

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Universität Bern

Deregulierungsmöglichkeiten im Organ- spenderecht

Masterarbeit

Eingereicht:

Alexander Martinolli

Zelgliweg 8

3179 Kriechenwil

Matrikelnummer:14-121-479

Alex.martinolli@gmail.com

Betreuer:

Prof. Dr. jur. Axel Tschentscher

Abgabedatum:

19. November 2019

Literaturverzeichnis

- BECKER KAROLINE, Die Herausforderung annehmen, in: Forschung und Praxis der Gesundheitsförderung Band 9, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Köln, 2000
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, die einzelnen Grundrechte, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012
- BONDOLFI ALBERTO/KOSTKA ULRIKE/SEELMANN KURT Ethik und Recht, Hirntod und Organspende, Schwabe Verlag AG, Basel, 2003
- BRAUN SUSANNE, Das Klonieren von Tieren: eine ethische und rechtliche Analyse, in: Schriftenreihe Biotechnologie und Recht, Band 9, Jürgen Simon/Jochen Taupitz (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002
- CAPELLE WILHELM, Fünf auserlesene Schriften. Eingeleitet und übertragen von Wilhelm Capelle, Artemis Verlag, Zürich, 1955
- CASPAR JOHANNES, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, eine rechtliche Neukonstruktion auf philosophischer und historischer Grundlage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.) u.a., StGB: Kommentar; Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStg, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Auflage, orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2019
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich u.a., 2004
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Helbin Lichtenhahn, Basel, 2018
- DUMOULIN JEAN-FRANCOIS, Organtransplantation in der Schweiz, Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, Stämpfli Verlag AG Bern, 1998
- FIOLOKA GERHARD, Art. 262 ZGB, in: Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013

- FISCHER MICHAEL, Der Begriff der Menschenwürde, Definition, Belastbarkeit und Grenzen, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004
- GOODARZI PARISA/AGHAYAN HAMID REZA/LARIJANI BAGHER. et al., Tissue and organ donation and transplantation in Iran, in: Cell and Tissue Banking, Springer Science+Business Media, Dordrecht, 2014
- GOETSCHEL ANTOINE F./BOLLIGER GIERI, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2003
- GONZALES JORGE GUERRA/MANDLA CHRISTOPH Das spanische Transplantationsgesetz und das Königliche Dekret zur Regelung der Transplantation in: Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, Band 8 Hans Lilie (Hrsg.), 2008
- GUTMANN THOMAS, Paternalismus und Konsequentialismus, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster, 2011
- HAGER GÜNTER, Das Tier in Ethik und Recht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015
- HERMANN BEATE, Körperkommerz: Verfügungsrechte über den eigenen Körper aus philosophischer und ethischer Perspektive, in: Susanne Beck (Hrsg.), Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012
- HOFER SIBYLLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012
- HÖFFE OTFRIED, Ethik und Politik, Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1979
- HÖFFE OTFRIED, Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997
- HOHMANN ELMAR SEBASTIAN, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, unter Einbezug ethischer und rechtspolitischer Aspekte, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2003
- ICHIHARI AKIKO Das Recht der Transplantationsmedizin in Japan- Aktuelle Entwicklungen, in: Medizinrecht, Vol. 30, Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht, Springer Verlag, Berlin, 2012

- KAWAGUCHI HIROKAZU, Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan, in: Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 85, Albin Eser (Hrsg.), edition iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2000
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013
- KÖNIG PETER, Strafbarer Organhandel, Peter Lang GmbH, europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 1999
- KREFFT MAX, juristische Probleme der Transplantationsmedizin, Übersicht über die gegenwärtige Rechtslage, in: Hirntod und Organverpflanzung, Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin, Johann S. Ach/Michael Quante (Hrsg.), zweite Auflage, Friedrich Frommann Verlag, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1999
- KUNZ KARL-LUDWIG/MONA MARTINO, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, eine Einführung in die Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Haupt, Bern, 2015
- LARIJANI BAGHER/ZAHEDI FARZANEH/GHAFOURI-FARD SOUDEH, Rewarded Gift for Living Renal Donors, in: Transplantation Proceedings, Barry D. Kahan (Hrsg.), Elsevier Inc, Houston, 2004
- LIST ELISABETH/STELZER HARALD, Grenzen der Autonomie, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2010
- MAIER JOACHIM, Der Verkauf von Körperorganen, zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991
- MONTGOMERY FRANK ULRICH/PARSA-PARASI RAMIN WALTER/WIESING URBAN, Das Genfer Gelöbnis des Weltärztebunds, in: Ethik in der Medizin, Band 30, Heft 1, Springer-Verlag, Berlin, New York, 2018
- MORAND GERMAINE/SPRUMONT DOMINIQUE in: Marco Broghi und Dominique Sprumont (Hrsg.), La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale, Institute du Fédéralisme Fribourg Suisse, 1995
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008

- NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Stellungnahme 19/2012, Bern, 2012
- NEF ROBERT, Liberalismus: Klärungen und Erklärungen, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, Band 8, Heft 7-8, 2002
- NEUEFEIND YVONNE, Ethik, Recht und Politik der Postmortalen Organtransplantation, Ein Beitrag zur Novellierung des Transplantationsrechts, in: Schriften zum Gesundheitsrecht, Band 51, Helge Sodan (Hrsg.), Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2018
- NICKEL LARS CHRISTOPH/SCHMIDT-PREISIGKE ANGELIKA/SEGLER HELMUT, Transplantationsgesetz, Kommentar mit einer umfassenden Einführung, W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Berlin, Köln, 2001
- OELERT UTA, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2002
- PRICE DAVID, Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation, University Press, Cambridge, 2000
- RASPE CAROLIN, Die tierliche Person, Vorschlag einer auf der Analyse der Tier-Mensch Beziehung in Gesellschaft, Ethik und Recht basierenden Neupositionierung des Tieres im deutschen Rechtssystem, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2013
- REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000
- RIPPE KLAUS PETER, Ein Lebensschutz für Tiere, in: Animal Law- Tier und Recht, Margot Michel/Daniela Kühne/Julia Hänni (Hrsg.), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2012
- RIPPE KLAUS PETER, Sind transgene Tiere in ihrer Würde verletzt?: Ein Beitrag zu einer argumentativen Diskussion um die Gentechnik, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, band 78, Heft 3, 1998
- ROBERTO VITO/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Sachenrecht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014

- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Lebendspende von soliden Organen, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen, 2008
- SEELMANN KURT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012
- SENN MARCEL, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, historische Fundamente der europäischen, nordamerikanischen, indischen, sowie chinesischen Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2017
- STELTEMMEIER ROLF, Liberalismus, Ideengeschichtliches Erbe und politische Realität einer Denkrichtung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013
- TÄNNSJO TORBJÖRN, Ethik des Tötens, neue Anstöße zur Reflexion eines umstrittenen Problems, Lit Verlag, Berlin, 2006
- WHITE SARAH/ HIRTH RICHARD, et. All, The global diffusion of organ transplantation: trends, drivers and policy implications, in: Bulletin of the World Health Organization, 2014
- WOLF URSULA, Ethik der Mensch-Tier-Beziehung, Vittorio Klostermann GmbH, Frankfurt am Main, 2012

Materialverzeichnis

- Act of concerning driver education about organ donation, File No 213, House Bill No. 5064 GA State of Connecticut, vom 10. April 2001
- Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung, BBI 1999 7922
- Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23. April 1997, BBI 1997 III 653
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), vom 12. September 2001, BBI 2002 29
- Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes, vom 9. Dezember 2002, BBI 2002 657
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, SR. 220
- Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG), vom 21. März 2003, SR 814.91
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7. Februar 1999 (Transplantationsmedizin; Raumplanungsgesetz; Initiative "Wohneigentum für alle") vom 23. März 1999, BBI 1999 III 2912.
- Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004, SR 810.21
- Bundestagsdrucksache Nr. 13/8027, Änderungsantrag Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG)
- Bundestagsdrucksache Nr. 13/4355, Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG)
- Bundestag-Drucksache Nr. 19/11096, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz
- Bundestagsdrucksache Nr. 19/11087, Gesetzesentwurf zur «Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende», Deutscher Bundestag
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101

- Deklaration von Genf, Offizielle deutsche Übersetzung der Deklaration von Genf, autorisiert durch den Weltärztebund
- Dokumentation: Informationen zur Entwicklung der Zahl der Organspenden und zum Organspende-Verfahren in Deutschland, Kroatien, Schweden, Spanien und den USA, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, vom 16. Mai 2018
- Erläuternder Bericht zur Verordnung über das nationale Überkreuz-Lebendspende-Programm, Bundesamt für Gesundheit BAG, Oktober 2017
- Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (Organzuteilungsverordnung), Bundesamt für Gesundheit
- Erläuterungen des Bundesrates zu den Volksabstimmungen vom 7. Februar 1999
- Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 07.06.2012, SR 935.90
- Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG), vom 1. Dezember 1997
- Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes (Belgien), vom 13. Juni 1986
- ONT Newsletter Transplant: International Figures on Donation and Transplantation 2018
- Organ Procurement and Transplantation Network, 42 CFR 121
- Österreichisches Bundesgesetzblatt Nr. 273/1982
- PA General Assembly 1994 Act 102, vom 1. Dezember 1994
- Regulation of Human Transplantation, vom 31. März 2007
- Résolution (78) 29 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine, vom 11. Mai 1978.
- Richtlinie 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG
- Sachstand: Zur Organspende in China, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, vom 18. Dezember 2018
- Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dezember 1937, SR. 311.0

- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
- Swisstransplant Preliminary statistic 2018
- Tierschutzgesetz (TschG), vom 16. Dezember 2005, SR 455
- Verordnung über das nationale Überkreuz-Lebendspende-Programm (Überkreuz-Lebendsende-Verordnung), vom 18. Oktober 2017, SR. 810.212.3
- Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung), vom 16. März 2007, SR 810.211
- Verordnung über die Transplantation von tierischen Organen, Geweben und Zellen, (Xenotransplantationsverordnung), vom 16. März 2007, SR 810.213
- Zusatzprotokoll über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, vom 24. Januar 2002, SR. 0.810.22
- Zweites Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe, vom 16. September 1994, SR. 0.103.22
- 8th Amendment to the Criminal Law of the People’s Republic of China vom 25. Februar 2011

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Amt. Bull.	Amtliches Bulltin
Art.	Artikel
BBI	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bspw.	Beispielsweise
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheide des Bundesverfassungsgerichts
Bzgl.	Bezüglich
d. h.	das heisst
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EU	Europäische Union
GPS	Grüne Partei Schweiz
Grds.	Grundsätzlich
H. M.	herrschende Meinung
i. c.	in casu
Jh.	Jahrhundert
Lit.	Litera
M. E.	Meines Erachtens
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
NGO	Non-Profit Organisation
NOTA	National Organ Transplant Act
O. ä.	Oder ähnliches
OPTN	Organ Procurement and Transplantation Network
OR	Obligationenrecht
OTPG	Österreichisches Transplantationsgesetz
p.m.p.	Pro Million Einwohner
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
Sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
StGB	schweizerisches Strafgesetzbuch
s. u.	siehe unten
SVP	Schweizerische Volkspartei
TPG	deutsches Transplantationsgesetz
TxG	Transplantationsgesetz
u.a.	unter anderem
UAGA	Uniform Anatomical Gift Act
u. U.	Unter Umständen
vgl.	Vergleiche
WHO	Weltgesundheitsorganisation
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	II
Materialverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	X
1 Einleitung	1
1 Rechtliche Lage in der Schweiz	2
1.1 Grundrechtsschutz	2
1.1.1 Menschenwürde	2
1.1.2 Rechtsgleichheit:	3
1.1.3 Recht auf Leben und persönliche Freiheit	4
1.2 Entstehung des Art. 119a BV	5
1.3 Unentgeltlichkeit	6
1.4 Voraussetzungen für eine Transplantation	8
1.4.1 Organspende infolge des Hirntodes	8
1.4.2 Einwilligung	9
1.4.3 Organzuteilung	9
1.4.4 Gleichheitsprinzip bei der Organallokation	10
1.4.5 Lebendspende	10
1.5 Strafbestimmungen	13
1.6 Rolle des Bundes	15
1.7 Widerspruchslösung	16
1.7.1 Definition	16
1.7.2 Rechtliche Probleme	17
1.8 Eigentum der Organe	19
1.9 Xenotransplantation	21
2 Andere Rechtssysteme	23
2.1 Deutschland	23
2.2 Österreich	25
2.3 Belgien	26
2.4 Spanien	26
2.5 USA	27
2.5.1 Grundsätzliches	27
2.5.2 Connecticut	29
2.5.3 Pennsylvania	29
2.6 Japan	29
2.7 Iran	30
2.8 China	32
2.9 Rechtsübernahmen für die Schweiz?	33

3	Rechtsethische Fragen.....	35
3.1	<i>Autonomie des Patienten bei der Lebendspende</i>	35
3.2	<i>Organhandel</i>	37
3.2.1	Gründe für ein Verbot.....	37
3.2.2	Vereinbarkeit mit der Menschenwürde.....	38
3.2.3	Missbrauch	39
3.2.4	Anreizsystem.....	40
3.2.5	Zwischenfazit	40
3.3	<i>Die Widerspruchslösung und weitere Modelle.....</i>	41
3.3.1	Widerspruchslösung.....	41
3.3.2	Informationslösung	42
3.3.3	Erklärungslösung	42
3.3.4	Notstandslösung	43
3.3.5	Praktische Anwendbarkeit der Notstandslösung.....	43
3.4	<i>Dilemma der Organallokation.....</i>	44
3.5	<i>Organspende nach Hinrichtung</i>	47
3.6	<i>Hirnverpflanzung.....</i>	49
3.7	<i>Ethische Fragen der Xenotransplantation.....</i>	50
4	Fazit	54

1 Einleitung

Durch den in der Schweiz vorhandenen Organmangel rückt das Thema Organspende immer wieder in den Fokus der Öffentlichkeit. Aktueller Anlass ist die erfolgreich eingereichte Initiative «Organspende fördern – Leben retten».

Diese Initiative fordert einen Wechsel der aktuell geltenden Zustimmungslösung zur sog. vermuteten Zustimmungslösung. Dieser Begriff ist lediglich ein Synonym für die Widerspruchslösung.

Der Wechsel zur Widerspruchslösung würde diverse juristische Anpassungen in der aktuellen Gesetzgebung verlangen. Sollte der Gesetzgeber tatsächlich die einschlägigen Erlasse revidieren müssen, so stellt sich die Frage, ob in diesem Zusammenhang das Transplantationswesen dereguliert werden könnte. Unter Deregulierung verstehe ich jede Lockerung der geltenden Vorschriften.

Anhand von juristischen und ethischen Fragestellungen, sowie einem Vergleich zu den gesetzlichen Vorschriften anderer Staaten, möchte ich untersuchen, ob es möglich ist, Normen zu entschärfen oder sogar neue liberale Ansätze in das schweizerische Organspendewesen einzuführen.

1 Rechtliche Lage in der Schweiz

Den ersten Teil dieser Masterarbeit möchte ich der rechtlichen Lage in der Schweiz widmen. Ich möchte Einblicke in die verfassungsrechtliche Entstehung des Transplantationsartikel, sowie einen Überblick über die wichtigsten juristischen Normen geben.

1.1 Grundrechtsschutz

Im Zusammenhang mit dem Thema der Organspende muss zunächst ein Blick auf die Grundrechte geworfen werden. Die Grundrechte schützen das Individuum vor staatlichem Handeln. Dabei bewirken sie den Schutz fundamentaler Rechte¹. Der fundamentale Schutz vor staatlichem Handeln wird in der Debatte um die Organspende immer wieder tangiert. Nachfolgend stelle ich die wichtigsten Grundrechte im Zusammenhang mit der Organspende vor und erkläre, inwieweit diese davon betroffen sind.

1.1.1 Menschenwürde

Mit Art. 7 BV wird die Menschenwürde geschützt und geachtet. Bei der Menschenwürde handelt es sich um ein grundlegendes Prinzip, welches bei jeder staatlichen Handlung zu beachten ist². Eine genaue Definition der Menschenwürde erweist sich als schwierig. So kann die Menschenwürde als jenen «[...] normativen Kern, den jede Person an Respekt und Schutz im Verfassungsstaat voraussetzungslos, im Namen ihrer Existenz von der Rechtsgemeinschaft fordern kann»³, bezeichnet werden. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass eine genaue Definition der Menschenwürde unmöglich ist, denn diese «betrifft das letztendlich nicht fassbare Eigentliche des

¹ J. Dubey, *Droits fondamentaux*, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Helbin Lichtenhahn, Basel, 2018, S. 15.

