftlichen Forschung mit gentechnisch veränderten Schweinen – in naher Zukunft im Hinblick auf die noch weitgehend unbekannten gesundheitlichen Risiken einer solchen Übertragung von Tierorganen auf den Menschen und die ethischen Probleme, vor allem bei der gentechnischen Veränderung eines Tierstammes, keine Alternative zur allogenen Transplantation sein. Die bisherigen Versuche, Tierorgane und -gewebe als Ersatz für das menschliche Herz, die menschliche Niere, Leber und Bauchspeicheldrüse, das menschliche Knochenmark sowie menschliche Gehirnzellen zu nutzen, brachten keine durchgreifenden Erfolge.

Schließlich sind auch künstliche Organe, etwa Kunstherzen, derzeit kein dauerhafter Ersatz für die Übertragung menschlicher Organe. Bekannt sind insoweit bislang nur wenige Fälle, in denen sich bei Patienten das Herz durch dessen zeitweise Entlastung mittels einer mechanisch betriebenen Pumpe, die an eine Herzkammer angeschlossen wurde, soweit erholen konnte, dass eine Transplantation nicht mehr erforderlich war.

Abhilfe bei dem in Deutschland existierenden Versorgungsengpass an transplantierbaren Organen konnte bislang nur dadurch geschaffen werden, dass sich die deutschen Transplantationszentren der „Eurotransplant Foundation“ angeschlossen haben. Die Eurotransplant Foundation ist eine gemeinnützige Organisation mit Sitz im niederländischen Leiden, die im Jahre 1967 gegründet wurde. Ihr sind die Länder Holland, Belgien, Luxemburg, Deutschland und Österreich angeschlossen. Sie verfolgt den Zweck, durch ein auf medizinischen Kriterien begründetes, objektives Auswahlprinzip für die Organempfänger eine bestmögliche empfangenorientierte Verwendung von Spenderorganen sicherzustellen, durch regelmäßige Befragungen transplantierter Patienten Indikatoren für den Transplantationserfolg festzustellen und diese Ergebnisse bei der Organverteilung umzusetzen, die Bereitschaft zur Organspende zu erhöhen sowie Maßnahmen zur Organgewinnung zu unterstützen. Mit „Scandiatransplant“ für die skandinavischen Länder und „Francetransplant“ für Frankreich, Spanien und die Schweiz existieren in Europa zwei weitere, der Eurotransplant Foundation vergleichbare Institutionen.

Nur die Zugehörigkeit der deutschen Transplantationszentren zur „Eurotransplant Foundation“ ermöglicht es, dass mehr Organe, als dies die oben genannten Zahlen andeuten, in Deutschland transplantiert werden können. Über die Vermittlung von Eurotransplant hat Deutschland in den vergangenen Jahren mehr Spendeorgane aus den dieser Stiftung angeschlossenen Nachbarländern erhalten, als selbst dorthin abgegeben. Die Bundesrepublik Deutschland ist zu einem „Organimporteurland“ geworden, und zwar in einem solchen gravierenden Maße, dass die zukünftige Toleranz der der Eurotransplant Foundation angeschlossenen Mitgliedstaaten für diese Situation äußerst fraglich scheint.¹⁰ Hierauf muss in adäquater Weise reagiert und schnellstmöglich Abhilfe geschaffen werden.

II. Die Transplantationsmedizin als Gegenstand der Gesetzgebung in Deutschland

In Deutschland gab es bis 1997 keine spezialgesetzliche Grundlage für die Organentnahme zur Transplantationszwecken. Es herrschte zwar kein „Rechtsvakuum“, aber die Beurteilung dieser besonderen Materie nach allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Rechtsgrundsätzen führte zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten und Rechtsunsicherheiten. Im Bereich der postmortalen Organentnahme, die, wie bereits angedeutet, gegenüber der Lebendspende eine überragende Bedeutung hat, waren insbesondere der normative Todesbegriff sowie die mögliche Rechtfertigung der Organexplantation vom Toten umstritten.

Zur Beseitigung der vorhandenen Regelungslücken und der damit verbundenen Unsicherheiten, die mitursächlich für die Zurückhaltung der Bevölkerung bei der Bereitschaft zur postmortalen Organspende waren, wurde seit Jahrzehnten eine bundeseinheitliche, spezialgesetzliche Regelung für die Transplantationsmedizin gefordert. Die hierfür erforderliche rechtstechnische Grundlage wurde mit der Grundgesetzänderung vom 27.10.1994¹¹ geschaffen, wodurch der Bundesgesetzgeber mit Wirkung vom 15.11.1994 die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Fragen der Organtransplantation erhielt.

¹⁰ BT-Drucksache 13/4355, S. 10.

¹¹ BGBl. 1994, Teil I, S. 3146.