

## Rechtliche Anforderungen und Schranken der Lebendspende

### 1. Grundlagen

Der folgende Beitrag befasst sich mit Fragen der Strafrechtskonformität von Organentnahmen beim Menschen. Da ausschliesslich zur Lebendspende Stellung genommen werden soll, ist mit Blick auf den Spender der Zeitraum ab der Geburt, für den Bereich des Strafrechts ab dem Beginn der Geburtswehen, bis zum Eintritt des Todes<sup>1</sup> massgebend. Ausgeklammert bleiben somit Fragen im Zusammenhang mit der künstlichen Befruchtung, der fetalen Organspende<sup>2</sup> sowie der Ex-mortuo-Entnahme.

Die Organentnahme beim lebenden Spender ist mit einem körperlichen Eingriff verbunden. Dieser stellt - anders als die medizinisch indizierte Behandlung - keinen Heileingriff beim Betroffenen dar, sondern eine medizinische Massnahme im Interesse eines Dritten. Man spricht in diesem Zusammenhang von «Heilhilfe»<sup>3</sup>.

Die Entnahme des Organs erfüllt aus strafrechtlicher Sicht den Tatbestand eines Körperverletzungsdelikts, und zwar je nach Intensität des Eingriffs bzw. der Funktion des betroffenen Organs, denjenigen der schweren<sup>4</sup> oder einfachen Körperverletzung<sup>5</sup>. Als schwere Körperverletzung gilt demnach etwa die Entfernung einer Niere, als einfache die Entnahme von Gewebe wie Knochenmark oder Haut<sup>6</sup>.

Der Umstand, dass sich ein bestimmtes Verhalten unter einen Tatbestand des Strafrechts subsumieren lässt, sagt über dessen Rechtswidrigkeit noch nichts aus. Strafrechtswidrig ist eine

---

<sup>1</sup> Massgebend für die Bestimmung des Todeszeitpunktes des letzteren sind die Richtlinien zur Definition und Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 13. Juni 1996. In Deutschland wird die Richtigkeit der Kriterien für die Definition des Todes zunehmend in Frage gestellt. So wird ausgeführt, der Hirntote sei keine Leiche, sondern ein im Sterben aufgehaltener Mensch (HANS GREWEL, Zwischen Lebensrettung und Euthanasie - das tödliche Dilemma der Transplantationsmedizin, ZRP 28 [1995] 218; vgl. dazu auch STEPHAN RIXEN, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 28 [1995] 461 ff., mit weiteren Zitaten).

<sup>2</sup> Vgl. dazu H. PIECHOWIAK, Fötale Organlieferanten: Schwangerschaftsabbruch zur Organgewinnung?, MedWelt 32 (1981) 1799 ff.

<sup>3</sup> Vgl. ROLF SCHÖNING, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Zürcher Studien zum Strafrecht, Zürich 1996, 203, mit weiteren Hinweisen.

<sup>4</sup> Art. 122 StGB.

<sup>5</sup> Art. 123 StGB.

<sup>6</sup> Vgl. SCHÖNING (Fn. 3) 203 ff.

Handlung nur dann, wenn das tatbestandsmässige Verhalten nicht gerechtfertigt werden kann. Im Zusammenhang mit der Lebendspende kommen als mögliche Rechtfertigung praktisch einzig die Einwilligung des Spenders, ausnahmsweise die mutmassliche Einwilligung in Frage. Insbesondere scheidet Notstandshilfe<sup>7</sup> im Interesse von auf Organe wartenden Empfängern nach herrschender Lehre aus<sup>8</sup>, und zwar selbst im Falle einer Blutentnahme<sup>9</sup>. Mangels einer gesetzlichen Pflicht zur Organspende, wie sie - allerdings zu einem anderen Zweck, nämlich der Abklärung einer allfälligen Angetrunkenheit - für Blutentnahmen in Art. 55 SVG besteht, kommt auch eine Rechtfertigung gestützt auf Art. 32 StGB nicht in Betracht.