² E. M. Belser/B. Waldmann, *Grundrechte II, die einzelnen Grundrechte*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2012, S. 7 f.

³ J.P Müller/M. Schefer, *Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008, S. 1.

Menschen und ist [...] ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit [...]»⁴.

Art. 1 des Transplantationsgesetzes⁵ verweist ebenfalls auf den Schutz der Menschenwürde. Gemeint ist damit, dass eine Transplantation nach menschenwürdigen Zuständen ablaufen soll und dass ein menschenwürdiges Sterben möglich sein soll⁶. Eine Verletzung der Menschenwürde stellt gleichzeitig eine Verletzung ihres Kerngehaltes dar. Verstösst daher eine Transplantation gegen die Menschenwürde, ist diese unzulässig.

1.1.2 Rechtsgleichheit:

Das Transplantationsgesetz hält gemäss Art. 17 ein Diskriminierungsverbot fest. Dieses findet seinen Ursprung in Art. 8 BV. Dieses Grundrecht besteht aus den Geboten der Gleichbehandlung und der Differenzierung. Das Gleichbehandlungsgebot fordert, dass «[...] Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln [...]»⁷ sei.

Mit dem Differenzierungsgebot wird sichergestellt, dass Personen unterschiedlich behandelt werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse unterschiedlich sind⁸.

Mit Art. 17 Abs. 2 TxG werden zudem verschiedene Personenkreise (z. B. Wohnort in der Schweiz, Wohnort in der EU) definiert, welche bei der Zuteilung gleichbehandelt werden. Weiter schliesst das Gesetz einen Anspruch auf die Zuteilung eines Organs aus.

Durch den vorherrschenden Organmangel hat der Bundesrat mit Art. 18 TxG massgebende Kriterien (u.a. die medizinische Dringlichkeit, den medizinischen Nutzen, sowie die Wartezeit auf ein Organ) geschaffen, welche für eine Zuteilung berücksichtigt

⁴ BGE 132 I 49 E.5.1 S.55.

⁵ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TxG), vom 8. Oktober 2004, SR. 810.21.

⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen Geweben und Zellen (BBI 2002 29), vom 12. September 2001, S.132.

⁷ J.P Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 654 (Fn.3).

⁸ R. Kiener/W. Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013 S. 414.

werden müssen. Weiter legt er fest, in welcher Reihenfolge diese angewendet und gewichtet werden.

1.1.3 Recht auf Leben und persönliche Freiheit

Art. 10 Abs. 1 BV garantiert das Recht auf Leben. In Abs. 2 wird die persönliche Freiheit, sowie der Gesundheitsschutz gewährleistet.

Art. 10 Abs.1 BV dient in erster Linie dem Schutz des Lebens. Im Gegensatz zu den anderen Persönlichkeitsrechten (welche sich aus dem Recht der persönlichen Freiheit ableiten lassen), stellt jeder absichtliche Eingriff eine Verletzung des Schutzes des Lebens dar. Daher erträgt das Grundrecht auf Leben keinerlei Beschränkungen⁹.

Durch den herrschenden Organmangel sind im Jahr 2018 68 Menschen auf der Warteliste verstorben¹⁰. Fällt ein Organzuteilungsentscheid negativ aus, so kann dies zum Tod des Patienten führen, und dadurch u. U. zu einer Verletzung des Grundrechts gemäss Art. 10 Abs. 1 BV.

Wie bereits erwähnt, wird in Abs. 2 die persönliche Freiheit, insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit geschützt.

Die persönliche Freiheit schützt dabei vor allem die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltungen, entspricht aber nicht einer allgemeinen Handlungsfreiheit¹¹. Weiter wird das Selbstbestimmungsrecht des Menschen geschützt. Dieses ist im Zusammenhang mit der Organspende von wesentlicher Bedeutung.

Art. 10 Abs. 2 BV schützt ebenfalls das Persönlichkeitsrecht eines Menschen nach seinem Tod. Dabei handelt es sich um das Recht des Lebenden, über den Umgang seines Körpers nach dem Tod entscheiden zu dürfen.

Der Staat steht im Bereich der Organspende in der Verantwortung, nicht nur die Gesundheit des Spenders, sondern auch die Gesundheit des Empfängers, (z. B. vor Infektionen) zu schützen¹².

⁹ BGE 98 Ia 508, E. 4a, S. 514.

¹⁰ Swisstransplant Preliminary statistic 2018, S. 8.

¹¹ BGE 138 IV 13, E. 7.1 S. 25.

¹² Botschaft Transplantationsgesetz, S. 132 (Fn.6).

Der in Art. 1 TxG normierte Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz entspringt der Definition der Bundesverfassung.

Eine Verletzung der genannten Grundrechte ist nur in den Schranken von Art. 36 BV zulässig. Voraussetzung dafür ist das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses. Zudem muss der Eingriff verhältnismässig sein. Im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung werde ich Art. 36 BV anwenden.

1.2 Entstehung des Art. 119a BV

Bis zum Jahr 1999 war die Organspende in der Schweiz nicht auf Verfassungsebene, sondern lediglich auf kantonaler Ebene geregelt. Der Bund verfügte zwar bereits in Teilbereichen über Kompetenzen, jedoch gab es «Kompetenzlücken [...] für eine Regelung der eigentlichen Organisation des Transplantationswesens in der Schweiz, der Zuteilung der verfügbaren Organe, und der nicht gewerbsmässigen [...] Transplantationsmedizin»¹³.

Dies führte dazu, dass «die bestehenden kantonalen Regelungen [...] uneinheitlich und lückenhaft»¹⁴ waren, und in anderen Kantonen überhaupt keine gesetzlichen Regelungen vorlagen.

Mit der Volksabstimmung vom 7. Februar 1999 befürwortete das Volk mit 87.8% die Ergänzung der Verfassung um den Artikel 24decies¹⁵.

Mit der Totalrevision der BV von 1999 wurde das Thema Transplantationsmedizin systematisch neu eingeordnet und im Art. 119a BV angesiedelt¹⁶.

Dieser besagt, dass der Bund Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation erlässt und dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der

¹³ Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23. April 1997, BBl 1997 III 653, S. 654.

¹⁴ Erläuterungen des Bundesrates zu den Volksabstimmungen vom 7. Februar 1999, S. 11.

¹⁵ Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7. Februar 1999 (Transplantationsmedizin; Raumplanungsgesetz; Initiative "Wohneigentum für alle") vom 23. März 1999, BBl 1999 III 2912.

¹⁶ Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung, BBl 1999 7922, S. 7927.

Gesundheit sorgt. Weiter legt der Bund die Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen fest und verbietet den Handel mit Organen. Zudem hat die Spende von Organen unentgeltlich zu erfolgen¹⁷.

Gestützt auf diese Gesetzgebungskompetenz, erliess der Bund das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, die Transplantationsverordnung, die Organzuteilungsverordnung, sowie die Organzuteilungsverordnung EDI.

Diese vier Erlasse bilden die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen der Transplantationsmedizin in der Schweiz.

1.3 Unentgeltlichkeit

Wie der Name bereits sagt, handelt es sich bei der Organspende um eine Spende. Bei einer Spende handelt es sich gemäss Definition um eine freiwillige Leistung ohne Gegenleistung¹⁸. Dieser Aspekt bildet daher einen zentralen Punkt im gesamten Transplantationsrecht. Die Unentgeltlichkeit der Organspende ist auf Verfassungsebene, sowie auf Gesetzesebene festgelegt. Ausserdem werden mit Art. 69 TxG sämtliche Handlungen, welche den Handel, bzw. die Unentgeltlichkeit betreffen mit Geld- oder Haftstrafe geahndet. Auf diese Weise werden etwaige Tätigkeiten nicht nur illegal, sondern sogar strafbar. Nichtsdestotrotz dürfte Art. 69 Abs. 1 lit. b TxG eine mögliche Gesetzeslücke enthalten. So wird bestraft, wer «[...] in der Schweiz oder von der Schweiz im Ausland handelt [...]». Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Handel mit Organen durch einen Schweizer im Ausland (solange er sich im Ausland befindet) keine Straftat nach Schweizer Strafrecht darstellt. Diese Lücke begünstigt den Transplantationstourismus und muss daher unbedingt geschlossen werden.

In Art. 6 Abs. 2 TxG fügt der Gesetzgeber eine Liste von Vorteilen an, welche explizit keinen finanziellen Gewinn darstellen. Dazu zählt der Ersatz des Erwerbsausfall, eine

¹⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, Art. 119a.

¹⁸ Definition Spende, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/spenden-46096/version-269382> (Abgerufen am 10.10.2019).

nachträgliche symbolische Geste (z. B. Geschenke), sowie die Überkreuz-Lebendspende (für die Definition vgl. Abschnitt 1.4.5).

Gemäss Art. 14 TxG muss bei einer Lebendspende der Spender durch seine Versicherung entschädigt werden. Gemäss Art. 12 der Verordnung zum TxG müssen alle ausgewiesenen Kosten, die im Zusammenhang mit der Spende entstanden sind, sowie der allfällige Erwerbsausfall entschädigt werden. Des weiteren wird ein Versicherungsvertrag gegen allfällige Folgen von Krankheit, Tod und Invalidität, welche durch eine Transplantation entstehen können, abgeschlossen.

An dieser Stelle möchte ich gerne einen Vergleich zur Blutspende ziehen. Wie die Organspende erfolgt auch die Blutspende in der Schweiz unentgeltlich. Dies stützt sich aber nicht auf eine Rechtsgrundlage, sondern bisher nur auf Empfehlungen der WHO und des Europarates¹⁹. Beim Import von Blutprodukten gibt es ebenfalls «keine Richtlinien, wonach diese aus unentgeltlichem gespendetem Blut stammen müssen»²⁰. 2016 reichte die SVP die parlamentarische Initiative «Sicherstellung der Blutversorgung und Unentgeltlichkeit der Blutspende» im Nationalrat ein. Diese forderte eine Änderung des Heilmittelgesetzes an den entsprechenden Stellen.

Bei der Blutspende steht dem Spender eine kostenlose Verpflegung zur Verfügung. Diese ist notwendig, damit der Spender wieder zu Kräften kommt. Der Blutspender erhält zusätzlich eine Spenderprämie, mit welcher sein Aufwand entschädigt wird. Diese Prämie entspricht offensichtlich nicht einem finanziellen Gewinn, sondern kommt einem symbolischen Betrag gleich. Das *Blutspendezentrum beider Basel* vergibt dabei Punkte für unterschiedliche Arten der Spenden. Gemäss Spenderkatalog gibt es für 280 Punkte einen Apple iPod Touch (monetärer Wert ca. CHF 230)²¹. Anhand der Preise kann durchaus von einem Anreizsystem die Rede sein. Das Thema

¹⁹ Richtlinie 2002/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG.

²⁰ Blutbild, vom Januar 2017, Blutspende SRK Schweiz, S. 4.

²¹ Spenderprämierekatalog Blutspendezentrum beider Basel.

Anreizsystem werde ich im Abschnitt 3.2.4 dieser Arbeit noch etwas genauer betrachten.

Um die Unentgeltlichkeit zu gewährleisten, hatte bereits 1978 das Ministerkomitee des Europarates die Anonymität zwischen Spender und Empfänger gefordert²². In der Schweiz erfolgt die Organspende daher anonymisiert.

1.4 Voraussetzungen für eine Transplantation

In der Schweiz wird zwischen der Organspende nach Eintreten des Hirntodes (*ex mortuo*) und einer Lebendspende (*ex vivo*) unterschieden. Aufgrund dieser beiden unterschiedlichen Ausgangslagen gelten bei der Vorbereitung und Durchführung einer Organentnahme unterschiedliche gesetzliche Bestimmungen. Im Nachfolgenden möchte ich auf diese Unterschiede kurz eingehen.

1.4.1 Organspende infolge des Hirntodes

In der Schweiz dürfen Organe eines Verstorbenen nur dann entnommen werden, wenn dieser der Organspende zugestimmt hat und der Tod des Patienten festgestellt wurde.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 TxG gilt ein Mensch als tot, «wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind».

Das Verfahren zur Feststellung der Hirntoddiagnostik ist in der Verordnung zum Transplantationsgesetz in Art. 7 geregelt, und verweist auf die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur «Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme» vom 16. Mai 2017. Bereits 1972 verwies das Bundesgericht darauf, dass die Definition des Todes durch die medizinischen Wissenschaften zu erfolgen hat²³.

Im Weiteren gehe ich nicht mehr auf die Hirntodthematik ein.

²² Résolution (78) 29 sur l'harmonisation des législations des États membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine, vom 11. Mai 1978.

²³ BGE 98 I a 508 E. 4b, S. 516 ff.

1.4.2 Einwilligung

Da die Organentnahme einen Eingriff in die körperliche Integrität des Verstorbenen darstellt, kann diese nur durch eine Einwilligung erfolgen. In der Schweiz gilt das Modell der erweiterten Zustimmungslösung. Gemäss Art. 8 TxG muss der Verstorbene zu Lebzeiten einer Organspende zugestimmt haben. Liegt weder ein entsprechender Wille noch eine ausdrückliche Ablehnung vor, so werden die Angehörigen nach dem Willen des Verstorbenen befragt (Art. 8 Abs. 2 TxG). Ist diesen der Wille des Patienten ebenfalls nicht bekannt, so darf eine Organentnahme nur durchgeführt werden, wenn die Angehörigen ihre Zustimmung dazu geben (Abs. 3). Die Transplantationsverordnung definiert hierbei den Kreis der Angehörigen. So umfasst dieser nicht nur den Ehepartner, sondern auch den Lebenspartner, die Kinder, Eltern, Grosseltern und Personen, welche dem Verstorbenen nahestanden²⁴. Dabei müssen diese den mutmasslichen Willen des Verstorbenen respektieren (Abs. 5). Sollte dieser in Abweichung zum Willen der Angehörigen stehen, so muss der Wille des Verstorbenen respektiert werden²⁵. Sind Angehörige weder vorhanden noch erreichbar, so darf eine Organentnahme nicht vorgenommen werden (Abs. 4). Eine Entnahme wird ebenfalls nicht vorgenommen, wenn unter den Angehörigen Uneinigkeit besteht.

Eine Einwilligung kann erst mit der Vollendung des 16. Lebensjahrs erfolgen (Abs. 7). Damit orientiert sich die Altersangabe nach den Bestimmungen über die Religionsmündigkeit aus Art. 303 ZGB²⁶.

1.4.3 Organzuteilung

Gemäss Art. 30 TxG sind Personen, welche tierische Organe transplantiert bekommen haben, von der Organspende auszuschliessen. Begründet wurde diese gesetzliche Regelung mit dem Restrisiko von Infektionen. Ebenfalls von einer Spende in diesem Zusammenhang ausgeschlossen sind Intimpartner, welche im selben Haushalt

²⁴ Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung), vom 16. März 2007, SR 810.211, Art. 3.

²⁵ BGE 123 I 112.

²⁶ Botschaft zum Transplantationsgesetz, S. 139 (Fn. 6).

mit der transplantierten Person leben²⁷. Weitere Bestimmungen finden sich in den entsprechenden Verordnungen.

1.4.4 Gleichheitsprinzip bei der Organallokation

Wie bereits geschildert, gilt bei der Organspende in der Schweiz ein Diskriminierungsverbot und ein Gleichheitsgebot. Um eine Warteliste führen zu können, braucht es eine Priorisierung der Patienten (welcher Patient erhält prioritär ein Organ zugeteilt?), wodurch keine Gleichheit mehr herrscht. Ausserdem wird eine Unterscheidung zwischen *transplantable* und *super-urgent* Patienten vorgenommen. Ein Patient mit dem Status *super-urgent* muss ohne zeitig transplantiertes Organ mit dem baldigen Tod rechnen²⁸. All diese Punkte sprechen für eine Verletzung des Gleichheitsgebots. Genauso wichtig ist jedoch das unter Abschnitt 1.1.2 umschriebene Differenzierungsgebot. Ein Patient, der ohne Erhalt eines Spenderorganes mit dem baldigen Tod zu rechnen hat, befindet sich in einem anderen Zustand, als ein Patient, dessen Dringlichkeit, ein Organ zu erhalten, geringer ist (z. B. da eine Dialyse-Behandlung seinen Tod hinauszögern kann). Aus diesem Grund ist eine unterschiedliche Behandlung bei der Patienten rechtens. Das Gleichheitsgebot wird folglich nicht verletzt.

