

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Wien

Transplantationen von Organen Verstorbener in Österreich und Großbritannien

Rechtsentwicklung – aktuelle Situation – Rechtsvergleich

eingereicht von
Mag. iur. Stefanie Karpf

Wien, Jänner 2010

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Wien, Jänner 2010

DANKSAGUNG

Besonderer Dank gilt Herrn Univ.- Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M. für die Hilfe bei der Themenwahl, interessante Fachgespräche und entscheidende Hinweise zur Abfassung dieser Arbeit.

Für ausführliche Auskunft in Bezug auf die medizinischen Details, die für die vorliegende Untersuchung relevant sind, danke ich vor allem dem Vorstand der Grazer Universitätsklinik für Chirurgie Herrn Univ.-Prof. Dr. Karlheinz Tscheliessnigg.

Schließlich gilt mein Dank meiner Familie, die mich während meines gesamten Studiums tatkräftig unterstützt hat.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	I
A. EINLEITUNG	- 1 -
B. EINFÜHRUNG IN DIE MEDIZINISCHEN GRUNDLAGEN	- 3 -
I. VORBEMERKUNGEN	- 3 -
II. MEDIZIN-HISTORISCHER ÜBERBLICK	- 4 -
1. ERSTE TRANSPLANTATIONSVERSUCHE	- 4 -
2. ENTWICKLUNG DES HIRNTODKONZEPTES	- 4 -
3. IMMUNOLOGISCHE ERKENNTNISSE	- 6 -
III. TRANSPLANTATIONSARTEN	- 8 -
IV. DER ORGANEMPFÄNGER	- 10 -
1. GENERELLE INDIKATIONEN	- 10 -
2. IMMUNANTWORT	- 11 -
3. IMMUNOLOGISCHE VORAUSSETZUNGEN EINER TRANSPLANTATION	- 14 -
4. IMMUNSUPPRESSION	- 14 -
V. DER ORGANSPENDER	- 17 -
1. GENERELLE EIGNUNG	- 17 -
2. TODESBEGRIFF	- 18 -
3. HIRNTODDIAGNOSE	- 20 -
4. ORGANKONSERVIERUNG	- 22 -
C. MÖGLICHKEITEN DER RECHTLICHEN REGELUNG VON ORGANENTNAHMEN	- 23 -
I. ALLGEMEINES	- 23 -
II. DIE ZUSTIMMUNGSLösUNG	- 24 -
III. DIE WIDERSPRUCHSLösUNG	- 27 -
IV. DIE NOTSTANDSLösUNG	- 29 -
V. DIE INFORMATIONSLösUNG	- 30 -

D. DIE ÖSTERREICHISCHE RECHTSLAGE	- 31 -
I. RECHTSENTWICKLUNG	- 31 -
1. ANFÄNGE DER TRANSPLANTATIONSCHIRURGIE UND RECHTLICHE PROBLEME	- 31 -
2. DER ANLASSFALL	- 35 -
II. DIE HEUTIGE RECHTSLAGE	- 38 -
III. DIE GESETZLICHE REGELUNG IM DETAIL	- 40 -
1. ANWENDUNGSBEREICH	- 40 -
1.1 Organe von Verstorbenen	- 40 -
1.2 Entnahme von fötalem Gewebe	- 41 -
1.3 Schicksal des nasciturus nach dem Tod der Mutter	- 45 -
1.4 Entnahme bei Verstorbenen mit nicht-österreichischer Staatsbürgerschaft	- 48 -
2. GEGENSTAND DER ENTNAHME	- 50 -
3. UMFANG DER ENTNAHME	- 51 -
4. ENTNAHMEZWECK	- 55 -
4.1 Transplantationszweck	- 55 -
4.2 Organbanken	- 57 -
4.3 Intravitalkonservierung	- 57 -
5. EIGENTUMSRECHTE AN SPENDERORGANEN	- 58 -
6. ENTNAHMEORT	- 65 -
6.1 Entnahmekrankenhaus	- 65 -
6.2 Überstellung des hirntoten Spenders	- 66 -
7. DIE VERTEILUNG DER ORGANE	- 67 -
7.1 Organmangel	- 67 -
7.2 Verfassungsrechtliche Aspekte	- 68 -
7.3 Eurotransplant	- 69 -
8. TODESFESTSTELLUNG	- 73 -
8.1 Notwendigkeit des juristischen Todesbegriffes	- 73 -
8.2 Kriterien der Todesfeststellung	- 74 -
8.3 Der den Tod feststellende Arzt	- 76 -
9. GEWINNVERBOT	- 77 -
10. SCHWEIGEPFLICHTEN	- 79 -
11. DOKUMENTATION	- 80 -
12. WIDERSPRUCH GEGEN EINE ENTNAHME	- 82 -
12.1 Allgemeines	- 82 -
12.2 Widerspruchsberechtigte	- 83 -
12.3 Widerruf des Widerspruchs	- 86 -
12.4 Zeitpunkt des Widerspruches	- 87 -