## **2. Voraussetzungen der rechtswirksamen Einwilligung zur Organentnahme**

Wie erwähnt, ist die Entnahme von Organen zwecks Transplantation ohne Einwilligung des Betroffenen als Körperverletzung zu qualifizieren. Hat der Betroffene rechtswirksam in den Eingriff eingewilligt oder kann von einer mutmasslichen Einwilligung ausgegangen werden, so ist das ärztliche Verhalten rechtmässig. Entscheidend ist somit die Frage, welche Bedingungen für eine rechtswirksame Einwilligung bzw. eine mutmassliche Einwilligung bei der Organentnahme erfüllt sein müssen. Was die Einwilligung betrifft, so erfordert diese neben der formellen Zustimmung, dass der Betroffene über das fragliche Rechtsgut verfügen darf, dass zum zweiten die Einwilligung das Ergebnis einer eigenverantwortlichen Entscheidung darstellt, dass diese drittens im Zeitpunkt des Eingriffes vorliegt und dass viertens der Arzt von der Einwilligung Kenntnis hat.

### **2.1. Verfügungsberechtigung**

Grundsätzlich kann nur der jeweilige Rechtsgutsträger in die Verletzung seiner eigenen Rechtsgüter einwilligen. Auch hier bestehen jedoch Schranken. Gemäss Art. 114 StGB ist die Tötung auf Verlangen strafbar, selbst wenn dieses ernsthaft und eindringlich ist. Daraus lässt sich ableiten, dass niemand gegenüber einem Dritten rechtswirksam in seine Tötung einwilligen kann. Entsprechend können Organentnahmen, als deren Folge der Tod des Spenders zumindest in Kauf genommen werden muss, was in der Regel bei paarigen Organen der Fall ist<sup>10</sup>, nicht gerechtfertigt werden. Die Frage der Einwilligung in Körperverletzungen wird differenziert beantwortet. Bei einfachen Körperverletzungen wird die Wirksamkeit einer Einwilligung für das schweizerische Strafrecht allgemein anerkannt, und zwar unabhängig von den Gründen und Motiven des Betroffenen<sup>11</sup>. Entsprechend ist die Einwilligung in die Entnahme von Kno-

---

<sup>7</sup> Art. 34 Ziff. 2 StGB.

<sup>8</sup> HINRICH RÜPING, Individual- und Gemeinschaftsinteressen im Recht der Organtransplantation, GA 1978, 133; SCHÖNING (Fn. 3) 232; MARTIN SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Bd. 1, Bern 1982, Art. 123 N 18.

<sup>9</sup> THEODOR LENCKNER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1991, § 34 N 41e.

<sup>10</sup> Vgl. ALBIN ESER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER (Fn. 9) § 223 N 50c m.w.H.

<sup>11</sup> Vgl. JÖRG REHBERG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 6. Aufl., Zürich 1996, 175; FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, Zürich 1997, § 14 N 61; STEFAN TRECH-

chenmark in dieser Hinsicht rechtswirksam, selbst wenn sie ausschliesslich zufolge einer hohen finanziellen Zuwendung erfolgt ist. Demgegenüber ist die Verfügungsberechtigung des Rechtsgutträgers bei schweren Körperverletzungen in erheblichem Masse eingeschränkt. Die Einwilligung in eine derartige Verletzung ist an sich nicht rechtswirksam, es sei denn, mit dem Eingriff werde ein als positiv zu bewertender Zweck verfolgt<sup>12</sup>. Wann dies der Fall ist, erscheint nur teilweise geklärt. Einig ist man sich immerhin darin, dass der Rechtsgutträger rechtswirksam in medizinisch gebotene Eingriffe sowie, was hier interessiert, grundsätzlich in die Entnahme eines Organs zwecks Transplantation - nicht aber etwa für wissenschaftliche Zwecke - einwilligen kann. Letzteres gilt jedoch nach überwiegender Auffassung nicht, wenn finanzielle Motive den Ausschlag für die Einwilligung gegeben haben<sup>13</sup> sowie wenn der Spender voraussehbar über das allgemeine Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich erheblich beeinträchtigt sein wird<sup>14</sup>. In Deutschland wird mit Blick auf den Spenderschutz sowie die Verhinderung eines Organhandels zusätzlich diskutiert, ob die Spende nur zugunsten von Verwandten oder dem potentiellen Spender sonst nahestehende Personen zulässig sein soll<sup>15</sup>, eine Einschränkung, zu welcher sich das französische Recht<sup>16</sup> bekennt.