1.4.5 Lebendspende

Die Lebendspende unterscheidet sich von der Totenspende darin, dass der Spender des Organs zum Zeitpunkt der Organentnahme noch lebt.

Um eine Lebendspende durchführen zu können, muss der Spender urteilsfähig und volljährig sein (Art. 12 lit. a TxG), umfassend informiert worden sein, sowie frei und schriftlich einer Spende zugestimmt haben (lit. b). Ausserdem dürfen für sein Leben oder seine Gesundheit keine ernsthaften Risiken bestehen (lit. c) und der Empfänger mit keiner anderen therapeutischen Massnahme mit vergleichbarem Nutzen behandelt werden können (lit. d).

²⁷ Botschaft Transplantationsgesetz, S. 158 (Fn. 6).

²⁸ Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (Organzuteilungsverordnung), Bundesamt für Gesundheit, S. 3.

Gemäss Art. 13 TxG ist die Lebendspende von Organen bei Minderjährigen und Urteilsunfähigen untersagt. Lediglich bei regenerierbaren Zellen und Organen erlaubt das Gesetz gewisse Ausnahmen. Auf diese wird im Weiteren nicht näher eingegangen.

Gemäss Art. 14 ZGB ist volljährig, «wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat»²⁹ und nach Art. 16 ZGB ist urteilsfähig, wer vernunftgemäss handeln kann.

Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz darauf aufmerksam gemacht, dass ein Spender die «[...] Tragweite des Eingriffs und dessen Folgen und Risiken abschätzen können»³⁰ muss.

Weiter schreibt er, dass häufig unter Familienangehörigen eine Nierenspende vorgenommen wird. Es bestehe daher das Risiko, dass die spendende Person unter Druck gesetzt werden könnte. Der Bundesrat ist daher der Auffassung, dass «eine mündige Person [...] mit einer solchen Situation in der Regel besser umgehen [kann], als eine unmündige Person, die noch in grösserem Masse von der Familie abhängig ist»³¹.

Die Auffassung des Bundesrates kann durchaus geteilt werden. Es stellt sich aber die Frage, ob ein 18-Jähriger, welcher ebenfalls noch von der Familie abhängig ist, nicht auch unter Druck gesetzt werden kann. M. E. sollten hier nicht starre Altersangaben die Voraussetzung für eine Entscheidung bilden, sondern diese vielmehr an die Urteilsfähigkeit geknüpft werden.

Gemäss Art. 19c Abs. 1 ZGB üben urteilsfähige handlungsunfähige Menschen Rechte, welche ihnen der Persönlichkeitswillen zustehen, selbstständig aus. Gemäss Abs. 2 dürfen sogar urteilsunfähige Personen ihre höchstpersönlichen Rechte selbstständig ausüben. Das Bundesgericht hat die höchstpersönlichen Rechte in absolute und relative Rechte unterteilt³². Das Bundesgericht hielt fest, dass die Einwilligung in einen medizinischen Eingriff ein relativ höchstpersönliches Recht darstellt, welches somit ein urteilsfähiges Kind fällen kann³³. Während bei Erwachsenen die Urteilsfähigkeit

²⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, Art. 14.

³⁰ Botschaft zum Transplantationsgesetz, S. 145 (Fn. 6).

³¹ Botschaft zum Transplantationsgesetz, S. 145 (Fn. 6).

³² BGE 117 II 6, E. 1b, S. 7 f.

³³ BGE 114 IA 350

vorausgesetzt wird, muss diese bei Kindern erst nachgewiesen werden. So bejahte das Bundesgericht die Urteilsfähigkeit einer 13-jährigen Patientin, die sich gegen eine medizinische Behandlung wehrte³⁴.

Im Zuge einer Liberalisierung des Gesetzes, bestünde die Möglichkeit, das Alterserfordernis von 18 Jahren aufzuheben und stattdessen auf die Urteilsfähigkeit und den Willen des Spenders abzielen. Dieselbe Argumentation muss m. E. auch für eine Spende *ex mortuo* gelten.

Bei einer Lebendspende kommt es stets zu einem medizinischen Eingriff, welcher jeweils den objektiven Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 Abs. 2 StGB, ein «Organ unbrauchbar macht») erfüllt. Eine schwere Körperverletzung kann durch eine Einwilligung gerechtfertigt sein, jedoch nur, wenn die «körperliche Integrität einem als positiv zu wertenden Zweck dient und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht»³⁵.

Diese Einwilligung wird aber relativiert:

«Lebenswichtige Organe, deren Entnahme den Tod des Spenders bedeuten würden, dürfen einem lebenden Menschen unter keinen Umständen entnommen werden; eine Einwilligung des Betroffenen ist nicht möglich»³⁶.

Dies stellt zweifelsohne eine Einschränkung des Grundrechts auf Selbstbestimmung dar. In diesem Fall, muss aber der Staat den Schutz von zwei Grundrechten sicherstellen, welche sich entgegenstehen: der Schutz des Lebens und das Recht auf Selbstbestimmung.

Ein weiterer Unterschied zur postmortalen Organspende besteht in der Möglichkeit, die Spende an einen bestimmten Menschen zu richten. Bei einer Lebendspende werden meistens Nieren an einen nahen Angehörigen oder Verwandten gespendet.

³⁴ BGE 134 II 235 E. 4.3, S. 239 ff.

³⁵ A. Donatsch (Hrsg.) u.a., StGB: Kommentar; Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Auflage, orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2019 S. 243.

³⁶ J. P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 159 (Fn. 7).

Ausserdem gibt es die Möglichkeit einer Überkreuz-Lebendspende. Gesetzliche Grundlage dafür ist die Verordnung über das nationale Überkreuz-Lebendspende-Programm. Dabei «[...] geht eine gespendete Niere nicht [...] vom Spender an die eigentlich vorgesehene Person, sondern „über Kreuz“ an [...] einen anderen Empfänger, der immunologisch kompatibel ist»³⁷.

1.5 Strafbestimmungen

Wie bereits im Abschnitt 1.3 erwähnt, enthält das TxG mit den Art. 69ff diverse Strafbestimmungen, welche Verstösse gegen die Normen des Transplantationsgesetzes ahnden sollen. Art. 69 TxG stellt eine Subsidiaritätsklausel dar. Art. 69 TxG kommt lediglich dann zur Anwendung, wenn keine schweren strafbaren Handlungen nach dem Strafgesetzbuch vorliegen. Gemäss der Botschaft des Bundesrates hätte sich die Subsidiaritätsklausel damit vor allem auf Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bezogen³⁸. Das Verhältnis zum Straftatbestand der Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB), welcher u. U. auch erfüllt wird, wurde nicht geklärt. Der Gesetzgeber löste diese Problematik in der neueren Gesetzgebung, indem er die Strafdrohungen beider Straftaten gleichsetzte.

Vor Erlass des Transplantationsgesetzes wurde in der juristischen Lehre der Vorschlag geäussert, bei einer Organentnahme ohne vorherige Einwilligung eine Güterabwägung, gemäss der Notstandshilfe, durchzuführen, um abzuklären, ob der Straftatbestand der Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB) erfüllt wird. Fraglich bleibt, ob der Rechtfertigungsgrund der Notstandshilfe (Art. 17 StGB), nach der Einführung des Transplantationsgesetzes, insbesondere bei Art. 69 TxG, zur Anwendung kommen kann. Beim rechtfertigenden Notstand wird in die Rechtsgüter eines Dritten eingegriffen, um ein eigenes oder fremdes Rechtsgut vor drohender Gefahr zu retten³⁹. Dabei wird eine Interessensabwägung vorgenommen, welche die Wahrung des

³⁷ Erläuternder Bericht zur Verordnung über das nationale Überkreuz-Lebendspende-Programm, Bundesamt für Gesundheit BAG, Oktober 2017.

³⁸ Botschaft zum Transplantationsgesetz, S. 181 (Fn. 6)

³⁹ K. Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, S. 65.

höheren Interesses fordert⁴⁰. Folglich würde im Rahmen einer Güterabwägung das Rechtsgut des menschlichen Lebens gegen dasjenige der Menschenwürde abgewogen werden.

An dieser Stelle zu erwähnen ist, dass die Menschenwürde kein Schutzobjekt von Art. 262 StGB darstellt. Das Recht, nicht bloss als Objekt wahrgenommen zu werden, knüpft nur beim lebenden Menschen an, nicht jedoch bei einem Toten⁴¹. Daher kann ein Verstoß gegen Art. 262 in keinem Fall eine Verletzung der Menschenwürde herbeiführen. Art. 262 schützt den Respekt des Toten. Eine unerlaubte Organentnahme würde somit nicht den Tatbestand der Verunehrung erfüllen⁴².

Aus diesem Grund kann argumentiert werden, dass eine Organentnahme ohne vorherige Einwilligung keine Verletzung der Menschenwürde darstellt, sofern nicht bereits zu Lebzeiten eine Ungleichbehandlung vorhanden war⁴³. Es würde folglich nur die Persönlichkeit des Verstorbenen betreffen, was bei einer Güterabwägung mit dem menschlichen Leben zweitrangig ist. Folgt man dieser h. M., so ist es möglich, durch die Notstandsklausel eine Rechtfertigung zu ermöglichen⁴⁴. Das Bundesgericht teile diese Ansicht im Falle einer unerlaubten Organentnahme zwecks Herztransplantation⁴⁵.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird unter der Wegnahme von Leichenteilen wider Willen «jede eigenmächtige Verfügung eines Unbefugten»⁴⁶ verstanden. Gemäss dieser Argumentation wäre eine unbefugte Organentnahme eine Straftat nach Art. 262 StGB gewesen. Durch Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG wird dieser Straftatbestand aber bereits gedeckt.

⁴⁰ K. Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 67 (Fn.39).

⁴¹ G. Fiolka, Art. 262 ZGB, in: Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, S. 2046.

⁴² G. Stratenwerth/F. Bommer, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2013 S. 22.

⁴³ G. Fiolka, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, S. 2060 (Fn.41).

⁴⁴ A. Donatsch/W. Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich u.a., 2004 S. 225.

⁴⁵ BGE 101II 177, E. 6a, S. 196 f.

⁴⁶ BGE 112 IV 34, E 2, S. 36 f.

Der Zweck der Strafbestimmungen aus dem Transplantationsgesetz besteht darin, verbotene Handlungen (z. B. Verstoss gegen die Unentgeltlichkeit, Verstoss des Prinzips der Einwilligung) unter Strafe zu stellen. Die Strafbestimmungen erhalten ihren punitiven Charakter folglich aus den Verbotsbestimmungen des Gesetzes. Eine Deregulierung der Strafbestimmungen ist daher ohne vorgängige Lockerung der anderen Normen unmöglich.

1.6 Rolle des Bundes

Immer wieder steht im Zusammenhang mit dem Organmangel die Frage nach der Rolle des Bundes im Raum. Inwiefern soll der Bund über das Thema Organspende informieren oder gar animieren?

Der Bund beschreibt seiner Rolle in der Antwort auf eine Motion von Daniel Vischer (GPS) als neutral:

«Das Neutralitätsprinzip [...] besteht darin, nicht aktiv auf die Förderung der individuellen Spendebereitschaft hinzuwirken. Der Staat soll in dieser Frage neutral bleiben und jeden individuellen Entscheid zur Spende respektieren»⁴⁷.

Folglich begnügte sich der Bund, die Bevölkerung über das Thema Organspende neutral zu informieren.

Mit der Unterzeichnung und dem Inkrafttreten des Zusatzprotokolls der Biomedizin-Konvention über die Transplantation menschlicher Organe und Gewebe im Jahr 2010, ist die Schweiz gemäss Art. 19 aufgefordert, die Organspende zu fördern. Nach Auslegung dieser Norm erfüllt die Schweiz dieses Ziel bereits, wenn durch eine Aufklärungskampagne die Spenderate erhöht werden kann. Aus diesem Grund lancierte der Bund den Aktionsplan «Mehr Organe für Transplantationen». Mit diesem wollte er ähnlich wie in Spanien (vgl. dafür Abschnitt 2.4) durch gezielte Schulungen und Aufklärungskampagnen die Bevölkerung zur Organspende animieren.

Vertritt man die Ansicht, dass der Organmangel ein gesundheitspolitisches Problem darstellt, welches der Bund bekämpfen muss, so sollte der Bund vom Neutralitätsprinzip abrücken. Ausserdem ist der Staat aufgrund der Grundrechte angehalten, den Schutz der Gesundheit zu fördern. Eine neutrale Aufklärungskampagne reicht nicht

⁴⁷ Motion Vischer Daniel, Nationalrat, Amt. Bull. Nr. 12.4175, am 13.12.2012.

aus, um dem Problem entgegenzutreten. Die nationale Ethikkommission hat dem Bund wiederum im Zusammenhang mit der Einführung der Widerspruchslösung empfohlen, nicht vom Neutralitätsprinzip abzuweichen⁴⁸.

M. E. muss der Bund vom Neutralitätsprinzip abrücken und die Organspende öffentlich befürworten. Gleichzeitig muss er aber auch die Privatsphäre (Art. 13 BV) des Einzelnen schützen und diesem die Möglichkeit geben, sich auch gegen die Organspende auszusprechen.

1.7 Widerspruchslösung

Wie bereits einleitend angesprochen, kam am 18.04.2019 die Initiative «Organspende fördern - Leben retten» zustande⁴⁹. Ihr Ziel ist ein Wechsel von der Zustimmungslösung zur Widerspruchslösung.

1.7.1 Definition

Die Widerspruchslösung ist das Gegenteil der Zustimmungslösung. Wird bei letzterer eine Transplantation nur vorgenommen, wenn der Verstorbene einer Entnahme zugestimmt hat, so wird bei der Widerspruchslösung in jedem Fall eine Transplantation durchgeführt, es sei denn, der Verstorbene hat sich zu Lebzeiten explizit dagegen ausgesprochen.

Die Widerspruchslösung wird in eine enge und eine erweiterte Widerspruchslösung unterteilt.

Bei der engen Widerspruchslösung wird «[...] ausschliesslich auf den höchstpersönlich geäusserten Widerspruch des potentiellen Spenders [...]»⁵⁰ abgestellt. Nur bei

⁴⁸ Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Stellungnahme 19/2012, Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin, Bern 2012, S. 11.

⁴⁹ Eidgenössische Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten». Zustandekommen, BBl 2019 3115.

⁵⁰ Y. Neufeind, Ethik, Recht und Politik der Postmortalen Organtransplantation, Ein Beitrag zur Novellierung des Transplantationsrechts, in: Schriften zum Gesundheitsrecht, Band 51, Helge Sodan (Hrsg.) Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2018 S. 85.

einer entsprechenden Dokumentierung wird eine Organentnahme nicht durchgeführt.

Die SAMW definiert die erweiterte Widerspruchslösung wie folgt:

«Die Organe einer verstorbenen Person dürfen entnommen werden, wenn sich diese zu Lebzeiten nicht dagegen ausgesprochen hat und auch die Angehörigen einer Organentnahme nicht widersprechen»⁵¹.

1.7.2 Rechtliche Probleme

Die Widerspruchslösung steht der aktuellen gesetzlichen Regelung diametral entgegen. So muss ein potentieller Spender selber aktiv werden, um eine Organentnahme zu verhindern. Bei einer Annahme der Initiative müssen die entsprechenden Stellen im Transplantationsgesetz angepasst werden.

Fraglich ist, inwieweit die Widerspruchslösung dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 10 Abs. 2 BV entgegensteht. Durch die Organentnahme wird die physische Integrität verletzt. Die Entnahme benötigt daher eine Rechtfertigung gemäss Art. 36 BV.

Als gesetzliche Grundlage kann das angepasste Transplantationsgesetz, welches im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurde, herangezogen werden. Das öffentliche Interesse bemisst sich i. c. anhand der Erhöhung der verfügbaren Organe. Verhältnismässig ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein solcher Eingriff aber nur unter zwei Voraussetzungen: Einerseits muss die Bevölkerung ausreichend informiert worden sein und andererseits müssen die Angehörigen vor der Organentnahme kontaktiert werden und über die Möglichkeit des Widerspruchs informiert worden sein. Zudem muss jedem Bürger die Möglichkeit offenstehen, einer Organentnahme zu widersprechen⁵².

Fraglich bleibt, ob es möglich sein wird, die Bevölkerung ausreichend zu informieren. Plakativ könnte angemerkt werden, dass der Bund durch seine Aufklärungskampagnen nicht in der Lage war, die Spenderzahlen signifikant zu erhöhen. Es bleibt daher

⁵¹ SAMW Factsheet 2013, SAMW (Hrsg.), S. 2.