12.5 Form und Inhalt des Widerspruches	- 87 -
12.6 Empfang der Widerspruchserklärung	- 90 -
12.7 Information der Bevölkerung	- 91 -
13. RECHTSFOLGEN UNZULÄSSIGER ORGANENTNAHMEN	- 93 -
13.1 Strafrechtliche Konsequenzen	- 93 -
13.2 Subsidiäre Strafbarkeit nach dem KAKuG	- 95 -
E. DIE BRITISCHE RECHTSLAGE	- 97 -
I. RECHTSENTWICKLUNG	- 97 -
1. ANFÄNGE DER TRANSPLANTATIONSSCHIRURGIE UND RECHTLICHE PROBLEME	- 97 -
2. DIE ANLASSFÄLLE	- 104 -
II. DIE HEUTIGE RECHTSLAGE	- 108 -
III. DIE GESETZLICHE REGELUNG IM DETAIL	- 110 -
1. ANWENDUNGSBEREICH	- 110 -
1.1 Menschliche Organe und Gewebe	- 110 -
1.2 Entnahme von fötalem Gewebe	- 111 -
1.3 Das Schicksal des nasciturus nach dem Tod der Mutter	- 114 -
1.4 Entnahme bei Verstorbenen mit nicht-britischer Staatsbürgerschaft	- 115 -
2. GEGENSTAND DER ENTNAHME	- 115 -
3. UMFANG DER ENTNAHME	- 117 -
4. ENTNAHMEZWECK	- 119 -
4.1 Scheduled purposes	- 119 -
4.2 Organbanken	- 120 -
4.3 Intravivalkonservierung	- 120 -
5. EIGENTUMSRECHTE AN SPENDERORGANEN	- 121 -
6. ENTNAHMEORT	- 125 -
7. VERTEILUNG DER ORGANE	- 126 -
7.1 Organmangel	- 126 -
7.2 Suche nach Alternativen	- 129 -
7.3 UK Transplant	- 134 -
8. TODESFESTSTELLUNG	- 136 -
8.1 Notwendigkeit des juristischen Todesbegriffes	- 136 -
8.2 Kriterien der Todesfeststellung	- 137 -
8.3 Der den Tod feststellende Arzt	- 141 -
9. GEWINNVERBOT	- 141 -
9.1 Handelsverbot für Transplantationsorgane	- 141 -
9.2 Diskussion um die Abschaffung des Organhandelsverbotes	- 143 -

10. SCHWEIGEPFLICHTEN _____	- 146 -
11. DOKUMENTATION _____	- 148 -
12. DIE ZUSTIMMUNG _____	- 149 -
12.1 Allgemeines _____	- 149 -
12.2 Zustimmungsberechtigte _____	- 149 -
12.3 Widerruf der Zustimmungserklärung _____	- 154 -
12.4 Umfassende Information der Angehörigen _____	- 154 -
12.5 Zeitpunkt der Zustimmungserklärung _____	- 156 -
12.6 Form und Inhalt der Zustimmung _____	- 157 -
12.7 Empfang der Zustimmungserklärung _____	- 158 -
13. DIE HUMAN TISSUE AUTHORITY _____	- 159 -
14. RECHTSFOLGEN UNZULÄSSIGER ORGANENTNAHMEN _____	- 160 -
F. DER VERGLEICH _____	- 161 -
I. VORBEMERKUNGEN _____	- 161 -
II. RECHTLICHER RAHMEN _____	- 162 -
1. DIE RECHTSENTWICKLUNG _____	- 162 -
2. EINGLIEDERUNG IN EIN GESETZ _____	- 163 -
III. ÜBEREINSTIMMUNGEN _____	- 165 -
1. VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT _____	- 165 -
2. DOKUMENTATION _____	- 165 -
IV. ÄHNLICHKEITEN _____	- 167 -
1. ANWENDUNGSBEREICH _____	- 167 -
2. UMFANG DER ENTNAHME _____	- 169 -
3. ENTNAHMEZWECK _____	- 169 -
3.1 Transplantationszweck – mehrere Zwecke _____	- 169 -
3.2 Organbanken _____	- 170 -
3.3 Intravitalkonservierung _____	- 171 -
4. TODESFESTSTELLUNG _____	- 171 -
5. RECHTSFOLGEN UNZULÄSSIGER ORGANENTNAHMEN _____	- 173 -
V. UNTERSCHIEDE _____	- 175 -
1. GEGENSTAND DER ENTNAHME _____	- 175 -
2. EIGENTUMSRECHTE AN SPENDERORGANEN _____	- 176 -
3. ENTNAHMEORT _____	- 178 -
4. VERTEILUNG DER ORGANE _____	- 179 -
4.1 Organmangel _____	- 179 -
4.2 Eurotransplant – UK Transplant _____	- 181 -

5. GEWINNVERBOT – HANDELSVERBOT	- 182 -
6. WIDERSPRUCH – ZUSTIMMUNG	- 184 -
6.1 Allgemeines	- 184 -
6.2 Zustimmungs- bzw Widerspruchsberechtigte	- 185 -
6.3 Widerruf des Widerspruchs bzw der Zustimmung	- 188 -
6.4 Zeitpunkt des Widerspruches bzw der Zustimmung	- 189 -
6.5 Form und Inhalt der Erklärung	- 189 -
6.6 Empfang der Erklärung	- 190 -
6.7 Informationspflichten	- 191 -
VI. STAATENSPEZIFISCHE BESONDERHEITEN	- 194 -
1. HUMAN TISSUE AUTHORITY	- 194 -
G. RESUMÉ	- 195 -
LITERATURVERZEICHNIS	- 197 -
ANHANG 1	- 214 -
ANHANG 2	- 216 -
ZUSAMMENFASSUNG	- 219 -
LEBENS LAUF	- 221 -