Ausnahmsweise kann ein anderer als der Rechtsgutträger selbst den Entscheid über die Frage der Organentnahme treffen, und zwar gestützt auf den Rechtfertigungsgrund der mutmasslichen Einwilligung<sup>17</sup>. Zulässig ist dies jedoch ausschliesslich bei Eingriffen, welche einer einfachen Körperverletzung entsprechen<sup>18</sup>, insbesondere also bei der Entnahme von regenerierbarem Gewebe. Auch in derartigen Fällen setzt die Rechtfertigung durch mutmassliche Einwilligung voraus, dass die Entscheidung überhaupt nicht bzw. nicht ohne erhebliche Gefahr bis zu dem

---

SEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 4. Aufl., Zürich 1994, 126; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996, § 10 N 16.

<sup>12</sup> REHBERG (Fn. 11) 175; RIKLIN (Fn. 11) § 14 N 62; STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 16 f.; TRECHSEL/NOLL (Fn. 11) 126.

<sup>13</sup> Vgl. MARCO BORGHI, Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse, in: BORGHI/SPRUMONT (Hrsg.), La transplantation d'organes, Publikationen des Instituts für Föderalismus Freiburg Schweiz, Bd. 13, Freiburg 1995, 9; ERWIN DEUTSCH, Zum geplanten strafrechtlichen Verbot des Organhandels, ZRP 27 (1994) 180; RÜPING (Fn. 8) 132; SCHÖNING (Fn. 3) 226; STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 17; Lit. C/1. der Medizinisch-ethischen Richtlinien für die Organtransplantation der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 8.6.1995; Vgl. auch § 20 Abs. 2 des Dekrets über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten (Patientendekret) vom 21.8.1990 des Kantons Aargau. Nach Art. 30 Al. 4 Loi de santé du 30.6.1995 des Kantons Neuenburg und nach Art. 15 Al. 6 Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria) del 18.4.1989 des Kantons Tessin ist die Organspende generell unentgeltlich. A.M. ECKHART V. BUBNOFF, Rechtsfragen der homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts, GA 1968, 67.

<sup>14</sup> Dazu z.B. § 8 des Entwurfs eines Mustergesetzes der Länder über die Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz), Stand 28.9.1993. Vgl. auch JACQUES-MICHEL GROSSEN, Aspects juridiques de la chirurgie des transplantations, in: KELLER (Hrsg.), FS KARL OFTINGER, Zürich 1969, 95.

<sup>15</sup> Vgl. dazu THOMAS GUTMANN, Lebendspende von Organen - nur unter Verwandten?, ZRP 27 (1994) 111 ff.

<sup>16</sup> Vgl. ANDREA JUNG, Die französische Rechtslage auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin, MedR 14 (1996) 359.

<sup>17</sup> A.M. SCHÖNING (Fn. 3) 231.

<sup>18</sup> STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 28.

Zeitpunkt verschoben werden kann, in welchem der Betroffene seine Zustimmung selbst zu geben vermag<sup>19</sup>. Massgebend ist der mutmassliche bzw. hypothetische Wille des potentiellen Spenders. Dessen Inhalt ist aufgrund der bekannten subjektiven Einstellung des Betroffenen zu bestimmen, nicht also ausschliesslich gestützt auf allgemein anerkannte Wertmassstäbe<sup>20</sup>.

## 2.2. Eigenverantwortlichkeit des Entscheides betreffend die Einwilligung

Da der Organspender, insbesondere bei nicht regenerierbaren Organen, etwas von sich her gibt, was niemand von ihm verlangen kann, ist die Einwilligung nur rechtswirksam, wenn sie einen eigenverantwortlichen Entscheid darstellt. Entsprechend muss der Einwilligende über die Fähigkeit verfügen, Sinn und Tragweite des Eingriffs zu beurteilen. Das setzt zunächst Urteilsfähigkeit voraus. Urteilsunfähige, beispielsweise Anenzephalie<sup>21</sup>, geistig Behinderte, aber auch (noch nicht) urteilsfähige Kinder<sup>22</sup>, können daher in Organentnahmen nicht einwilligen<sup>23</sup>. Überspitzt und pointiert ausgedrückt ist demnach Altruismus bei der Organspende grundsätzlich dem Urteilsfähigen vorbehalten<sup>24</sup>. Eine Vertretung Urteilsunfähiger durch Eltern, Vormund oder Beistand kommt regelmässig nicht in Betracht, da diese grundsätzlich nicht in medizinisch nicht-indizierte Eingriffe einwilligen dürfen<sup>25</sup>. Demgegenüber wird mit einfühlbarer Begründung postuliert, die Spende bzw. die Organentnahme zugunsten eines nahen Blutsverwandten müsse grundsätzlich oder unter bestimmten (aussergewöhnlichen) Umständen auch beim Urteilsunfähigen möglich sein<sup>26</sup>. Auch wenn eine derartige Regelung in Ausnahmefällen wünschbar erscheint, lässt sie sich doch mit geltendem Recht sowie allgemeiner Lehre und