⁵² BGE 123 I 112, E. 9, S. 134 ff.

zweifelhaft, ob dem Bund eine umfassende Information der Bevölkerung gelingen wird.

Ein weiteres Problem könnte sich bei der Widerspruchslösung in Bezug auf Art. 262 Abs. 2 StGB ergeben, welcher das Wegnehmen von Leichenteilen ohne die Zustimmung des Betroffenen unter Strafe stellt. Wie ich bereits unter Abschnitt 1.5 erläutert habe, kann ein solches Wegnehmen über die Notstandsregel gerechtfertigt werden. Durch die Einführung der Widerspruchslösung dürfte Art. 262 StGB hinfällig werden.

Inwiefern tangiert die Widerspruchslösung den postmortalen Persönlichkeitsschutz?

Der Tod eines Menschen beendet die Rechtsfähigkeit eines Menschen⁵³. Dem Toten stehen jedoch auch nach dem Tod noch gewisse Mitbestimmungsrechte zu, welche z. B. die postmortale Organspende betreffen⁵⁴. Wie bereits erläutert, treten die nächsten Angehörigen in die Entscheidungsrolle, sofern kein Wille des Verstorbenen vorliegt. Dieses Recht leitet sich einerseits aus dem Transplantationsgesetz ab, gleichzeitig aber auch aus Art. 28 ZGB⁵⁵.

Die enge Widerspruchslösung stellt einzig auf den Willen des Verstorbenen ab und geht im Zweifel davon aus, dass dieser sich positiv zur Organspende geäußert hätte. Damit verlieren die Angehörigen ihr Recht auf postmortalen Persönlichkeitsschutz. Vor Bundesgericht müsste daher entschieden werden, welche dieser beiden Normen Vorrang genießt. Der Verfassungsartikel kann hierbei m.E. nicht beigezogen werden, da aufgrund von Art. 190 BV Bundesgesetze (und nicht die Verfassung) für das Bundesgericht massgebend sind.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die erweiterte Widerspruchslösung, so wird das Recht auf Persönlichkeitsschutz nicht tangiert, da die Angehörigen weiterhin ein Mitbestimmungsrecht besitzen.

Der Gesetzgeber täte aus Gründen der Klagevermeidung gut daran, bei einer Annahme der Initiative nur die erweiterte Widerspruchslösung einzuführen.

⁵³ BGE 129 I 302, E. 1.2.1, S. 306 f.

⁵⁴ S. Hofer/ S. Hrubesch-Millauer, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, S. 213.

⁵⁵ BGE 101 II 177, E 5a, S. 190 ff.

Abschliessend kann hierzu gesagt werden, dass die Initianten laut Argumentarium den Angehörigen ein Mitspracherecht einräumen wollen. Die Angehörigen können eine Entnahme verhindern, sofern sie in Kenntnis sind, dass der Betroffene die Organe nicht spenden wollte⁵⁶.

Aus rechtlicher Sicht beurteile ich die Einführung der Widerspruchslösung als unproblematisch. Wird der Massstab der umfassenden Information nicht allzu hoch angesetzt, dürfte die Widerspruchslösung den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.

1.8 Eigentum der Organe

Im Zusammenhang mit dem Thema Organspende stellt sich immer wieder die Frage über den eigentumsrechtlichen Status von Organen.

Ist ein Organ Eigentum eines Menschen? Wenn ja, kann es rechtlich gesehen verkauft oder vererbt werden?

Gemäss Art. 184 OR übergibt der Verkäufer dem Käufer den Kaufgegenstand und verschafft ihm daran Eigentum.

Daraus ergibt sich die Frage, ob ein Organ überhaupt eine Sache ist, bzw. ob ein Organ Eigentum eines Menschen ist.

Gemäss Art. 641 Abs. 1 ZGB kann jeder in den Schranken der Rechtsordnung über sein Eigentum verfügen. Unter den Begriff des Eigentums fallen Sachen oder aber auch Rechte. Als Sache gilt ein «unpersönlicher, für sich bestehender Gegenstand, welcher der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann»⁵⁷. Dem lebenden Menschen wird daher keine Sachqualität zugesprochen. Vielmehr wird der Mensch durch die ihm zugeschriebenen Persönlichkeitsrechte qualifiziert. Abgetrennte Körperteile (wie z. B. Organe) können u.U. Gegenstände dinglicher Rechte werden⁵⁸ und Sachqualität erlangen. Dies aber nur, solange sie nicht wieder mit einem Körper

⁵⁶ Argumentarium Ja zur Initiative «Organspende fördern- Leben retten», abrufbar unter:

https://org-p-bucket01.ams3.digitaloceanspaces.com/assets/20190306_Argumentarium_Initiative_fin_DE.pdf, (abgerufen am 14. Oktober 2019).

⁵⁷ H. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, S. 24.

⁵⁸ V. Roberto/S. Hrubesch-Millauer, Sachenrecht, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014 S. 2.

verbunden werden (bspw. durch eine erfolgreiche Transplantation). Sobald sie wieder mit einem Menschen festverbunden sind, verlieren sie ihre Sachqualität.

Trotz dieser Einordnung sollte das Sachenrecht nur sehr zurückhaltend angewendet werden, da es sich i.c. um Körperteile handelt und «die Würde des Menschen [es] gebietet, dass nicht eine reine formale Versachlichung von menschlichen Körperteilen angenommen werden darf⁵⁹.»

Fraglich bleibt, ob eine Leiche Sachqualität aufweist. Grundsätzlich ist eine Leiche weder als Sache noch als herrenloses Gut zu bezeichnen. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine Leiche erst dann Sachqualität erlangt, wenn keine Pietätspflichten mehr bestehen. Diese erlöschen z. B. bei Skeletten. Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Leiche über das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen geschützt⁶⁰. Daraus ergibt sich, dass ein verstorbener Mensch keine Sache darstellt. Daraus folgend kann ein Verstorbener auch seine Organe nicht vererben.

Gemäss Art. 19 OR kann ein Vertrag innerhalb der Schranken des Gesetzlichen beliebig festgestellt werden. Weiter nach Art. 20 OR ist ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt nichtig. Das TxG stellt mit dem Verbot des Organhandels eine inhaltliche Schranke auf. Zudem ist der Verkauf von Organen widerrechtlich (Art. 7 TxG). Ein solcher Vertrag wäre folglich nichtig. Angenommen diese Bestimmungen stünden nicht im TxG, so bleibt fraglich, ob ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten verstösst.

Gemäss Bundesgericht sind Verträge sittenwidrig, welche «[...] gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen [...] ethische Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen»⁶¹.

Wird der Organhandel als Verstoss ethischer Prinzipien angesehen, so ist ein solcher Vertrag auch ohne Verbotsklausel als nichtig zu betrachten. Der Gesetzgeber könnte somit auf die Verbotsklausel verzichten. Aus Praktikabilitätsgründen befürworte ich dennoch den Status quo.

⁵⁹ J. Maier, Der Verkauf von Körperorganen, zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, S. 11.

⁶⁰ H. Rey Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, S. 32 (Fn.57).

⁶¹ BGE 123 III 101, E. 2, S. 102 ff.

1.9 Xenotransplantation

Um den Organmangel zu bekämpfen, fokussiert sich die Forschung im Bereich der Transplantationsmedizin schon seit längerer Zeit auf die Xenotransplantationen⁶². Darunter «bezeichnet man die Entnahme von Organen bei Tieren und die Einpflanzung dieser in menschliche Körper.»⁶³ In der Schweiz sind die rechtlichen Regelungen in der Verordnung über die Transplantation von tierischen Organen, Geweben und Zellen enthalten. Für diese Form der Transplantation eignen sich besonders gut Schweine aber auch Primaten⁶⁴. Dabei wird die Gentechnologie eingesetzt, um «durch gezielte Eingriffe [...] nach bestimmten wissenschaftlichen Erfordernissen [...] ein artfremdes Gen zuzuschalten»⁶⁵. Diese Art der Tiere wird als transgene Tiere bezeichnet.

Bislang gelang es nicht, ein Transplantat über einen längeren Zeitraum im menschlichen Organismus zu verpflanzen. Erfolgreich waren aber bereits Transplantationen von Schweineherzklappen an Menschen.

Gemäss Art. 18 Abs. 1 Xenotransplantationsverordnung dürfen Primaten nicht als Spendetiere verwendet werden⁶⁶. Dieses Verbot hatte die SAMW ebenfalls bereits im Jahre 2000 gefordert⁶⁷.

Weiter ist nach Art. 20 der Verordnung eine Xenotransplantation unzulässig, wenn beim Tier Infektionen vorliegen. Der Schutz der Bevölkerung hat bei dieser Form der Organspende oberste Priorität. Sollte es gelingen, die Organe von Tieren als

⁶² S. Braun, Das Klonieren von Tieren: eine ethische und rechtliche Analyse, in: Schriftenreihe Biotechnologie und Recht, Band 9, Jürgen Simon/Jochen Taupitz (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, S. 37.

⁶³ J. F. Dumoulin, Organtransplantation in der Schweiz, Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, Stämpfli Verlag AG Bern, 1998, S. 31.

⁶⁴ C. Raspé, Die tierliche Person, Vorschlag einer auf der Analyse der Tier-Mensch Beziehung in Gesellschaft, Ethik und Recht basierenden Neupositionierung des Tieres im deutschen Rechtssystem, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2013, S. 40.

⁶⁵ A. F. Goetschel/G. Bolliger, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2003, S. 64.

⁶⁶ Verordnung über die Transplantation von tierischen Organen, Geweben und Zellen, (Xenotransplantationsverordnung), vom 16. März 2007, SR 810.213.

⁶⁷ Medizin-ethische Grundsätze zur Xenotransplantation, Stellungnahme der SAMW.

gleichwertigen Ersatz für menschliche Organe zu etablieren, so müsste das Transplantationsgesetz angepasst werden. Insbesondere müsste das Verbot des finanziellen Vorteils aufgehoben werden, da m. E. mit den Tierorganen Handel betrieben werden dürfte (analog zum Handel mit Fleisch).

2 Andere Rechtssysteme

Im nachfolgenden Abschnitt möchte ich einen Blick auf die Regelungen und Modelle in anderen Staaten werfen und diese kurz beleuchten. Vorwegnehmen möchte ich, dass die meisten Staaten ein zur Schweiz ähnliches Organspendewesen aufweisen. Die meisten Grundsätze betreffend Unentgeltlichkeit, Freiwilligkeit, sowie Zustimmungs- oder Widerspruchslösung sind in den meisten Staaten identisch.

Wie in der Schweiz ist die Lebendspende auch in anderen Staaten sehr strikt geregelt. So lässt sich zusammenfassen, dass die Länder Frankreich, Niederlande, Deutschland, Spanien, Grossbritannien, Belgien, Luxemburg und Schweden die Lebendspende von nichtregenerierbaren Organen nur auf Verwandte und Ehepartner zulassen⁶⁸.

Auch innerhalb der EU existieren unterschiedliche gesetzliche Regeln, welche ich nachstehend anhand verschiedener Beispiele aufzeigen möchte. Daher wäre es gerade in Bezug auf die Staaten der Europäischen Union durchaus vorteilhaft, wenn die EU eine europäische Gesamtregelung erlassen würde. Im Rahmen der Rechtssicherheit für europäische Touristen könnte die Schweiz diese Regeln ebenfalls übernehmen.

2.1 Deutschland

Seit dem 1. Dezember 1997 ist in Deutschland das Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) in Kraft. Gemäss §1 TPG herrscht in Deutschland die Informationslösung. Das bedeutet, dass die Bevölkerung in regelmässigen Abständen über die Möglichkeit zur Organspende informiert wird. Dazu haben die Krankenkassen die Pflicht, die Versicherten, welche das 16. Lebensjahr vollendet haben, über die Organspende in einem 5 Jahres Rhythmus zu informieren.

Wer eine Erklärung zur Organspende abgibt, kann dies mittels Einwilligung, Widerruf oder Übertragung an eine Vertrauensperson machen. Dabei kann eine Einwilligung mit Vollendung des 16. Lebensjahrs und ein Widerruf bereits mit Vollendung des 14.

⁶⁸ L. C. Nickel/A. Schmidt-Preisigke/H. Sengler, Transplantationsgesetz, Kommentar mit einer umfassenden Einführung, W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, Berlin, Köln, 2001, S. 7.

Lebensjahrs eingereicht werden (§2 Abs. 2 TPG). Letzteres wird durch religiöse Motive und die Religionsmündigkeit begründet⁶⁹. Weshalb die Altersgrenzen nicht vereinheitlicht wurden, bleibt offen. Das Selbstbestimmungsrecht der Menschen wird dadurch gewahrt, dass niemand zu einer Entscheidung gezwungen werden darf.

Eine Entnahme der Organe ist unzulässig, wenn der Verstorbene dieser nicht eingewilligt hat. Liegt keine Erklärung vor, so werden die nächsten Angehörigen zum mutmasslichen Willen des Verstorbenen befragt. Hierbei gilt, dass die Einsprache eines Einzelnen ausreicht, um eine Transplantation zu verhindern (§4 Abs. 2 TPG).

Fraglich bleibt, was passiert, wenn mehrere Angehörige widersprüchliche Angaben zum Willen des Patienten machen. Da der Verstorbene einer Transplantation explizit zustimmen muss, muss man m.E. bei widersprüchlichen Angaben von einem Widerruf ausgehen.

Erst wenn es nicht möglich ist, den mutmasslichen Willen des Verstorbenen zu eruieren, so erhalten die nächsten Angehörigen ein eigenes Bestimmungsrecht⁷⁰.

Es wird ersichtlich, dass die Informationslösung eine Form der Zustimmungslösung darstellt.

Exkurs: Lebendspende:

In Deutschland ist die Lebendspende nur subsidiär möglich, d.h. nur dann, wenn kein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders vorliegt. Die Idee dahinter ist, dass durch die Lebendspende die Bemühungen des Staates zur Förderung von postmortalen Organspendern gefährdet wären. Es besteht das Risiko, dass die Bevölkerung die postmortale Organspende vernachlässigen würde⁷¹.

Es kann argumentiert werden, dass durch die Subsidiarität ein Patient in seinem verfassungsmässigen Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt wird. Gleichwohl besteht bei einem Lebendspender ebenfalls das Risiko eines Schadens, welcher auch

⁶⁹ Bundestag-Drucksache Nr. 13/4355, Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG), S. 18.

⁷⁰ Bundestag-Drucksache Nr. 13/8027, Änderungsantrag Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG), S. 9.

⁷¹ Entwurf Transplantationsgesetz (Deutschland), S. 20 (Fn. 69).

die Solidargemeinschaft treffen würde. Aus diesem Grund wird durch die Subsidiaritätsklausel eine güterrechtliche Abwägung getroffen⁷².

Weiter kann eine Lebendspende nur dann erfolgen, wenn ein persönliches Näheverhältnis besteht (§8 Abs. 1 Satz 2).

Aktuell wird in Deutschland debattiert, ob die Widerspruchslösung eingeführt werden soll⁷³. Ein entsprechender Gesetzesentwurf wurde im Juni 2019 im deutschen Bundestag eingereicht.

2.2 Österreich

In Österreich wurde die Organspende vom 1. Juni 1982 bis 2012 im Krankenanstaltsgesetz⁷⁴ geregelt.

Seit 2012 hat Österreich ein eigenes Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG).

Gemäss § 5 OTPG ist eine Entnahme nur dann unzulässig, wenn ein Verstorbener dieser ausdrücklich widersprochen hat oder im Widerspruchsregister eingetragen ist. Damit gilt in Österreich die Widerspruchslösung.

Die Lebendspende darf in Österreich erst mit Vollendung des 18. Lebensjahr vollzogen werden und darf nur dann angewendet werden, wenn keine Risiken für die Gesundheit des Patienten bestehen (§ 8 OTPG).

Wie auch in Deutschland und der Schweiz muss eine Organspende stets unentgeltlich und freiwillig erfolgen.

⁷² E.S. Hohmann, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, unter Einbezug ethischer und rechtspolitischer Aspekte, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2003, S.126 f.

⁷³ Bundestag-Drucksache Nr. 19/11096, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der doppelten Widerspruchslösung im Transplantationsgesetz.

⁷⁴ Österreichisches Bundesgesetzblatt Nr. 273/1982 S.1161.

2.3 Belgien

In Belgien ist seit dem 13. Juni 1986 das «loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes» in Kraft.