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aM	anderer Meinung
All ER	All England Law Reports
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
blgd	burgenländisch
BlgNR	Beilage Nationalrat
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
Ch D	Chancery Division
Clin Transplant	Clinical Transplantation
Col	Column
dh	das heißt
DSG	Datenschutzgesetz
EEG	Elektroenzephalogramm
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al	et alia, und andere
etc	et cetera
evtl	eventuell
ex p	ex parte
f	folgend
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GÖG	Gesundheit Österreich GmbH
GP	Gesetzgebungsperiode
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
HA	Health Authority
HebG	Hebammengesetz
HL	House of Lords
hL	herrschende Lehre
HLA	Human Leukocyte Antigen
Hrsg	Herausgeber
HT Act	Human Tissue Act
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JMedEth	Journal of Medical Ethics
KAG	Krankenanstaltengesetz

KALG	Krankenanstaltengesetz (Stmk)
KAKuG	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten
Kap	Kapitel
K-KAO	Kärntner Krankenanstaltenordnung
krnt	kärntner
l	Liter
LeichenG	Leichengesetz
lit	litera
max	maximal
mE	meines Erachtens
MedLRev	Medical Law Review
MedR	Medizinrecht
ModLRev	Modern Law Review
mwN	mit weiteren Nachweisen
NHBD	non-heart beating donors
NHS	National Health Service
nö	niederösterreichisch
öÄ	oder Ähnliche
ÖBIG	Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen
oö	oberösterreichisch
par	paragraph
QBD	Queen's Bench Division
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
sbg	salzburger
SKAG	Salzburger Krankenanstaltengesetz
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
stmk	steirisch
StProtBR/NR	Stenographische Protokolle Bundes-/Nationalrat
tir	tiroler
ua	unter anderem
uÄ	und Ähnliche
uU	unter Umständen
v	versus
va	vor allem
vgl	vergleiche
vlbg	vorarlberger
vol	volume
wr	wiener
Wr klin WSchr	Wiener klinische Wochenschrift
WMW	Wiener Medizinische Wochenschrift
zB	zum Beispiel
Z	Ziffer
zT	zum Teil

A. Einleitung

Dank der rasanten Entwicklungen in der Transplantationsmedizin, die in den 1960er Jahren begonnen haben, gehört die Transplantation lebenswichtiger Organe, aber auch verschiedener Gewebe heutzutage zum medizinischen Alltag. Vereinzelt werden auch ganze Extremitäten übertragen. In Zukunft kann mit der weiteren Verbesserung der Transplantationsmedizin sowie der besseren Erforschung von Alternativen wie dem Einsatz von künstlichen oder tierischen Transplantaten gerechnet werden.

Aufgrund der Häufigkeit von Transplantationen ist es im Sinne der Rechtssicherheit für Ärzte und Patienten von enormer Wichtigkeit, dass dieses Gebiet eine ausführliche rechtliche Regelung erfährt. Dabei muss dem Weiterentwicklungspotential der Medizin besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Die rechtliche Regelung muss folglich einerseits vorausschauend sein und andererseits auf neue Erkenntnisse rasch reagieren können. In diesem Zusammenhang ist die Beleuchtung der Rechtsentwicklung des Transplantationsrechtes in unterschiedlichen Staaten besonders interessant.

Für einen Vergleich der österreichischen Rechtslage in Bezug auf Organtransplantationen mit der britischen sprechen verschiedene Aspekte: Zum einen wurde das britische Transplantationsrecht Ende 2006 grundlegend reformiert. Da das diesbezügliche Gesetz also relativ jung ist, sind Verbesserungen im Vergleich zur vorherigen Regelung zu beobachten, über langfristige Auswirkungen kann jedoch nur gemutmaßt werden. Bekanntlich ist die richterliche Urteilsfindung in Großbritannien von großer Bedeutung, während diese in Österreich keinerlei Bindungswirkung entfaltet. Ein anderer Aspekt des folgenden Vergleiches ergibt sich daraus, dass sich der österreichische Gesetzgeber für die Einführung der Widerspruchslösung entschieden hat, während in Großbritannien die Zustimmungslösung 2006 beibehalten wurde. Dadurch ergeben sich in der Praxis grundsätzlich andere Konsequenzen und Probleme, deren Behandlung in der vorliegenden Arbeit besonderes Gewicht zukommen soll.

Zum besseren Verständnis wird die rechtliche Abhandlung durch grundlegende medizinische Informationen unterstützt. Die rechtliche Situation des österreichischen und des britischen Transplantationsrechts wird zunächst jeweils ausführlich dargestellt, wobei hier va § 62a KAKuG von 1982 und der Human Tissue Act 2004, der Ende 2006 in Kraft trat, als rechtliche Grundlagen herangezogen werden. Auf Basis der detaillierten Erörterung der beiden Transplantationsrechte kann schließlich ein aussagekräftiger Vergleich angestellt werden.

Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird auf die geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Es sind jedoch immer beide Geschlechter im Sinne der Gleichbehandlung angesprochen.