---

<sup>19</sup> REHBERG (Fn. 11) 177; RIKLIN (Fn. 11) § 14 N 69; STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 29.

<sup>20</sup> REHBERG (Fn. 11) 177; STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 30.

<sup>21</sup> Vgl. KARSTEN KLOTH, Anenzephalie als Organspender - Eine rechtsvergleichende Betrachtung, MedR 12 (1994) 180 ff.

<sup>22</sup> Mündigkeit ist an sich nicht vorausgesetzt, bildet aber einen praktikablen Massstab; vgl. lit. B/1. bzw. 3. der Medizinisch-ethischen Richtlinien für die Organtransplantationen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 8.6.1995.

<sup>23</sup> Vgl. GREWEL (Fn. 1) 217. Ebenso § 18 Abs. 1 der regierungsrätlichen Verordnung des Kantons Basel-Land über die Rechte und Pflichten der Patienten in den kantonalen Krankenanstalten (Patientenverordnung) vom 1.11.1988; Art. 22 Al. 1 Loi de santé du 30.6.1995 des Kantons Neuenburg; Art. 15 Al. 2 e 3 Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario (Legge sanitaria) del 18.4.1989 des Kantons Tessin. Vgl. auch die rechtsvergleichenden Hinweise bei OLIVIER GULLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme?, Neuenburg 1986, 226 ff. (kanadisches, französisches, amerikanisches Recht); GERMAINE MORAND/DOMINIQUE SPRUMONT, Vers une approche juridique globale, in: BORGHI/SPRUMONT (Hrsg.) La transplantation d'organes, Publikationen des Instituts für Föderalismus Freiburg Schweiz, Bd. 13, Freiburg 1995, 37 (belgisches, französisches, italienisches Recht).

<sup>24</sup> Vgl. ERWIN DEUTSCH, Die rechtliche Seite der Organtransplantation, ZRP 15 (1982) 175.

<sup>25</sup> Vgl. VON BUBNOFF (Fn. 13) 68 f.; BERND-RÜDIGER KERN, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 47 (1994) 756; RÜPING (Fn. 8) 132.

<sup>26</sup> BORGHI (Fn. 13) 14 ff.; GULLOD (Fn. 23) 229; MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1984; 173 f.; SCHÖNING (Fn. 3) 218 f., mit weiteren Hinweisen in Anm. 35. Im Ergebnis ebenso lit. B/3. der Medizinisch-ethischen Richtlinien für die Organtransplantationen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften vom 8.6.1995.

Rechtsprechung kaum vereinbaren. Zunächst kann beim Urteilsunfähigen mangels Eigenverantwortlichkeit genau genommen von Spende nicht gesprochen werden. Das benötigte Organ würde sodann allein gestützt auf eine Abwägung der beteiligten Interessen entnommen. Das entspricht dem Vorgehen bei der Rechtfertigung zufolge Notstandshilfe. Die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes wird im Zusammenhang mit der Organentnahme jedoch generell abgelehnt, könnten doch ansonsten bei jedermann, der nicht ausdrücklich widerspricht bzw. widersprochen hat, Organe entnommen werden, wenn damit mit hoher Wahrscheinlichkeit das Leben eines anderen Menschen gerettet werden kann. Falls Organentnahmen bei Urteilsunfähigen, beispielsweise zugunsten naher Verwandter, rechtlich zulässig sein sollen, wäre dies - gerade mit Blick auf den Schutz Urteilsunfähiger und die Verhinderung eines nicht auszuschliessenden «Dammsbrücheffektes» - gesetzlich zu regeln.