Grundsätzlich gilt in Belgien die Widerspruchslösung. Jeder Bürger, welcher im «register de la population» (dt. Bevölkerungsregister) oder seit mehr als sechs Monaten im Ausländerregister eingetragen ist, wird ohne ausgedrückten Widerspruch als Organspender betrachtet. Für Personen, welche nicht im entsprechenden Register eingetragen sind, wird deren Zustimmung benötigt. Damit werden Personen mit kurzzeitigen Aufenthalt in Belgien (z. B. Touristen) nicht automatisch zu Organspendern.

Jeder Volljährige ist in der Lage, seinen Widerspruch selbstständig zu manifestieren. Bei urteilsfähigen Minderjährigen («moins de dix-huit ans mais est capable de manifester sa volonté», Art. 10 §2 Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes), darf dieser selber oder durch den Erziehungsberechtigten seinen Widerspruch kundtun. Nur bei minderjährigen, urteilsunfähigen Personen, ist der gesetzliche Vertreter berechtigt, einen allfälligen Widerspruch zu äussern.

Obwohl in Belgien die Widerspruchslösung gilt, holen die meisten Ärzte dennoch das Einverständnis der Angehörigen ein⁷⁵. Das Gesetz verbietet es den Ärzten, einen Eingriff trotz ihres Widerspruchs durchzuführen. Das zeigt, dass Belgien das Modell der erweiterten Widerspruchslösung besitzt.

Wie in den anderen Ländern ist die Organspende auch in Belgien unentgeltlich, wobei ein Verstoss erst seit wenigen Jahren unter Strafe steht⁷⁶.

2.4 Spanien

Spanien gilt hinsichtlich der Transplantationsrate von Organen als eines der führenden Ländern weltweit. Im Jahr 2017 lag die Spenderate bei 47 Spendern pro Million

⁷⁵ G. Morand/D. Sprumont, Vers une approche juridique globale, in: La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale, Marco Broghi/Dominique Sprumont (Hrsg.), Institute du Fédéralisme Fribourg Suisse, 1995, S. 35.

⁷⁶ G. Morand/D. Sprumont, La transplantation d'organes, S. 36 (Fn.75).

Einwohnern (p.m.p)⁷⁷. 2010 schlug die WHO sogar vor, das «spanische Modell» weltweit einzuführen⁷⁸.

Woher kommt dieser Erfolg?

Das spanische Transplantationsgesetz wurde bereits 1979 eingeführt.

In Art. 10 des spanischen Transplantationsgesetzes wird die Widerspruchslösung als Willensäusserungsmodell umschrieben. Wer nicht zu Lebzeiten eine Entnahme ausschliesst, wird zum Organspender. Dadurch erhöht sich die Spenderate automatisch. Ausser dieser Norm finden sich aber keine grossen Unterschiede zum schweizerischen TxG.

Spanien ermittelte, dass über 50% der Angehörigen, welche eine Organspende ablehnten, den Begriff des Hirntodes nicht verstanden hatten⁷⁹. Aus diesem Grund wurde eine Informationskampagne rund um das Thema Hirntod lanciert, mit dem Ziel, die Öffentlichkeit aufzuklären. Dazu intensivierten die Behörden auch die Zusammenarbeit mit den Medien, welche das Thema verbreiten konnten. Ausserdem wurden Ärzte und das Pflegepersonal in den Spitälern zum Thema Organspende sensibilisiert.

Diese Massnahmen führten zu einer deutlichen Erhöhung der Spendebereitschaft in der Bevölkerung.

2.5 USA

2.5.1 Grundsätzliches

In den Vereinigten Staaten gibt es zwei zentrale Bundesgesetze betreffend die Organspende: «den Uniform Anatomical Gift Act (UAGA)» und den «National Organ

⁷⁷ ONT Newsletter Transplant: International Figures on Donation and Transplantation 2018.

⁷⁸ S. White/R. Hirth et. All, The global diffusion of organ transplantation: trends, drivers and policy implications, in: Bulletin of the World Health Organization, 2014
<https://www.who.int/bulletin/volumes/92/11/14-137653.pdf?ua=1> (abgerufen am 10. Oktober 2019).

⁷⁹ K. Becker, Die Herausforderung annehmen, in: Forschung und Praxis der Gesundheitsförderung Band 9, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Köln, 2000, S. 53.

Transplant Act (NOTA)». Da die USA ein föderalistischer Staat sind, haben die einzelnen Bundesstaaten die Möglichkeit weitergehende Bestimmungen zu erlassen.

Wie in der Schweiz gilt auch in den USA die erweiterte Zustimmungslösung. Die USA haben im Jahr 2018 insgesamt 10'721 Spender⁸⁰ aufgewiesen, was einer Spenderate von 30.5 p.m.p. entspricht.

Bereits 1968 wurde der UAGA erlassen, um die Organspenderate zu erhöhen und einheitliche Regelungen zu erlassen. Die Fassung von 1987 wurde aber lediglich von 25 US-Bundesstaaten übernommen. Aus diesem Grund entschied sich die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) das Gesetz 2006 zu überarbeiten. Gemäss diesem ist es möglich, seinen Spenderwillen auch im Führerschein eintragen zu lassen. 1984 verabschiedete der amerikanische Kongress den NOTA. Zwischen 1988 und 2013 erhielt dieser diverse juristische Anpassungen. Zuletzt durch den «HIV Organ Policy Equity Act». Das Gesetz regelt v.a. die wichtigsten Regelungen zur Organspende, zur nationalen Warteliste, sowie über den Abschluss mit dem «Organ Procurement and Transplantation Network» (OPTN). Beim OPTN handelt es sich um eine private Organisation, welche im Namen der Regierung Richtlinien über die Organzuteilung erlässt. Diese Richtlinien müssen dabei aber durch den amerikanischen Gesundheitsminister bestätigt werden (§121.4 (2) Titel 42 Public Health).

In den USA ist es auf verschiedene Arten möglich, seinen Willen kundzutun: Über donor cards (analog zu den hiesigen Organspendeausweisen), Patientenverfügungen, die Eintragung in einem Organspenderegister (entweder über die Webseite eines Bundesstaates oder private NGO's), oder wie bereits erwähnt, mittels des Führerscheines⁸¹.

⁸⁰ U.S. Department of Health & Human Services, Organ Procurement and Transplantation Network, <https://optn.transplant.hrsa.gov/data/view-data-reports/national-data/#> (abgerufen am 30. Oktober 2019).

⁸¹ Dokumentation: Informationen zur Entwicklung der Zahl der Organspenden und zum Organspende-Verfahren in Deutschland, Kroatien, Schweden, Spanien und den USA, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, vom 16. Mai 2018, S. 14.

An dieser Stelle möchte ich gerne auf die gesetzlichen Regelungen von zwei US-Bundesstaaten näher eingehen.

2.5.2 Connecticut

Im US-Bundesstaat Connecticut wird bei der Erteilung eines Führerscheins oder der Ausstellung einer Identitätskarte jeder Bürger angefragt, ob sich dieser für die Organspende aussprechen will. Dies kann er auch unter Zustimmung seiner Eltern als Minderjähriger tun. Weiter wird bereits während der Fahrausbildung auf das Thema Organspende hingewiesen⁸².

2.5.3 Pennsylvania

Im US-Bundesstaat Pennsylvania wurde 1994 im Act 102 der «Organ Donation Awareness Trust Fond» gegründet. Gemäss §8622 Act 102 von 1994 werden jährlich 10% der Fondsumme für Krankenhaus-, Medikamenten- oder Beerdigungskosten an den Spender bzw. an die Angehörigen der Spender zur Verfügung gestellt. Dabei soll der Betrag den Wert von 3'000 \$ nicht übersteigen und wird direkt zugunsten der Angehörigen an die betroffenen Institutionen (bspw. Spitäler, Bestattungsdienst etc.) überwiesen. Der Spender oder seine Angehörigen haben daraus keinen finanziellen Gewinn. Dieser Beitrag stellt durchaus einen Anreiz dar. Im Gegensatz zur Schweiz existiert (bzw. existierte) in den USA keine gesetzlich Krankenkasse. Viele medizinische Eingriffe sind daher selbstgetragen. Durch eine finanzielle Beteiligung des Staates kann die Organspende gefördert werden.

2.6 Japan

Im Jahr 2010 betrug die Organspenderate in Japan 0.9 m.p.m.⁸³. Damit weist Japan eine der niedrigsten Spenderaten der Welt auf. Daraus ergibt sich die Frage, weshalb diese so tief ist.

⁸² Act of concerning driver education about organ donation, File No 213, House Bill No. 5064 GA State of Connecticut, vom 10. April 2001.

⁸³ Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, Anhang 3, S. 106.

Das japanische Transplantationsgesetz entstand im Jahr 1997. In dieser Fassung des Gesetzes war eine Organentnahme nur möglich, wenn der Verstorbene in diese schriftlich eingewilligt hatte. Somit galt das Prinzip der engen Zustimmungslösung. Dadurch konnte lediglich der Verstorbene einer Organentnahme zustimmen.

2009 wurde das japanische Transplantationsgesetz revidiert. Dabei wurde die enge Zustimmungslösung abgeschafft. Neu ist eine Organentnahme auch mit der schriftlichen Zustimmung der Angehörigen möglich⁸⁴.

Trotz gesetzlicher Änderung verharren die Zahlen auf einem tiefen Niveau.

Ein weiterer Grund für die tiefen Zahlen dürfte mit dem Hirntod zu tun haben. Im Gegensatz zu westlichen Staaten haben die Japaner Mühe mit der Definition des Hirntodes. «Den meisten Japanern fällt es schwer, einen Hirntoten, der doch nach seiner äusseren Erscheinung nicht anders wie ein Lebender aussieht, als einen Toten zu akzeptieren»⁸⁵. Dieser Umstand hat seinen Ursprung auch in der Religion der meisten Japaner: dem Shintoismus.

Weiter wird ausgeführt, dass die autoritäre Arzt-Patientenbeziehung zu Misstrauen führt, und dadurch die Angst bestärkt wird, «willkürlich als hirntot eingestuft zu werden»⁸⁶.

2.7 Iran

Nach der iranischen Revolution 1979 wurden über mehrere Jahre im Iran keine Transplantationen vorgenommen. In den 80er Jahren wurden vereinzelt Nieren-Lebendspenden erfolgreich durchgeführt. Die Transplantation *ex mortuo* war aufgrund des radikalen Islams problematisch. Das Transplantationsgesetz stiess zunächst auf viel

⁸⁴ A. Ichihara, Das Recht der Transplantationsmedizin in Japan- Aktuelle Entwicklungen, in: Medizinrecht, Band. 30, Heft 8, Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht, Springer Verlag, Berlin, 2012, S. 502.

⁸⁵ H. Kawaguchi, Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan, in: Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 85, Albin Eser (Hrsg.) edition iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2000, S. 38.

⁸⁶ H. Kawaguchi, Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan, S. 39 (Fn.85).

Kritik. Erst nachdem sich vermehrt islamische Religionsgelehrte für die Transplantation aussprachen, genehmigte das iranische Parlament im Jahr 2000 das Gesetz⁸⁷.

1997 sprach sich die iranische Regierung dafür aus, Nieren-Lebendspendern eine Belohnung für ihre Spende zu entrichten. Diese wird über die *Charity Foundation of Special Decease* abgewickelt. Mittels dieser Massnahme wollte die iranische Regierung einerseits die Spenderate erhöhen und andererseits den illegalen Organhandel bekämpfen⁸⁸. Der Handel ist nur unter iranischen Staatsangehörigen erlaubt, wodurch verhindert wird, dass ein Transplantationstourismus entstehen kann. Obwohl der Handel erlaubt ist, und sich die Länge der Wartelisten verkürzt hat, werden Lebendspender in der Bevölkerung gemieden oder als «Halbmenschen» bezeichnet⁸⁹.

Will man dem *Iranjournal* Glauben schenken, so entnimmt der iranische Staat auch Organe von hingerichteten Straftätern⁹⁰. Ausser dieser Quelle gibt es keine Belege, dass der Iran diese Praxis anwendet. In einem Artikel des *Tagesspiegel* wird davon berichtet, dass der Wunsch einer hingerichteten Frau, ihre Organe mögen nach ihrer Hinrichtung gespendet werden, abgelehnt wurde⁹¹. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass im Iran die Organe von Hingerichteten entnommen werden. Bislang war vor allem die Volksrepublik China für diese Praxis bekannt.

⁸⁷ P. Goodarzi/H. R. Aghayan/ B. Larijani et al., Tissue and organ donation and transplantation in Iran, in: Cell and Tissue Banking, Springer Science+Business Media, Dordrecht, 2014, S. 298.

⁸⁸ B. Larijani/ F. Zahedi/S. Ghafouri-Fard, Rewarded Gift for Living Renal Donors, in: Transplantation Proceedings, Barry D. Kahan (Hrsg.), Elsevier Inc, Houston, 2004, S. 2540.

⁸⁹ Spiegel Online vom 10.11.2013, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/ethiker-nir-eyal-im-interview-fuer-und-wider-des-organhandels-a-932767.html> (Abgerufen am 24. Oktober 2019).

⁹⁰ Iran Journal unter dem Titel: «Kritik an Entnahme von Organen Exekutierter», vom 8. Juli 2019, abrufbar unter: <http://iranjournal.org/news/iran-organspende-exekutierter>, (Abgerufen am 20. Oktober 2019).

⁹¹ Der Tagesspiegel, unter dem Titel: «Ich will dich umarmen, bis ich sterbe», vom 29.10.2014, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/iran-briefe-aus-der-todeszelle-ich-will-dich-umarmen-bis-ich-sterbe/10906802.html>, (abgerufen am 20. Oktober 2019).

2.8 China

Die Volksrepublik China verabschiedete erst im Jahr 2007 ein Organspendegesetz. Gemäss diesem muss der Spender seine Zustimmung schriftlich festhalten. Liegt weder eine Einwilligung noch ein Widerspruch vor, so dürfen die Angehörigen schriftlich der Organentnahme zustimmen⁹².

Wie in den meisten anderen Staaten ist der Organhandel in China verboten. Geregelt wird dies einerseits im 8th Amendment to the Criminal Law of the People's Republic of China und andererseits im Organspendegesetz.

Wie in anderen Ländern herrscht trotz gesetzlicher Regelungen eine Diskrepanz zwischen benötigten und gespendeten Organen. So wird China immer wieder vorgeworfen, bei hingerichteten Straftätern eine Organentnahme vorzunehmen. Der stellvertretende chinesische Gesundheitsminister bestätigte der Zeitung *China Mail*, dass ein Grossteil der transplantierten Organe von hingerichteten Straftätern kommt. Er betonte dabei aber, dass dieser der Entnahme schriftlich zustimmen müssen. Weiter räumten die chinesischen Behörden ein, dass aufgrund des Organmangels und der ungenügenden Aufsicht in den Spitälern der Organhandel florierte⁹³. 1984 wurde die Organentnahme nach einer Hinrichtung mittels Gesetzesverordnung legalisiert. Gemäss dieser obliegt es dem freien Willen eines Verurteilten, ob er der Organspende zustimmt. Entgegen den Aussagen der chinesischen Regierung, finden sich keine Hinweise darauf, ob die Zustimmung schriftlich oder mündlich zu erfolgen hat⁹⁴. Im Jahr 2014 beschloss die chinesische Regierung ein Ende dieser Massnahmen. Die Internationale Gesellschaft für Menschenrechte befürchtet, dass China nur «Absichtserklärungen geliefert hat⁹⁵», in Wahrheit aber nach wie vor diese Praxis durchführt.

⁹² Regulation of Human Transplantation vom 31. März 2007, abrufbar unter: http://www.chinadaily.com.cn/m/chinahealth/2014-06/05/content_17566177.htm, (Abgerufen am 20. Oktober 2019).

⁹³ Interpellation Recordon Luc, Nationalrat, Amt. Bull. Nr.06.3349, am 22.06.2006.

⁹⁴ Sachstand: Zur Organspende in China, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, vom 18. Dezember 2018.

⁹⁵ Internationale Gesellschaft für Menschenrechte (IGFM), «Die Welt schaut beim Organraub zu!», vom 31. Mai 2017.

Inwiefern diese Praxis ethisch vertretbar ist, werde ich im Abschnitt 3.5 der Arbeit analysieren.

2.9 Rechtsübernahmen für die Schweiz?

Im internationalen Vergleich hat die Schweiz erst sehr spät ein nationales Organspendegesetz eingeführt.