B. Einführung in die medizinischen Grundlagen

I. Vorbemerkungen

Es ist unverzichtbar der rechtswissenschaftlichen Diskussion zum Thema Organtransplantationen einen kurzen Überblick des medizinischen Bereichs voranzustellen. Zum besseren Verständnis der rechtlichen Aufarbeitung ist insbesondere die Darstellung der Problematik des Todesbegriffes und der Todesfeststellung aus medizinischer Sicht essentiell. Ein kurzer Einblick in die Immunologie soll überdies die Schwierigkeiten bei der Suche nach geeigneten Spenderorganen erläutern und die Bedeutung der sorgfältigen Empfänger Auswahl unterstreichen. Um diese Auswahl zu erleichtern, ist es entscheidend, rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die eine möglichst große Anzahl an verfügbaren Spenderorganen fördert. Außerdem sollen die medizinischen Möglichkeiten der Organkonservierung beleuchtet werden, da diese die (relativ kurze) zur Verfügung stehende Zeit für Vorbereitungs handlungen – wie etwa die Einholung einer allfälligen Zustimmungserklärung – determinieren. Um ein abgeschlossenes Gesamtbild zu erhalten, werden auch jene medizinisch relevanten Informationen aufgezeigt, die die rechtliche Diskussion nicht oder nur am Rande betreffen (beispielsweise die immunsuppressive Therapie nach vorgenommenen Transplantationen).

II. Medizin-historischer Überblick

1. Erste Transplantationsversuche

Der Gedanke, kranke oder fehlende Körperteile durch gesunde zu ersetzen, hat eine lange Tradition: Bereits die alten Ägypter verpflanzten Zähne, Chinesen und Inder fertigten vor etwa dreitausend Jahren Nasenplastiken für jene an, denen als Strafe für bestimmte Vergehen die Nase abgeschlagen worden war.¹ Ende des 18. Anfang des 19. Jahrhunderts begann man dann in Europa – vorwiegend im Tierversuch – intensiv zu experimentieren. Die Ergebnisse muteten größtenteils seltsam an: so wurde einem Hahn der eigene Sporn auf den Kamm verpflanzt oder die Schwanzspitze einer Ratte derselben auf die Schnauze gesetzt. 1902 entnahm der Chirurg Emerich Ullmann die Niere eines Hundes und pflanzte sie an anderer Stelle (Hals oder Leistengegend) wieder ein. Nachdem das versetzte Organ für eine gewisse Zeit Urin produzierte, folgerte er daraus, dass ein Organ auch an einer anderen Stelle im Körper seine Funktion aufnehmen kann.² Auch der Chirurg und spätere Nobelpreisträger (1912) Alexis Carrel experimentierte mit Hunden und beschrieb, dass die Verpflanzung eines Organs an eine andere Stelle desselben Individuums im Gegensatz zur Verpflanzung zwischen zwei verschiedenen funktionierte.³ Bereits 1905 gelang es Eduard Zirm, einem österreichischen Chirurgen, eine menschliche Hornhaut (des Auges) zu transplantieren.⁴

2. Entwicklung des Hirntodkonzeptes

Ende des 19. Jahrhunderts wurde bei Patienten erstmals ein Atemstillstand infolge eines Anstiegs des intracraniellen Drucks (Hirndrucks) beobachtet, obwohl das Herz weiterhin schlug. Der Anstieg des Hirndrucks stört die regelhafte Blutversorgung des Gehirns. Die Erkenntnis, dass das Gehirn bei mangelnder Blutversorgung rasch geschädigt wird, und dass das nachhaltige Aussetzen der Durchblutung des

¹ Siegmund-Schultze, Organtransplantation. Medizin, Ethik, Recht, Hamburg 1999, 14.

² Siegmund-Schultze, Organtransplantation, 16.

³ <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00699/02544/02714/index.html?lang=de> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁴ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation – Eine systematische Analyse des geltenden Rechts, Wien 1988, 2.

Hirns zum Tod führt, war entscheidend. Trotz allem wurde der Herz-Kreislaufstillstand weiterhin als Todeszeitpunkt angesehen.⁵ Die Entwicklung des Hirntodkonzeptes geht auf die späten 50er Jahre des 20. Jahrhunderts zurück, als in Frankreich erstmals der *Tod des zentralen Nervensystems* bei aufrecht erhaltenem Kreislauf beobachtet wurde. In diesem Zustand setzte die Spontanatmung der Patienten aus, sobald sie von einer künstlichen Beatmung getrennt wurden.⁶ Im Jahre 1959 prägten die Franzosen Pierre Mollaret und Maurice Goulon den Begriff *coma dépassé*, der einen Zustand beschreibt, in dem die Atem- und Kreislauffunktionen des Patienten künstlich aufrecht erhalten werden können, der aber gleichzeitig mit dem Verlust sämtlicher Reflexe und der Hirnaktivität mit irreversibler Bewusstlosigkeit einhergeht.⁷ Allerdings bezeichneten sie Patienten, die sich in einem solchen Zustand befanden, nicht als tot.⁸