Auch die Einwilligung eines Urteilsfähigen kann nur dann als Ausdruck der Selbstbestimmung erachtet werden, wenn dieser im Zeitpunkt des Entscheides dessen Tragweite tatsächlich überblickt. Das wiederum setzt eine eingehende Aufklärung über die Risiken des Eingriffs sowie den gesundheitlichen Status nach der Organentnahme voraus<sup>27</sup>. Schliesslich erfordert die Eigenverantwortlichkeit des Entscheides, dass dieser in Freiheit gefällt werden kann. Eine mit den Mitteln der Täuschung, der Drohung oder des Zwangs erlangte Einwilligung ist unwirksam<sup>28</sup>. Wird beispielsweise vom Strafgefangenen gegen Gewährung von Vorteilen im Vollzug eine Zustimmung zur Organentnahme erlangt, so vermag diese das Verhalten des explantierenden Arztes nicht zu rechtfertigen<sup>29</sup>.

Für die Rechtfertigung durch mutmassliche Einwilligung wäre erforderlich, dass der Betroffene mit Bezug auf die Entnahme von regenerierbarem Gewebe in eigenverantwortlicher Weise seinen Willen geäussert hat bzw. mindestens hätte äussern können. Demnach kann dieser Rechtfertigungsgrund bei dauernd Urteilsunfähigen und Kindern, welche noch nicht urteilsfähig sind, von vornherein nicht zur Anwendung gelangen.

### **2.3. Vorliegen der Einwilligung im Zeitpunkt unmittelbar vor dem Eingriff**

Die an sich wirksame Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. Entsprechend ist vor der Entnahme eines Organs zu prüfen, ob die erteilte Einwilligung noch vorliegt. Problematisch ist vor allem die Konstellation, in welcher ein Urteilsunfähiger, beispielsweise geistig Behinderter oder ein Bewusstloser, vor geraumer Zeit, damals noch im Zustand der Urteilsfähigkeit, in die Entnahme eingewilligt hat. Richtigerweise ist in derartigen Situationen mit Blick auf die Möglichkeit des Widerrufs von einem Anwendungsfall mutmasslicher Einwilligung auszugehen<sup>30</sup>. Entsprechend sind bei solchen Personen jedenfalls von vornherein solche Organentnahmen ausgeschlossen, welche einer schweren Körperverletzung entsprechen.

---

<sup>27</sup> Vgl. WALTER BÄR, Transplantationen, in: Handbuch des Arztrechts, hrsg. von HEINRICH HONSELL, Zürich 1994, 427; DANIEL BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, Diss. Zürich 1984, 63 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu REHBERG (Fn. 11) 176; STRATENWERTH (Fn. 11) § 10 N 21; TRECHSEL/NOLL (Fn. 11) 127.

<sup>29</sup> Vgl. RÜPING (Fn. 8) 132; SCHÖNING (Fn. 3) 227.

<sup>30</sup> Vgl. SCHÖNING (Fn. 3) 221.

## **2.4. Kenntnis des Arztes von der Einwilligung**

Eine Rechtfertigung der Organentnahme kommt nur dann in Betracht, wenn der Arzt, welcher den Eingriff vornimmt, davon Kenntnis hat, dass der Betroffene in die Entnahme eingewilligt hat. Geht der Arzt unzutreffenderweise davon aus, er entferne das Organ gegen den Willen des Betroffenen, macht er sich wegen untauglichen Versuchs der Körperverletzung strafbar.

## **3. Zusammenfassung**

Die Organentnahme, in welche der Betroffene in eigenverantwortlicher Weise eingewilligt hat, ist zulässig, bei schweren Eingriffen allerdings nur, wenn nicht finanzielle Motive im Vordergrund stehen. Urteilsunfähige kommen als Organspender grundsätzlich nicht in Betracht. Bei solchen Personen kann regenerierbares Gewebe unter besonderen Voraussetzungen entnommen werden, wenn sich der Betroffene vor der Entnahme dazu nicht äussern kann, die Entnahme aber seinem mutmasslichen Willen entspricht. Massgebend für die Beurteilung des (mutmasslichen) Willens ist der Zeitpunkt vor der Entnahme.