Wie bereits eingangs erläutert, unterscheidet sich das Schweizer Recht nicht wesentlich vom Ausländischen. Nachfolgend versuche ich diverse Aspekte aus dem Ausland mit der Schweiz zu vergleichen.

Sollte die Schweizer Stimmbevölkerung die Widerspruchslösung an der Urne annehmen, so sollte unbedingt das belgische Modell, welches für Touristen eine Ausnahme vorsieht, umgesetzt werden. Grundsätzlich gilt nämlich, betreffend die Organspende, das Recht des Aufenthaltslandes⁹⁶. Es wäre bei diesem Thema m.E. unvertretbar, uninformierte Touristen als Organspender in Erwägung zu ziehen.

Wie bereits im Abschnitt 1.6 erläutert, hat die Schweiz das spanische Modell versucht anzuwenden. Mit diesem wird die Bevölkerung breit informiert und aufgefordert, sich Gedanken zum Thema Organspende zu machen. Auch sollte die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, bei der Abgabe des Führerscheins Angaben zur Organspende machen zu können. Bislang hat sich die Spenderate aber nicht wesentlich erhöht. Es liegt daher nahe, dass das spanische Modell im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung kombiniert werden muss.

Ebenso wäre eine Übernahme des Rechts aus Pennsylvania überlegenswert. Da die Kosten einer Organentnahme in der Schweiz durch die Krankenversicherung bezahlt werden, könnte der Staat das Bezahlen der Bestattungskosten übernehmen. Fraglich bleibt indes, ob sich dadurch die Spenderate tatsächlich erhöhen liesse.

Ein weiterer, radikaler Ansatz zur Erhöhung der Spendebereitschaft wäre die Einführung eines legalen Organhandels am Beispiel des Irans. Ich bin überzeugt, dass

⁹⁶ BAG, Spenden nach dem Tod, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/transplantationsmedizin/willensaeusserung-zur-spende-von-organen-gewebe-zellen/willensaeusserung-transplantationsmed.html> (Aufgerufen am 23. Oktober 2019).

dadurch mehr Organe zur Verfügung stehen würden. Das Beispiel Iran zeigt aber auch, dass trotz Legalität eine Stigmatisierung der Spender durch die Bevölkerung folgen kann.

3 Rechtsethische Fragen

Im dritten Teil dieser Arbeit möchte ich mich der Beantwortung verschiedener rechtsethischer Fragen widmen. Anhand der Beantwortung dieser Fragen möchte ich herausfinden, ob die aktuellen gesetzlichen Bestimmungen gelockert werden können.

3.1 Autonomie des Patienten bei der Lebendspende

Bei der Lebendspende kommen gemäss den Richtlinien der SAMW drei Prinzipien zur Anwendung: das Fürsorgeprinzip, das Nichtschadensgebot und die Respektierung des Patientenwillens.

Unter das Fürsorgeprinzip fällt die Pflicht, den Spender am Leben zu erhalten. Durch einen medizinischen Eingriff verletzt der Arzt zwangsläufig das zweite Gebot. Es steht daher in Konkurrenz zum Patientenwillen. Gemäss den Richtlinien der SAMW gilt aber

«Ist [der Eingriff] jedoch mit einem unvermeidbaren hohen Risiko für das Leben des Spenders verbunden, dann hat das Nichtschadensgebot den Vorrang vor der Respektierung des Spenderwillens»⁹⁷.

Diese Handhabung entspringt dem Eid des Hippokrates. Dieser besagt, dass Ärzte ihre Kunst «[...] nach bestem Wissen und Können zum Heil der Kranken anwenden [...]»⁹⁸ sollen. Hingegen sollen Ärzte ihren Patienten nie schaden.

Eine Lebendspende verbessert den Zustand eines Kranken, führt aber zu einem Schaden am Spender. Wird der Hippokratische Eid streng angewendet, so wäre die Lebendspende unzulässig.

Im Oktober 2017 verabschiedete der Weltärztebund eine neue Fassung der Deklaration von Genf. Die Deklaration von Genf wurde nach dem 2. Weltkrieg entwickelt und

⁹⁷ Lebendspende von soliden Organen, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2008, S. 5.

⁹⁸W. Capelle, Fünf auserlesene Schriften. Eingeleitet und übertragen von Wilhelm Capelle, Artemis Verlag, Zürich, 1955, S. 179.

wird als moderner Hippokratischer Eid angesehen⁹⁹. In der Fassung aus dem Jahr 2017 wird neu die «Autonomie des Patienten» gewürdigt¹⁰⁰.

Kann daraus abgeleitet werden, dass die Autonomie und der Wille des Patienten über allem respektiert werden muss? Wahrscheinlich nicht. Um eine Einzelfallentscheidung zu treffen, wurde das Kriterium der Fähigkeit, rationale Entscheidungen zu treffen, eingeführt:

«Je weniger ein Mensch in der Lage ist, eine rationale Entscheidung für sein Wohl zu treffen, desto mehr ist – ohne seine Zustimmung, unter Umständen sogar gegen seine aktuellen Willensäußerungen – [...] für sein Wohl zu entscheiden»¹⁰¹.

Die Autonomie des Patienten kann aber auch unter einer liberalen Denkansicht betrachtet werden. Grundlage bildet der Liberalismus als eine der wichtigsten politischen Philosophien.

Der Liberalismus wurde in der Philosophie immer wieder von verschiedenen Philosophen aufgenommen. Im 19. Jh. wurde unter dem Begriff *Liberalismus* v.a. Eigenverantwortung und freie Marktwirtschaft verstanden¹⁰². Bereits J.S. Mill lehnte staatliche Regulierungen weitestgehend ab, da sie die Eigenverantwortung der Bürger beeinträchtigt und ihre Fähigkeit zur Urteilsbildung verhindere¹⁰³.

⁹⁹ F.U. Montgomery/R.W. Parsa-Parasi/U. Wiesing, Das Genfer Gelöbnis des Weltärztebunds, in: Ethik in der Medizin, Band 30, Heft 1, Springer-Verlag, Berlin, New York, 2018, S. 67 f.

¹⁰⁰ Deklaration von Genf, Offizielle deutsche Übersetzung der Deklaration von Genf, autorisiert durch den Weltärztebund.

¹⁰¹ E. List/H. Stelzer, Grenzen der Autonomie, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2010, S. 141.

¹⁰² R. Nef, Liberalismus: Klärungen und Erklärungen, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, Band 8, Heft 7-8, 2002, S. 12.

¹⁰³ R. Steltemeier, Liberalismus, Ideengeschichtliches Erbe und politische Realität einer Denkrichtung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, S. 230.

Im Verhältnis der Bürger untereinander darf jeder seine Freiheit soweit nutzen, ohne dabei andere zu schädigen oder deren Freiheitssphäre zu verletzen¹⁰⁴. Der Staat darf nur schädigende Handlungen gegenüber anderen Bürger unterbinden.

3.2 Organhandel

Wie bereits unter Abschnitt 1.3 erwähnt, ist der Organhandel und jeder daraus erlangte finanzielle Vorteil durch Organe in der Schweiz untersagt.

3.2.1 Gründe für ein Verbot

Es bleibt aber die Frage, weshalb der Handel mit Organen verboten ist, bzw. unentgeltlich ist. Der Bundesrat schreibt in seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz folgende Begründung:

«Diese Bestimmung schützt einerseits lebende spendende Personen. Ihre Gesundheit soll nicht um wirtschaftliche Vorteile willen beeinträchtigt werden. Andererseits sollen auch Angehörige nicht von einer Spende von Organen, Geweben oder Zellen einer verstorbenen Person profitieren [...]»¹⁰⁵.

Die Begründung, die der Bundesrat liefert, ist durchaus schlüssig und korrekt. Die Spende soll aufgrund von altruistischen Motiven erfolgen, und nicht zur Erlangung eines finanziellen Vorteils. Die Gesundheit eines Menschen untersteht jedoch dem Individuum. So kann ein Individuum jederzeit in eine gesundheitsschädigende Handlung einwilligen. Würde man diese Argumentation auf andere Lebensbereiche übertragen, so wäre z. B. der Beischlaf einer Sexarbeiterin mit einem geschlechtskranken Freier ebenfalls verboten. Dieses Handeln ist nach geltendem Recht nicht verboten¹⁰⁶. Der Kanton Bern stellt lediglich ein Angebot zur Prävention und gesundheitlichen Betreuung zur Verfügung

Hier liegt offenbar das rechtsphilosophische Modell des Paternalismus vor. Unter dem Begriff des staatlichen Paternalismus versteht man den «[...] Versuch, Menschen

¹⁰⁴ K. L. Kunz/ M. Mona, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, eine Einführung in die Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Haupt, 2015, Bern S. 176.

¹⁰⁵ Botschaft zum Transplantationsgesetz, S. 137, (Fn. 6).

¹⁰⁶ Vgl. dafür Gesetz über das Prostitutionsgewerbe (PGG) vom 07.06.2012, SR 935.90, Art. 16.

um ihr angebliches Wohlergehen willen mit den rechtlichen [...] Mitteln des Gebotes, Verbotes und der Zwangsdrohung ohne bzw. gegen ihren Willen „vor sich selbst“ zu schützen»¹⁰⁷. Die Befürwortung bzw. die Ablehnung des Paternalismus beruht meistens auf einer gesellschaftspolitischen Überzeugung. So ist der Paternalismus mit einer liberalen Weltanschauung nicht vereinbar. Nach liberaler Auffassung besitzt jeder Mensch ein Selbstbestimmungsrecht im Umgang mit dem eigenen Körper. Das Selbstbestimmungsrecht betrifft auch die Selbstschädigung des Körpers zur Veräusserung eines Organs¹⁰⁸.

In seiner Botschaft schreibt der Bundesrat stets von natürlichen Personen, welche keinen finanziellen Gewinn erhalten dürfen. Dabei geht jedoch vergessen, dass bei jeder Organentnahme für bestimmte Personenkreise ein finanzieller Gewinn entsteht. Streng genommen profitieren Ärzte und Krankenversicherungen von einer erfolgreichen Transplantation. Aus meiner Sicht fällt das Spitalpersonal aber unter die Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 TxG, da ihr finanzieller Vorteil in Form ihres Arbeitsgehaltes besteht. Krankenkassen hingegen, erzielen durch eine erfolgreiche Transplantation einen direkten finanziellen Vorteil. Von den eingesparten Gesundheitskosten, welche bei einer erfolgreichen Transplantation anfallen, profitieren vor allem die Krankenversicherungen.

Es stellt sich hier also zwangsläufig die Frage, ob nicht eine Umwandlung zwischen Krankenkassen und Spendern stattfinden sollte.

3.2.2 Vereinbarkeit mit der Menschenwürde

Fraglich ist, ob der Organhandel mit der Menschenwürde vereinbar ist. In Deutschland wurde diese Frage mittels der von Düring geprägten Objektformel beantwortet, welche «[...] jegliche Gewährung von Gegenleistungen für menschliche Organe als

¹⁰⁷ T. Gutmann, Paternalismus und Konsequentialismus, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster, 2011, S. 5.

¹⁰⁸ B. Herrmann, Körperkommerz: Verfügungsrechte über den eigenen Körper aus philosophischer und ethischer Perspektive, in: Susanne Beck (Hrsg.), Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, S. 539.

Verstoss gegen die Menschenwürde [...]»¹⁰⁹ sieht. Die Objektformel wurde entwickelt, um die Menschenwürde genauer zu umschreiben. Diese leitet sich aus Kants zweiter Formel des kategorischen Imperativs ab. Somit verstösst es gegen die Menschenwürde, wenn der Mensch zu einem Objekt des Staates wird, so z. B. durch Massnahmen, durch welche der Status als Rechtssubjekt verletzt wird¹¹⁰.

M.E. kann die Objektformel auch auf die Schweiz übertragen werden. Dadurch würde eine Organspende für eine Gegenleistung die Menschenwürde verletzen und somit würde bereits Art. 1 des TxG verletzt werden.

3.2.3 Missbrauch

Ausserdem schwebt beim Thema Organhandel stets das Thema des missbräuchlichen Handels mit. So erscheinen von Zeit zu Zeit Medienberichte über die Entführung von Touristen zum Zweck der Organentnahme. Jedoch schreibt Peter König dazu:

«Es entbehrt nicht einer gewissen Schlüssigkeit, dass Schwerkriminelle auch vor einer gewaltsamen «Ausschlachtung» von Menschen nicht zurückschrecken. Bei der Würdigung einschlägiger Berichte gerade in einer medialisierten Gesellschaft ist gleichwohl Vorsicht am Platz»¹¹¹.

Auch m.E. scheint es unwahrscheinlich, dass jemand zwecks Organentnahme entführt wird. Damit das Organ nicht geschädigt wird, muss eine Organentnahme in einer sterilen Umgebung vorgenommen werden. Es ist zweifelhaft, ob eine kriminelle Organisation über eine derartige Infrastruktur verfügt.

Auch wenn diese Fälle von Organhandel erfunden sein mögen, so findet insbesondere durch die Ausnützung von Armut ein missbräuchlicher Organhandel statt. Es ist moralisch verwerflich, das Leid eines Menschen zu seinem eigenen Nutzen zu missbrauchen.

¹⁰⁹ A. Bondolfi/U. Kostka/K. Seelmann, Ethik und Recht, Hirntod und Organspende, Schwabe Verlag AG, Basel, 2003, S. 177.

¹¹⁰ BVerfGE Band 115, 118 (2006).

¹¹¹ P. König, Strafbarer Organhandel, Peter Lang GmbH, europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 1999, S. 38.

3.2.4 Anreizsystem

Es bleibt aber fraglich, ob nicht ein Anreizsystem in Form von «geldwerter Entschädigung, beispielsweise in Form von Gutscheinen oder der Reduktion von Krankenkassenbeiträgen»¹¹² eingeführt werden sollte. Wie bereits erläutert, existiert bei der Blutspende bereits ein solches Anreizsystem. Ausserdem hat der US-Bundesstaat Pennsylvania mit der Zahlung von Todesfallkosten ebenfalls eine gesonderte Art eines Anreizsystemes. Fraglich bleibt bei all diesen Ideen aber, ob diese tatsächlich einen Anreiz zur Organspende bilden, oder nicht vielmehr eine Form des Dankes darstellen.

In der Vergangenheit wurde die Idee lanciert, dass ein potentieller Spender mit einem potentiellen Empfänger einen Vertrag abschliessen könnten. Bei Abschluss des Vertrages erhält der Spender eine Entschädigung und der Empfänger das Recht, die Organe zu erhalten. Der Kauf bzw. der Verkauf dieser hätte anschliessend über den Staat abgewickelt werden sollen¹¹³. Damit könnte der illegale und missbräuchliche Organhandel bekämpft werden. Wie zuvor erläutert, wird dieses System im Iran seit bereits 20 Jahren angewandt. Der Mensch würde dadurch trotzdem aus staatlicher Sicht objektisiert werden, was mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist.

3.2.5 Zwischenfazit

Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte scheint es falsch zu sein, den Organhandel als solchen zu erlauben. Die Gefahr von Missbrauch, Wucher und der Spende aus «falschen» Gründen scheint sehr hoch. Problematisch gestaltet sich ebenfalls die Objektformel. Ohne diese wäre ein altruistischer Handel sogar möglich. Die Möglichkeit eines Anreizsystemes wäre aber durchaus gerecht. Dennoch besteht auch hier die Gefahr, dass die altruistische Spende zugunsten des Anreizmodells zurücktritt.

An dieser Stelle möchte ich einen kleinen Vergleich zum Thema Homosexualität ziehen. Homosexualität war über Jahrhunderte verpönt und wurde strafrechtlich verfolgt. Die Gründe hierfür waren unterschiedlich. Inzwischen ist die Akzeptanz für

¹¹² Y. Neufeind, Ethik, Recht und Politik der Postmortalen Organtransplantation, S. 265, (Fn.50).

¹¹³ D. Price, Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation, University Press, Cambridge, 2000, S. 372.

Homosexualität in unserer westlichen Gesellschaft vorhanden. Ängste, welche von Kritikern geschürt wurden, blieben unbegründet. Es stellt sich daher die Frage ob die Angst vor einem Anreizsystem nicht ebenfalls unbegründet ist.

3.3 Die Widerspruchslösung und weitere Modelle

Ich habe unter Abschnitt 1.7 eine juristische Einschätzung der Widerspruchslösung abgegeben. Rechtlich gesehen ist ein Systemwechsel von der Zustimmung- zur Widerspruchslösung unproblematisch.