Nach diesen Erkenntnissen und mit der Möglichkeit, den menschlichen Kreislauf künstlich aufrecht zu erhalten, stellten sich schwierige Fragen, wie beispielsweise: Ab welchem Zeitpunkt ist der Mensch wirklich tot und verliert seine Rechtsfähigkeit? Wann dürfen Organe entnommen werden? Wann dürfen lebenserhaltende Maschinen abgeschaltet werden, wenn aus medizinischer Sicht keine Chance besteht, dass sich der Zustand des Patienten je verbessern könnte? Zur Beantwortung dieser und anderer Fragen wurde ein Komitee einberufen, das 1968 an der Harvard Medical School zusammentraf.⁹ Dieses Komitee entwickelte Richtlinien, anhand derer das *irreversible Koma*, das mit dem Tod gleichzusetzen sei, festgestellt werden konnte. Der Harvard-Report war ein Meilenstein in der Entwicklung des Hirntodkonzeptes, da erstmals neurologische Kriterien zur Todesfeststellung herangezogen wurden.¹⁰ Während dieser Report den Zusammenhang zwischen der Todesfeststellung und Organtransplantationen nicht herstellte, geschah dies noch im selben Jahr durch die 22nd World Medical Assembly. Ergebnis dieser Versammlung war die Sydney Decla-

⁵ Machado/Korein/Ferrer/Portela/Garcia/Manero, The concept of brain death did not evolve to benefit organ transplants, JMedEth 2007/33, 197 (197).

⁶ Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in Sque/Payne (Hrsg), Organ and Tissue Donation: An Evidence Base for Practice, Maidenhead 2007, 82 (83).

⁷ Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in Sque/Payne (Hrsg), Organ and Tissue Donation, 82 (83).

⁸ Machado/Korein/Ferrer/Portela/Garcia/Manero, The concept of brain death did not evolve to benefit organ transplants, JMedEth 2007/33, 197 (198).

⁹ Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in Sque/Payne (Hrsg), Organ and Tissue Donation, 82 (83f).

¹⁰ Machado/Korein/Ferrer/Portela/Garcia/Manero, The concept of brain death did not evolve to benefit organ transplants, JMedEth 2007/33, 197 (198).

ration, in der die in Harvard entwickelten Grundsätze bekräftigt wurden. Außerdem wurde an dieser Stelle festgehalten, dass das Sterben zwar ein Prozess sei, der endgültige Eintritt des Hirntodes aber feststellbar sei.¹¹

3. Immunologische Erkenntnisse

Die Entwicklungen in der Gefäßchirurgie sowie die Erforschung der Immunologie und der menschlichen Antikörperbildung Anfang des 20. Jahrhunderts ebneten den Weg für die Transplantationschirurgie. Aber auch die Entdeckung der Blutgruppen und die Entwicklung des AB0-Systems durch Karl Landsteiner waren ein Meilenstein ua in der Entwicklung der Transplantationsmedizin.¹² 1951 transplantierte René Küss die Niere eines lebenden Spenders, und setzte sie über der Darmbeinschaufel eines Empfängers ein. Diese Lokalisation wird auch heute noch für eine transplantierte Niere gewählt. Die Empfängerin starb jedoch nach etwa einem Monat aufgrund von Abstoßungsreaktionen.¹³ Die erste, langfristig erfolgreiche Nierentransplantation gelang Joseph E. Murray 1954 in Boston, wobei Spender und Empfänger eineiige Zwillinge waren. Der Empfänger der Niere lebte noch weitere acht Jahre, bevor er an einem Herzinfarkt starb.¹⁴ Da jedoch nicht jeder Patient, der ein Nierentransplantat benötigt, einen eineiigen Zwilling hat, versuchte man, die Abstoßungsreaktion nach Transplantationen zwischen nicht verwandten Menschen zu unterdrücken. Murray verwendete vorerst Röntgenbestrahlung, die sich später, in Verbindung mit Kortison, sogar als erfolgreich erwies. 1958 entdeckten Robert Schwartz und William Dameshek Boston, dass die ursprünglich in der Bekämpfung von Krebs eingesetzte Substanz 6-Mercaptopurin die Produktion von Antikörpern unterbindet. Eine chemische Variante dieser Substanz, Azathioprin, gehörte in den 60er Jahren – häufig in Kombination mit Kortison – zur Standardtherapie nach Transplantationen und wird heutzutage noch angewendet. Der Einsatz von Cyclosporin A in den 70er Jahren erwies sich als äußerst effektiv und die Transplantatempfänger litten unter dieser neuen Therapie weniger häufig an Infekten.¹⁵ 1958 entdeckte der französische Hämatologe

¹¹ *Weltärztebund*, Deklaration von Sydney, abgedruckt in ÖÄZ 1987/6, 50; Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in *Sque/Payne* (Hrsg), Organ and Tissue Donation, 82 (84).

¹² *Siegmund-Schultze*, Organtransplantation, 18.

¹³ *Siegmund-Schultze*, Organtransplantation, 21.

¹⁴ <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00697/00946/02557/index.html?lang=de> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

¹⁵ *Siegmund-Schultze*, Organtransplantation, 24ff.

Jean Dausset das genetisch determinierte HLA-System¹⁶. Dieses bestimmt die spezifischen Oberflächeneigenschaften der Zellen eines Individuums. Bis heute ist das HLA-System essentiell für die Gewebeverträglichkeitsbestimmung zwischen Spender und Empfänger. Durch die Auswahl eines geeigneten Empfängers anhand der Gewebeverträglichkeit kann bereits vor der Operation eine allzu intensiv ausfallende Immunantwort vermieden werden. 1967 wurde schließlich erstmals erfolgreich ein menschliches Herz transplantiert: Christiaan Barnard führte den Eingriff in Kapstadt durch.¹⁷ Der Empfänger überlebte 18 Tage.¹⁸

¹⁶ Siehe Kap B. II.

¹⁷ *Tscheliessnigg*, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, Wien 2005, 319 (319).

¹⁸ <http://www.mdr.de/mdr-figaro/hoerspiel/1005398-hintergrund-965755.html> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

III. Transplantationsarten

Unter „Transplantation“ ist die Übertragung von Organen (Organtransplantation, zB Niere), Geweben (Gewebestransplantation, zB Hornhaut), Gliedmaßen (Extremitätentransplantation, zB Hände) oder auch von bestimmten Zellen (Zelltransplantation, zB Knochenmarkzellen) von einem Körper auf einen anderen zu verstehen. Die Übertragung von Blut eines Spenders auf einen Empfänger bezeichnet man im Gegensatz dazu als *Transfusion*. Dabei ist auf die Blutgruppenverträglichkeit (ABO-System und Rhesusfaktor) zu achten, damit es nicht zur Zerstörung des Spenderblutes kommt.¹⁹ Die Verpflanzung eines Organs von einer Körperstelle an eine andere desselben Körpers bezeichnet man als *Autotransplantation*. Unter *Isotransplantation* ist die Übertragung zwischen eineiigen Zwillingen zu verstehen, bei der die Abwehrreaktion des Empfängerkörpers aufgrund der gleichen genetischen Konstitution wegfällt. Bei der *Allo-* oder auch *Homotransplantation* handelt es sich um die Transplantation zwischen genetisch unterschiedlichen Individuen derselben Spezies. Gehören Spender und Empfänger nicht derselben Spezies an, spricht man von *Xenotransplantation*. In den meisten Fällen ersetzt das transplantierte Organ vollständig die Funktion des erkrankten Organs (*substitutive Transplantation*). Seltener unterstützt es das im Körper des Empfängers eingeschränkt funktionstüchtige Organ (*auxiliäre Transplantation*). Während manche Spenderorgane an jener Stelle implantiert werden, an der das ursprüngliche Organ entfernt wurde (*orthotope Transplantation*), werden andere Organe aus unterschiedlichen Gründen an einer anderen Stelle implantiert (*heterotope Transplantation*). Schließlich unterscheidet man bei der Herkunft der Organe bzw des Gewebes zwischen *Kadaver-* bzw *Leichenspende* und *Lebendspende*.²⁰

Viele Transplantationen werden heute routinemäßig durchgeführt. Dazu gehört jedenfalls die Transplantation von Nieren. Hier spielt auch die Transplantation vom lebenden Spender eine große Rolle, denn sowohl Spender als auch Empfänger können mit einer Niere leben. Auch für Lebertransplantationen können Lebendspender herangezogen werden, da hier nicht das ganze Organ entnommen wird, sondern

¹⁹ Hutschenreuter, Bluttransfusion/Hämotherapie, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁵, Stuttgart 2004, 73 (78ff).

²⁰ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004, 191 (193).

nur ein Teil. Auch hier kann der Spender mit etwas weniger Lebergewebe leben und der transplantierte Teil der Leber im Körper des Empfängers die Organfunktion aufnehmen. Daneben gehören Transplantationen der Lunge, des Herzens und der Bauchspeicheldrüse (Pankreas) zu den wichtigsten Organübertragungen.²¹ Vielfach werden zwei Organe in Kombination transplantiert, beispielsweise Herz und Lunge.²² Weiters werden auch bestimmte Gewebe wie Knochen, Hornhaut oder Herzklappen transplantiert.²³ Diese Transplantate haben überdies den Vorteil einer geringeren Abstoßungsproblematik.²⁴

Nachdem nur wenige Organe bzw Teile davon auch vom lebenden Spender entnommen werden können, ist die Bedeutung der Leichenspende wesentlich größer.²⁵ In Großbritannien, wo weniger Leichenspenden zur Verfügung stehen, ist die Zahl der Lebendspenden im letzten Jahrzehnt deutlich gestiegen und mittlerweile unverzichtbar in der britischen Transplantationsmedizin.²⁶ Auch die Bedeutung der *non heart beating donations*²⁷ ist im Vergleich zu den *heart beating donations* gering.²⁸

²¹ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, Wien 2009, 35, Tabelle 2.4; die Zahlen in dieser Tabelle beziehen sich auf das Jahr 2007.

²² ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 34, Tabelle 2.1.

²³ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 92ff.

²⁴ Persönliche Auskunft von Univ.-Prof. Dr. Karlheinz Tscheliessnigg am 12. 10. 2007.

²⁵ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, Anhang 3, Tabelle A 3.1.

²⁶ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 7, Figure 2.2.

²⁷ Siehe Kap V. 1.

²⁸ Eurotransplant, Annual Report 2008, Leiden 2009, 28f, Tabellen 2.4b(i), 2.4c(i); NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 7, Figure 2.2.