Gemeinhin wird darauf verwiesen, dass durch einen Wechsel von der Zustimmungslösung zur Widerspruchslösung eine Erhöhung der Spenderate erreicht werden könnte. Werden die verschiedenen Staaten anhand ihrer Spenderate und dem angewandten Modell verglichen, so zeigt sich jedoch kein frappanter Unterschied¹¹⁴.

Im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung existieren trotzdem einige ethische und moralische Bedenken.

3.3.1 Widerspruchslösung

Die Widerspruchslösung setzt voraus, dass die Bevölkerung ausreichend darüber informiert wird und dass die Möglichkeit geschaffen wird, sich aktiv dagegen aussprechen zu können (bspw. mittels Spenderegister). Aus der Sicht einer liberalen Weltanschauung, welche eigenverantwortliches Handeln durch den Menschen voraussetzt, ergeben sich keine Konfliktfelder. Kritisch wird dieser Denkansatz bei Personengruppen, welche sich kategorisch nicht mit ihrem Tod oder einem Behördengang auseinandersetzen wollen. Ebenfalls betroffen wären Personenkreise, welche grundlegende sprachliche Defizite (bspw. Einwanderer) aufweisen. Im Gegensatz zu gesetzlichen Pflichten wie bspw. dem Ausfüllen einer Steuererklärung, handelt es sich beim Selbstbestimmungsrecht über seine Organe um keine Pflicht. Der Staat sollte sich im Sinne eines paternalistischen Gedankens (siehe mehr unter Abschnitt 3.2) für das Wohl seiner Bürger einsetzen.

¹¹⁴ Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, Anhang 3, S. 106.

Letztlich zu erwähnen sei noch, dass die Widerspruchslösung den Begriff der Spende unterwandert. Wird wie bei der Widerspruchslösung eine Zustimmung zur Organentnahme vermutet, kann nicht mehr von einer Spende ausgegangen werden. Der altruistische Grundgedanke wird in den Hintergrund gedrängt, da die Motivation des Spenders ungewiss wird. So liesse sich die berechnete Frage stellen, ob dieser überhaupt damit einverstanden gewesen wäre.

Unter diesen Gesichtspunkten ist von der Einführung der Widerspruchslösung abzu-
sehen.

Da die Widerspruchslösung ethisch und moralisch diverse Mängel aufweist, wurden weitere Modelle und Konzeptionen entwickelt.

3.3.2 Informationslösung

Die Informationslösung sieht eine Informierung der Bevölkerung über den Modellwechsel vor. Weiter werden Angehörige über eine bevorstehende Entnahme informiert und müssen sich daraufhin aktiv gegen diese aussprechen, um diese zu verhindern. Die Informationslösung gilt als eine abgewandelte Form der Widerspruchslösung und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen (siehe Abschnitt 1.7.2) zulässig.

Durch die Kombination der klassischen (z. B. Plakatkampagnen) mit den modernen Medien (z. B. Social Media) ist es heute inzwischen wesentlich einfacher, grosse Teile der Bevölkerung zu informieren. Fraglich bleibt, ob eine passive Form der Aufklärung, i.S. von Plakaten oder Werbebanner ausreicht. Das Thema sollte ebenfalls vermehrt in Bildungseinrichtungen o.ä. thematisiert werden.

Nichtsdestotrotz bleiben die ethischen Bedenken, welche ich im Zusammenhang mit der Widerspruchslösung (Abschnitt 3.3.1) hervorgebracht habe, bestehen. Daher ist auch die Informationslösung abzulehnen.

3.3.3 Erklärungslösung

Die Erklärungslösung fordert, dass jeder erwachsene Bürger sich mit dem Thema Organspende auseinandersetzen muss. So wird in Deutschland gefordert, dass die

Bürger bei der Ausgabe von Ausweisen ihren Willen abgeben können¹¹⁵. Fraglich bleibt inwieweit dabei das Selbstbestimmungsrecht tangiert wird. In der Schweiz wird daher gefordert, dass auch die Möglichkeit, keine Erklärung abzugeben, erlaubt und konsequenzenlos sein muss¹¹⁶.

3.3.4 Notstandslösung

Gemäss der Notstandslösung ist eine «[...] Organentnahme immer – selbst bei vorliegendem Widerspruch des Verstorbenen – zulässig [...]»¹¹⁷ Die Notstandslösung ist aus dem Konstrukt des rechtfertigenden Notstandes (Art. 17 StGB) entstanden. Rechtlich kann der rechtfertigende Notstand aufgrund der Bestimmungen des TxG nicht angewendet werden. Fraglich bleibt aber, ob es vertretbar ist, gesellschaftliche Interessen dem Selbstbestimmungsrecht vorzuziehen. Die Notstandslösung umschreibt das Prinzip des Utilitarismus (vgl. Definition Abschnitt 3.4). Die Notstandslösung beschreibt von allen bestehenden Systemen die einschneidenste Variante des Selbstbestimmungsrechts. Der Mensch wird m.E. zu einem lebenden Ersatzlager, welchem bei Bedarf Organe entnommen werden können. Die Menschenwürde wäre akut gefährdet, weshalb ich unter diesen Aspekten die Notstandslösung ablehne.

3.3.5 Praktische Anwendbarkeit der Notstandslösung

Gemäss geltendem Recht darf eine Organentnahme nicht durchgeführt werden, wenn kein Wille des Patienten vorliegt und die Angehörigen nicht erreichbar sind. Es stellt sich die Frage, ob in diesem Fall die Notstandslösung vertretbar ist. Wird eine Güterabwägung vorgenommen, so liegt der Schluss nahe «[...]», dass das Lebensinteresse eines konkret bestimmten, in akuter Lebensgefahr befindlichen

¹¹⁵ Bundestagsdrucksache Nr. 19/11087, Gesetzesentwurf zur «Stärkung der Entscheidungsbereitschaft bei der Organspende», Deutscher Bundestag.

¹¹⁶ Organspende, Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin NEK, Bern, 27. Juni 2019, S. 29.

¹¹⁷ L. C. Nickel/A. Schmidt-Preisigke/H. Sengler, Transplantationsgesetz, S. 7 (Fn.68).

Organempfängers das nachwirkende allgemeine Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Spenders wesentlich überwiegen dürfte»¹¹⁸.

Ich würde dieser Argumentation nur unter drei Voraussetzungen folgen. Erstens darf keine Willensäußerung vorliegen (auch keine mutmassliche, welche sich z. B. anhand der Lebensweise des Verstorbenen manifestieren lässt). Das Fehlen der Willensäußerung muss glaubhaft sein. Zweitens dürfen keine nahen Angehörigen vorhanden sein. Die Unerreichbarkeit von Angehörigen genügt m.E. nicht. Vielmehr muss der Verstorbene ein Mensch ohne soziale Kontakte sein. Denn nur so kann sichergestellt werden, dass das Umfeld nicht in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt wird. Als dritte und letzte Voraussetzung müssen physiologische Abklärungen erfolgen, damit abgeklärt werden kann, ob mit einer Organentnahme ein *super-urgent* Patient vor dem Tod gerettet werden kann. Nur wenn diese drei Kriterien kumulativ erfüllt sind, empfinde ich die Anwendung des Notstandes als ethisch vertretbar. Ich bin mir bewusst, dass ich hierfür hohe Anforderungen gestellt habe, welche höchstwahrscheinlich äusserst realitätsfern sind.

3.4 Dilemma der Organallokation

Gemäss Art. 119a BV ist der Bund angehalten, gerechte Kriterien für die Zuteilung von Spendeorganen aufzustellen. Diese werden durch die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen erfüllt. So gelten in Art. 18 Abs. 1 TxG die medizinische Dringlichkeit, der Nutzen einer Transplantation und die Wartezeit auf ein Organ als massgebende Kriterien. Mit Art 18 Abs. 2 TxG hält der Gesetzgeber fest, dass Patienten unabhängig von ihrem gesundheitlichen Status stets mit gleicher Wahrscheinlichkeit ein Spenderorgan erhalten. Dies bedeutet, dass ein *super-urgent* Patient nicht gegenüber eines *transplantable* Patienten länger auf ein Organ warten muss.

¹¹⁸ M. Krefft, juristische Probleme der Transplantationsmedizin, Übersicht über die gegenwärtige Rechtslage, in: Hirntod und Organverpflanzung, Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin, J. S. Ach/M. Quante (Hrsg.), zweite Auflage, Friedrich Frommann Verlag, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1999, S. 217.

Ausserdem wurde ein Diskriminierungsverbot statuiert. Somit liegt der Schluss nahe, dass in der Schweiz für die Organallokation das Prinzip der Gerechtigkeit angewendet wird.

Unter dem Begriff Gerechtigkeit versteht man einen

«[...] Idealzustand ausgeglichener Interessen ohne Benachteiligung von Einzelnen [...]. Wichtigste Prinzipien sind Gleichheit (jedem das Gleiche), Leistung (jedem nach seinen Leistungen) und Bedürfnis (jedem nach seinen Bedürfnissen)»¹¹⁹.

Nach diesem Prinzip und der in der Schweiz ausgearbeiteten Kriterien ist es möglich, dass eine Person mit einer selbstverschuldeten Alkoholerkrankung und einer daraus resultierenden Leberzirrhose vor einem anderen Patienten ohne Alkoholerkrankung eine neue Leber erhält.

Die Gerechtigkeitstheorie lässt sich in drei weitere Theorien aufteilen: den Utilitarismus, die soziale Gleichheit und den Liberalismus.

Utilitarismus:

Der Begriff des Utilitarismus wurde v.a. durch die Philosophen Jeremy Bentham und John Stuart Mills geprägt. Oberste Maxime des Utilitarismus ist die Erreichung des grösstmöglichen Nutzens für die Gesellschaft. Daraus folgt, dass Einzelne auch Nachteile in Kauf nehmen müssen, sofern die Allgemeinheit daraus einen Vorteil erlangt. Die Reihenfolge von Gerechtigkeit und Kollektivwohl wird umgedreht, sodass das Kollektivwohl stets prioritär ist¹²⁰.

Soziale Gerechtigkeit:

Der Begriff der sozialen Gerechtigkeit wurde im Jahre 1971 durch John Rawls in seinem Werk «Theory of Justice» dargelegt. In diesem legt Rawls dar, wie in einer Gesellschaft der Begriff der Gerechtigkeit definiert werden sollte. Nach Rawls muss die

¹¹⁹ M. Schmitt, Gerechtigkeit, Gerechtigkeitsprinzip, In M. A. Wirtz (Hrsg.), Dorsch – Lexikon der Psychologie. Abrufbar unter: <https://m.portal.hogrefe.com/dorsch/gerechtigkeit-gerechtigkeitsprinzip/> (Abgerufen am 18.09.2019).

¹²⁰ O. Höffe, Ethik und Politik, Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1979, S. 152.

Gerechtigkeit das oberste Prinzip der Gesellschaft sein. Rawls stellt dafür einen Urzustand her, in dem alle Menschen gleich sind. Keiner soll «aus seinen natürlichen Talenten und seiner sozialen Lage Gewinne oder Nachteile erzielen. In diesem Sinne eines gleichen Vorteils für jeden gilt die Gerechtigkeit als Fairness»¹²¹.

Laut Rawls würde der Mensch im Urzustand zwei Strukturelemente wählen: «erstens eine Gleichheit der Grundrechte und Grundpflichten und zweitens die Akzeptanz der Bedingung, dass gesellschaftliche und wirtschaftliche Ungleichheiten ausschliesslich dann zu Recht bestehen, wenn sich daraus auch wieder Vorteile für alle, insbesondere für die Schwächeren in der Gesellschaft ergäben.»¹²². Aus diesem Grund schliessen sich Rawles soziale Gerechtigkeit und der Utilitarismus aus.

Den Liberalismus habe ich bereits im Zusammenhang zur Autonomie des Patienten angesprochen (Abschnitt 3.1).

Rein theoretisch wäre eine Organzuteilung anhand des utilitaristischen Prinzips möglich. Das zuvor erläuterte Dilemma mit der selbstverschuldeten Lebererkrankung (vgl. Abschnitt 3.4) liesse sich dadurch einfacher lösen. Die Grundrechte sprechen jedem Menschen jedoch unveräusserliche Rechte zu, «der Utilitarismus dagegen verrechne das Wohlergehen des einen gegen das des anderen[...]»¹²³. Er führt «zu einer Art von Kollektivegoismus, dem eine Unterdrückung von Minderheiten erlaubt ist - sofern sie sich nur mit einer solchen Besserstellung der Mehrheit verbindet [...]»¹²⁴.

Diese Theorie verstösst gegen das schweizerische Diskriminierungsverbot, das besagt, dass ein Mensch aufgrund unverschuldeter Eigenschaften (z. B. seines Alters oder einer Erkrankung) keinen tieferen Stellenwert in unserer Gesellschaft haben darf als ein anderes Mitglied. Um die Entscheidungsfindung zu erleichtern, müsste der

¹²¹ O. Höffe, Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, S. 15.

¹²² M. Senn, Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, historische Fundamente der europäischen, nord-amerikanischen, indischen, sowie chinesischen Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2017, S. 183.

¹²³ U. Oelert, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2002, S. 24.

¹²⁴ O. Höffe, Ethik und Politik, S. 151 (Fn.120).

Mensch zu einem Objekt degradiert werden. Zieht man auch hier wieder die Objektformel heran, so würde der Utilitarismus gegen die Menschenwürde verstossen und ist deshalb abzulehnen.

Aus liberaler Sichtweise müsste es in der Eigenverantwortung eines jeden Einzelnen stehen, zu den von ihm benötigten Organen zu gelangen. Daraus ergibt sich, dass auch der Handel der Organe zulässig wäre.

Unsere Rechtsordnung und unser Gesundheitssystem basieren jedoch auf einem Solidaritätsgedanken. Der Liberalismus steht diesem Gedanken entgegen. Im Bereich der Organspende befürchte ich, dass der Liberalismus zu einem selbstbezogenen Handeln führen würde. Ein missbräuchlicher Organhandel könnte somit nicht ausgeschlossen werden. Daher ist der Liberalismus hier klar abzulehnen.

Prinzip der Schadensvermeidung

Kinder werden bei einer Nierenspende grds. bevorzugt, da diese einen grösseren medizinischen Schaden von einer Dialyse erhalten würden als Erwachsene. Diese Anwendung der Schadenminimierung stellt aber gleichzeitig eine Verletzung des Gleichheitsprinzips dar.

Kinder bedürfen einerseits einen höheren Schutz und andererseits kann ein Kind nicht mit einem Erwachsenen gleichgestellt werden. Kinder untereinander werden wiederum nach den gesetzlichen Bestimmungen gleichbehandelt. Insofern sehe ich das Gleichheitsprinzip nicht verletzt.

Abschliessend lässt sich sagen, dass die Zuteilung von Organen zwar auf ethische Prinzipien basiert, diese im Endeffekt aber durch medizinische Faktoren definiert werden.

Massgebend für die Zuteilung sind folglich vor allem medizinische Faktoren (bspw. die Blutgruppenkompatibilität).

3.5 Organspende nach Hinrichtung

In China war es möglich, vor einer Hinrichtung sein Einverständnis zur Organspende zu geben. Aufgrund internationalen Drucks hat China diese Praxis offiziell eingestellt.

Es stellt sich aber die Frage, inwiefern die Organspende nach einer Hinrichtung ethisch vertretbar ist.

Um dies zu klären, muss ich aber zuerst auf die ethische Vertretbarkeit der Hinrichtung eingehen.

Die Todesstrafe wurde und wird nach wie vor in einigen Kulturen praktiziert. In den meisten westlichen Staaten ist die Todesstrafe inzwischen verboten. Ein Verbot oder eine Legalisierung ebendieser hängt sehr stark von der rechtsethischen Weltanschauung des entsprechenden Staates ab.

In Bezug auf die Frage nach der Vertretbarkeit der Todesstrafe wurde die Lehre der Heiligkeit des Lebens entwickelt. Auf den ersten Blick scheint durch diese die Todesstrafe per se ausgeschlossen. Denn wird das Leben als heiliges Gut betrachtet, so darf es von niemanden ausgelöscht werden. Dennoch haben die Anhänger dieser Theorie die Todesstrafe befürwortet. Sie beriefen sich auf eine Auslegung des fünften Gebots nach Martin Luther.

So steht dort, dass Gott der Obrigkeit die Macht gegeben hätte, Missetäter mit dem Tod zu bestrafen und dass sich die Gesellschaft gegen Feinde schützen darf¹²⁵.