IV. Der Organempfänger

1. Generelle Indikationen

Kann die Leistungsfähigkeit eines Organs trotz bestmöglicher medikamentöser und evtl auch chirurgischer Behandlung nicht in ausreichendem Maße wiederhergestellt werden, wird versucht, dieses Organ durch die Transplantation eines gesunden Organs zu ersetzen bzw zu unterstützen. Unter bestimmten Umständen muss von einem derartigen Eingriff trotz allem Abstand genommen werden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Chancen, dass der Patient die Operation selbst bzw die nachfolgende nötige Therapie überlebt, gering sind. Eine Transplantation verbietet sich auch, wenn die ursprüngliche schwere Organerkrankung des Patienten zu Folgeschäden des übrigen Organismus geführt hat.²⁹

Daher muss vor einer geplanten Transplantation in jedem Einzelfall das Risiko des Eingriffes mit dem sonst eintretenden Verlauf der Krankheit abgewogen werden. Unter Beachtung aller Risikofaktoren kann diese Abschätzung durchaus zu einer Entscheidung gegen die geplante Transplantation führen. Das größte Risiko für den Patienten besteht jedoch darin, dass er verstirbt, noch während er auf der Transplantations-Warteliste steht.³⁰ Je größer der Pool an potentiellen Organspendern ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, rechtzeitig ein passendes Organ zugewiesen zu bekommen. Daher wurden Organisationen wie Eurotransplant ins Leben gerufen, die immunologische Daten potentieller Spender und Empfänger sammeln und vergleichen. Diese internationale Zusammenarbeit ermöglicht eine optimale Verteilung der verfügbaren Spenderorgane aus verschiedenen Staaten.

²⁹ Weiter dazu: *Tscheliessnigg*, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (321).

³⁰ *Tscheliessnigg*, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (319).

2. Immunantwort

Die Normalfunktion unseres Immunsystems ist, den eigenen Körper vor Fremdeinflüssen zu schützen. Auf den Zelloberflächen von fremden Organismen wie Bakterien oder Viren befinden sich charakteristische Antigene, die sich von den körpereigenen Antigenen unterscheiden. Dadurch können sie als fremd erkannt, abgetötet und entfernt werden. Mit Hilfe der Gedächtniszellen ist das Immunsystem imstande, sich Antigene fremder Organismen über Jahrzehnte zu merken und im Falle eines erneuten Kontaktes mit denselben Antigenen sofort zu reagieren. Auch ein implantiertes Fremdorgan wird vom Immunsystem aufgrund seiner Oberflächenantigene als fremd erkannt und – ohne Immunsuppression – massiv bekämpft. Für die Transplantationsmedizin bedeutend sind die *ABO-Blutgruppenantigene* und das *HLA-System* (HLA: human leukocyte antigen), die die wichtigsten Oberflächenantigene darstellen.

Im ABO-System haben Spender und Empfänger im Idealfall die gleiche Blutgruppe, oder aber eine kompatible Blutgruppe: beispielsweise kann ein Empfänger mit Blutgruppe A ein Organ von einem Spender mit der Blutgruppe 0 bekommen.³¹ Gegen ein Organ von einem Spender mit der Blutgruppe B hat dieser Empfänger präformierte Antikörper, wodurch es zur sofortigen Abstoßungsreaktion käme.³² Auch das HLA-System ist für die Immunabwehr bedeutend. Jeder Mensch hat ein individuelles HLA-Antigen-Muster, das nur bei eineiigen Zwillingen identisch ist. Bei verwandten Personen kann es ähnlich sein, bei nicht blutsverwandten Menschen ist die Wahrscheinlichkeit eines identischen HLA-Antigen-Musters äußerst gering.³³

Wurde ein fremdes Antigen erkannt, setzt die Immunabwehr ein. Für diese sind die Lymphozyten von Bedeutung: Sämtliche Lymphozyten werden im Knochenmark gebildet. Anschließend entwickeln sie sich zu zwei Untergruppen, die bei der Immunabwehr eng zusammenarbeiten. Je nach Ort ihrer Prägung entwickeln sie sich zu spezifischen immunkompetenten Lymphozyten. Die B-Lymphozyten werden in

³¹ Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, Stuttgart 1999, 213 (214).

³² Hulan/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (194).

³³ Hulan/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (194).

den lymphatischen Organen des Körpers geprägt, während die T-Lymphozyten ihre Prägung im Thymus erfahren.³⁴ Die reifen B-Lymphozyten sind später für die Produktion von Antikörpern im Blutplasma verantwortlich die T-Lymphozyten zerstören fremde Zellen (zytotoxische T-Lymphozyten und T-Helferzellen). Sowohl B- als auch T-Lymphozyten können sogenannte Gedächtniszellen ausbilden, die sich Antigenstrukturen „merken“ können.³⁵

Gelangt ein fremder Organismus in den Körper, nehmen sogenannte Makrophagen (Fresszellen) seine spezifischen Antigene auf (Phagozytose), zerlegen sie in Bruchstücke und präsentieren diese in Verbindung mit körpereigenen HLA-Antigenen an ihrer Oberfläche.³⁶ Derart aufbereitet können T-Lymphozyten neue Fremdan Antigene erkennen.³⁷ Sie binden die fremden Antigene mit ihren Rezeptoren und werden dadurch aktiviert. Diese aktivierten T-Zellen vermehren sich und differenzieren zu den Untergruppen der T-Helferzellen und der zytotoxischen (zellschädigenden) T-Lymphozyten. Die T-Helferzellen produzieren das Protein Interleukin 2, wodurch weitere T-Zellen und B-Zellen aktiviert werden. Die aktivierten B-Zellen vermehren sich, reifen zu Plasmazellen heran und produzieren dann antigenspezifische Antikörper³⁸. Das Interleukin 2 aktiviert auch sogenannte natürliche Killerzellen³⁹, die mit Antikörpern beladene Zellen abtöten.⁴⁰ Die zytotoxischen T-Zellen heften sich an die Antigene der fremden Zelle und töten diese ab.⁴¹ Den Vorgang der Antikörperbildung bezeichnet man beim Primärkontakt mit spezifischen Antigenen als *Sensibilisierung*. Dabei werden auch die Gedächtniszellen gebildet, wodurch bei einem Sekundärkontakt mit demselben Antigen wesentlich schneller reagiert werden kann.⁴²