Daraus ergeben sich zwei unterschiedliche Interpretationsansätze: Einerseits ist das Töten durch die Obrigkeit richtig, wenn damit ein Schuldiger bestraft wird.

Die zweite Auslegung legt nahe, «dass die Tötung eines Individuums, egal von wem sie begangen wird, falsch ist – solange das betroffene Individuum [es] nicht verdient, getötet zu werden»¹²⁶.

Das heisst, die Todesstrafe ist immer nur dann ethisch vertretbar, wenn der «Richtige» dadurch hingerichtet wird.

Unsere Bundesverfassung garantiert das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV). Als Kerngehalt dieses Grundrechts gilt das Verbot der Todesstrafe. Dieser Kerngehalt darf und kann unter keinen Umständen verletzt werden. Daraus ergibt sich also zwangsläufig, dass die Todesstrafe in der Schweiz ethisch nicht vertretbar ist. Dies gilt nicht nur für

¹²⁵ T. Tännjö, Zur Ethik des Tötens, neue Anstösse zur Reflexion eines umstrittenen Problems, Lit Verlag, Berlin, 2006, S. 114.

¹²⁶ T. Tännjö, Zur Ethik des Tötens, S. 115 (Fn.125).

die Schweiz, sondern für alle Staaten, welche das 2. Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II unterschrieben haben. (Verbot der Todesstrafe in Friedens- und Kriegszeiten)¹²⁷.

Zieht man diese beiden Anschauungen heran, so ist nach unserem hiesigen Rechtsverständnis die Theorie auf das Recht auf Leben ausgeprägter. Mit diesem Hintergrund ist die Todesstrafe ethisch nicht vertretbar. Eine Organentnahme muss stets ethischen Grundsätzen entsprechen. Wenn der Tod eines Menschen durch ethisch nicht vertretbare Umstände eintritt, so ist m.E. eine Organentnahme nach einer Exekution ebenso ethisch unvertretbar.

In China ist die Todesstrafe als höchste Bestrafungsmethode gesetzlich verankert. Wir können also davon ausgehen, dass sich die Volksrepublik China auf das Prinzip der Heiligkeit auf Leben beruft. Die Exekution wäre folglich ethisch vertretbar (sofern es dabei einen Schuldigen trifft) und würde in der Folge einem normalen Todesfall gleichgestellt werden. In diesem Falle würde die Organentnahme nach den gesetzlichen Regelungen folgen und wäre somit legitim.

3.6 Hirnverpflanzung

An dieser Stelle möchte ich nur kurz auf das Thema der Gehirnverpflanzung verweisen. Nach aktuellem Stand der Wissenschaft ist es bisher nicht gelungen, Teile eines Gehirns oder einen menschlichen Kopf zu verpflanzen. Bislang hat sich diese Wissenschaft nur auf Tierversuche beschränkt. Auch wenn sich dadurch u.U. neue, weitreichende Möglichkeiten ergeben könnten, wäre eine Hirnverpflanzung m. E. unter keinen Umständen ethisch vertretbar. Das Gehirn ist verantwortlich für die Entwicklung unserer Persönlichkeit. Es ist nicht auszuschliessen, dass sich mittels einer Gehirnverpflanzung unsere Persönlichkeit verändert. Dies stellt m. E. einen schweren Eingriff in die Menschenwürde dar. An dieser Stelle bräuchte es ein staatliches Verbot, sodass schon nur die Möglichkeit der Forschung unterbunden werden könnte.

¹²⁷ Zweites Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe, vom 16. September 1994, SR. 0.103.22.

3.7 Ethische Fragen der Xenotransplantation

Nachdem ich bereits unter Abschnitt 1.9 die rechtliche Situation der Xenotransplantation erläutert habe, möchte ich noch ein paar Gedanken zu den ethischen Aspekten erläutern.

Anthropozentrischer Tierschutz:

Bereits René Descartes war der Auffassung, dass Tiere eine blosser Sache darstellen. Philosophen wie Hegel und Kant vertraten dieselbe Ansicht. Gemäss Hegel ist es unwesentlich, ob das Tier empfindungsfähig ist; relevant ist nur sein Äusserliches, und daher ist es als Sache zu werten¹²⁸.

Dadurch, dass das Tier als Sache gewertet wird, entstand der anthropozentrische Tierschutz. Das Tier wird geschützt, um den Menschen zu schützen, denn «ein grausamer Umgang mit dem Tier könne sich auf den Menschen negativ auswirken und sei deshalb zu unterbinden.»¹²⁹. Heute steht der Pathozentrismus (s. u.) im Vordergrund.

Pathozentrismus:

«Unter pathozentrisch [...] wird die Gesamtheit der Konzeptionen zum Schutz der Tiere verstanden, die das Tier unabhängig von menschlichen Interessen unmittelbar um seiner selbst willen als eigenständigen Wert behandeln»¹³⁰. Der Grundpfeiler des Pathozentrismus besteht darin, dem Tier die Leidensfähigkeit zuzusprechen.

Im Bezug zur Organentnahme stellen sich jedoch weitere wichtige ethischer Fragen. Inwiefern ist das Töten eines Tiers zur Organentnahme rechtlich sowie ethisch zulässig?

Gemäss Art. 4 Abs. 2 Tierschutzgesetz darf keinem Tier Leid angetan oder in Angst versetzt werden, bzw. seiner Würde beraubt werden¹³¹. Bei der Einführung des

¹²⁸ G. Hager, Das Tier in Ethik und Recht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, S. 24.

¹²⁹ G. Hager, Das Tier in Ethik und Recht, S. 24 (Fn.128).

¹³⁰ J. Caspar, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, eine rechtliche Neukonstruktion auf philosophischer und historischer Grundlage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 114.

¹³¹ Tierschutzgesetz (TschG), vom 16. Dezember 2005, SR 455, Art. 4 Abs. 2.

Tierschutzgesetzes hielt der Bundesrat fest, dass das Gesetz die Würde und das Wohlergehen des Tieres schützen würde, nicht aber sein Leben. Das Töten von Tieren im Rahmen einer Schlachtung bliebe daher erlaubt¹³².

Das Gesetz spricht dem Tier einen relativen Würdebegriff zu. Dies bedeutet, dass Handlungen, welcher der Würde des Tieres entgegenstehen auch dann vollzogen werden dürfen, wenn ein überwiegendes Interesse diese rechtfertigen¹³³. Es wäre falsch, der Tierwürde auch einen Lebensschutz zuzustehen, da andernfalls bei jeder Tötung eines Tieres eine Güterabwägung vorgenommen werden müsste¹³⁴. Aus diesem Grund empfinde ich es als grds. zulässig, Tiere im Bezug einer Organtransplantation zu töten.

Hingegen wurde bewiesen, dass Primaten sehr wohl eine Art Selbstbewusstsein entwickeln. Daher wird ihnen «[...] in der Tierethik allgemein ein Lebensrecht im gleichen Sinn zugesprochen, wie Menschen es haben»¹³⁵. Schon nur aus diesem Grund dürften (zumindest) Primaten nicht rein für eine Organentnahme getötet werden. Der Gesetzgeber folgt dieser Ansicht. Fraglich bleibt, ob auch andere Tiere, (z. B. Schweine) ein Selbstbewusstsein entwickeln. Wäre dies der Fall, müsste konsequenterweise auch ihre Tötung zum reinen Zweck einer Organentnahme verboten werden. Eine Organentnahme wäre aber weiterhin zulässig im Rahmen einer Schlachtung zur Fleischproduktion.

Bedient man sich des Prinzips des Utilitarismus oder der Ansicht von Descartes, so ist das Töten des Tieres zur Organentnahme sehr wohl zulässig.

Weiter stellen sich diverse Fragen inwiefern die Züchtung transgener Tiere überhaupt ethisch vertretbar ist. Art. 8 des Gentechnikgesetzes¹³⁶ erlaubt die Manipulation am

¹³² Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes, vom 9. Dezember 2002, (BBl 2002 657), S. 674.

¹³³ K. P. Rippe, Ein Lebensschutz für Tiere, in: Animal Law- Tier und Recht, Margot Michel/Daniela Kühne/Julia Hänni (Hrsg.), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2012, S. 90.

¹³⁴ K. P. Rippe, Ein Lebensschutz für Tiere, S. 92 (Fn.133).

¹³⁵ U. Wolf, Ethik der Mensch-Tier-Beziehung, Vittorio Klostermann GmbH, Frankfurt am Main, 2012, S. 122.

¹³⁶ Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (Gentechnikgesetz, GTG), vom 21. März 2003, SR 814.91.

Genmaterial eines Tieres sofern nicht seine Würde verletzt wird. Dies ist im Einzelfall anhand einer Interessensabwägung durchzuführen. Dabei gelten aber als schutzwürdige Interessen die Gesundheit des Menschen. Gemäss Gesetz ist die Züchtung transgener Tiere vertretbar. So existieren hingegen Ethiker, welche «die Integrität (des Tieres) mit dem individuellen Gut eines Tieres»¹³⁷ gleichsetzen. Unter dem individuellen Gut können «die Funktionen und Fähigkeiten [eines Tieres], die ein Lebewesen einer Art in der Regel ausüben kann¹³⁸» bezeichnet werden. Diese Definition führt dazu, dass transgene Tiere, solange sie dieselben Fähigkeiten wie ihre Artgenossen aufweisen, nicht in ihrer Würde verletzt werden. Daher ist m.E. die Züchtung von transgenen Tieren ethisch durchaus zulässig.

Sollte die Transplantation von tierischen Organen möglich sein, so muss u.U. ein neues Allokationssystem erarbeitet werden. Da Tiere grundsätzlich eine Sache darstellen (Art. 641a ZGB), ergeben sich keine Probleme betreffend die Zustimmung der Entnahme. Tiere könnten beliebig gezüchtet und zur Organentnahme verwendet werden. Dies würde zu einer Steigerung der verfügbaren Organe führen und den Organmangel bekämpfen.

Fraglich bleibt jedoch, inwiefern tierische Organe den menschlichen gleichgestellt werden können. Dies hängt stark davon ab, ob tierische Organe als vollwertiger Ersatz zu menschlichen Transplantaten betrachtet werden, oder nur eine Zwischenlösung darstellen. Stellt das tierische Organ lediglich eine Zwischenlösung dar, so stellen sich weitere Fragen. Kommt ein Patient, welcher ein transplantiertes Tierorgan besitzt, in eine medizinische Notlage, so könnte er gegenüber anderen Patienten, welche sich auf der Warteliste befinden, einen Vorteil haben¹³⁹.

Ebenso stellen sich Fragen der Lebensdauer tierischer Organe. Würde sich beispielsweise bestätigen, dass tierische Transplantate eine kürzere Lebensdauer als ihre

¹³⁷ M. Fischer, Der Begriff der Menschenwürde, Definition, Belastbarkeit und Grenzen, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004, S. 223.

¹³⁸ K. P. Rippe, Sind transgene Tiere in ihrer Würde verletzt?: Ein Beitrag zu einer argumentativen Diskussion um die Gentechnik, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, band 78, Heft 3, 1998, S. 29.

¹³⁹ U. Oelert, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, S. 178 (Fn. 123).

menschlichen Gegenstücke besitzen, bestünde die Möglichkeit, diese älteren Menschen zu verpflanzen. Dies würde aber weitere Fragen aufwerfen. Eine Xenotransplantation kann und darf nicht gegen den Willen einer älteren Person erfolgen. Stünde dieser Person nur diese Art der Transplantation zu, und würde sie sich gegen eine Transplantation aussprechen, so könnte dies u.U. zum Tod des Betroffenen führen. Der Staat würde dadurch das Recht auf Leben verletzen, zumindest im Falle, wenn ein passendes menschliches Organ den Tod des Menschen hätte verhindern können.

Ein weiteres Risiko, welches bei der Xenotransplantation besteht, ist die Angst vor der Übertragung von Viren oder anderen Krankheitserregern, bzw. deren Mutation. Es besteht das Risiko der Entwicklung neuartiger Krankheiten, deren Ausmass uns unbekannt sein dürfte. Daher sind erweiterte Aufklärungspflichten bei einem Einsatz am Menschen unabdingbar. Ziel ist nicht nur der Schutz der Empfänger, sondern der gesamten Bevölkerung vor Infektionsrisiken¹⁴⁰.

Im Zusammenhang mit der Xenotransplantation stellen sich diverse juristische sowie ethische Frage. Ich verzichte auf eine Beantwortung dieser Fragen, da sich die Xenotransplantation erst in einem frühen Entwicklungsstadium befindet und ich daher vor allem spekulative Annahmen treffen müsste.

M. E. sollte vom heutigen Standpunkt aus betrachtet die Xenotransplantation erst angewendet werden, wenn es der Wissenschaft gelungen ist, eine Gleichwertigkeit zwischen menschlichen und tierischen Transplantaten herzustellen. Zum jetzigen Zeitpunkt würde es nur zu einer groben Ungerechtigkeit und zu einem teilweise vorhandenen staatlichen Zwang in der Organallokation führen.

¹⁴⁰ Y. Neuefeind, Ethik, Recht und Politik der Postmortalen Organtransplantation, S. 62 (Fn.50).

4 Fazit

Meine eingangs gestellte Frage, ob das Organspendewesen in der Schweiz dereguliert werden könnte, ist grundsätzlich zu bejahen. Würden sämtliche gesetzlichen Bestimmungen abgeschafft werden, so wäre das Organspendewesen vollständig dereguliert und würde durch private Akteure kontrolliert werden.

Der private Markt regelt sich über Angebot und Nachfrage. Bei Organen ist die Nachfrage viel höher als das Angebot. Ohne gesetzliche Regeln würden Empfänger, wie auch potentielle Spender, unter Druck gesetzt werden. Das Risiko von Missbrauch und Wucher wären gegeben. Der Staat hat in Bezug auf diese Thematik die Pflicht, strenge Regeln aufzustellen. In einer rechtsstaatlichen Gesellschaft muss der Staat den Schutz der verschiedenen Grundrechte garantieren. Weiter hält der Staat die Rolle des Beschützers der Schwachen und Kranken inne, welche in einem privaten Transplantationswesen untergehen würden.

In Anbetracht unserer Verfassung und unserer Gesetze gibt es m.E. nur sehr wenige Deregulierungsmöglichkeiten. Eine Möglichkeit besteht darin, das absolute Prinzip vom Verbot von finanziellen Vorteilen zu lockern. Der Organmangel ist ein ernsthaftes gesundheitspolitisches Thema. Es ist falsch und unliberal, dieses mittels der Einführung der Widerspruchslösung anzugehen. Stattdessen müssen Anreize für eine Transplantation geschaffen werden. Es muss die Möglichkeit bestehen, den Handel zwar weiterhin zu verbieten, aber materielle Anreize zuzulassen. Diese müssen auch nicht zwingend durch den Staat sichergestellt werden (das Risiko der Objektivierung könnte dennoch bestehen). Durch die freiwillige Aufhebung der Anonymität zwischen Spendern und Empfängern, könnte die Möglichkeit geschaffen werden, sich bei Empfängern auch mittels materieller Geschenke zu bedanken. Auch private Stiftungen oder dergleichen könnten die Möglichkeit erhalten, mittels Anreize für die Organspende zu werben.

Ich befürworte auch die gesetzliche Regelung aus dem US-Bundesstaat Connecticut. So sollen die Bürger in verschiedenen Bereichen ihres Lebens immer wieder mit dem Thema der Organspende konfrontiert werden. Würde dieses Thema jedes Mal bei

der Ausstellung eines Führerscheins oder eines Identitätsausweises angesprochen werden, so könnte die Spenderate bestimmt deutlich erhöht werden.

Weiter sollten die starre Altersvorschriften gelockert werden. Stattdessen kann vielmehr auf die Urteilsfähigkeit des Einzelnen abgestellt werden. Der Staat sollte den paternalistischen Gedanken aufgeben und stattdessen die Eigenverantwortung stärken.

Zuletzt würde ich die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes unter den von mir aufgestellten Bedingungen zulassen. Obwohl ich mir bewusst bin, dass die geforderten Hürden in der Realität kaum erfüllt werden könnten, plädiere ich für dessen Zulassung. Unsere Gesellschaft könnte sich mit der Zeit an diese Handhabung gewöhnen und wäre in fünfzig Jahren womöglich bereit, weitere Deregulierungsmöglichkeiten in Kauf zu nehmen.

Selbstständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbstständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hier- zu zur Verfügung zu stellen.

Datum:

Unterschrift:

Alexander Martinolli