³⁴ Ausführlich dazu: *Bauer*, Blut: ein flüssiges Organsystem, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, Stuttgart 2003, 189 (208).

³⁵ *Bauer*, Blut, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 189 (202).

³⁶ *Bauer*, Blut, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 189 (207).

³⁷ *Bauer*, Blut, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 189 (206f).

³⁸ *Antikörper* sind Proteine, die an Antigene binden und dadurch die Immunreaktion auslösen; *Lang*, Basiswissen Physiologie, Berlin 2000, 140.

³⁹ *Padberg/Schwemmler*, Transplantationschirurgie, in *Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler* (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (215); *Natürliche Killerzellen* sind im Gegensatz zu *zytotoxischen T-Lymphozyten* im Organismus natürlich vorhanden, und müssen nicht erst im Rahmen der Immunantwort aktiviert werden; *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹, Berlin 2001.

⁴⁰ *Lang*, Basiswissen Physiologie, 143.

⁴¹ *Bauer*, Blut, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 189 (205).

⁴² *Padberg/Schwemmler*, Transplantationschirurgie, in *Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler* (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (215); *Bauer*, Blut, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 189 (205).

Ist ein Patient aufgrund vorangegangener Transplantationen, einer Schwangerschaft oder Transfusionen bereits sensibilisiert, kann es bei einer (neuerlichen) Transplantation durch präformierte Antikörper zu einer Abstoßungsreaktion binnen weniger Minuten (*hyperakute Abstoßung*) kommen. Daher wird ebenso regelmäßig wie die Bestimmung der Blutgruppe ein sogenanntes *Crossmatch* (Kreuzprobe) durchgeführt. Dabei wird Serum des Empfängers mit Lymphozyten des Spenders gemischt. Lösen sich die Lymphozyten des Spenders auf (*Lyse*), ist dieser Test als positiv zu werten und eine Transplantation nicht durchführbar.⁴³ Dieses Crossmatch wird mit T-Lymphozyten, B-Zellen und Monozyten⁴⁴ durchgeführt, wobei die erste Variante am aussagekräftigsten ist.⁴⁵ Nachdem das Crossmatch heute routinemäßig durchgeführt wird, kommt es äußerst selten zu solch hyperakuten Abstoßungsreaktionen.⁴⁶

Vor allem bei Nierentransplantationen kann es zur *akuten Abstoßung* kommen, die sich binnen einiger Tage entwickelt. Ursache dieser Reaktion ist idR eine Immunreaktion durch die T-Lymphozyten. Diese Abstoßungsreaktion kann medikamentös unterdrückt und oft erfolgreich verhindert werden.⁴⁷

Bei der *chronischen Abstoßung* wird das Transplantat vergleichsweise spät abgestoßen. Erst nach Monaten, teilweise sogar Jahren kommt es zum Transplantatverlust. Die Ursachen hierfür sind noch nicht gänzlich geklärt, eine spezielle Therapie fehlt ebenso. Daher ist man bemüht, alle möglichen Risikofaktoren wie etwa schlechte Organkonservierung, zu lange Transportzeiten oder suboptimale Immunsuppression zu vermeiden.⁴⁸

Vorwiegend bei der Transplantation von Knochenmark oder Dünndarm kann es vorkommen, dass Lymphozyten und Monozyten aus dem Spenderorgan über die Transplantatgefäße in den Blutkreislauf des Empfängers und weiter in dessen

⁴³ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (1995).

⁴⁴ In besonderem Maße zur Phagozytose fähige Zellen; Lang, Basiswissen Physiologie, 138.

⁴⁵ Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (214).

⁴⁶ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (199).

⁴⁷ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (199).

⁴⁸ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (199).

lymphatisches Gewebe eindringen. Dort erkennen umgekehrt diese Transplantatzellen das Gewebe des Empfängers als fremd, und bilden gegen den Organismus des Empfängers gerichtete T-Lymphozyten und Antikörper. Durch diese *Graft-versus-host-Reaktion* (Transplantat gegen Wirt-Reaktion) kann es zu erheblichen Entzündungen kommen, die sogar tödlich enden können.⁴⁹

3. Immunologische Voraussetzungen einer Transplantation

Routinemäßig wird das Transplantat auf seine AB0-Kompatibilität geprüft, da jeder Mensch im AB0-Blutgruppen-System von Geburt an sensibilisiert ist, also natürliche Antikörper besitzt. Personen mit der Blutgruppe A haben Antikörper gegen die Blutgruppe B, Personen mit der Blutgruppe B haben Antikörper gegen die Blutgruppe A. Bei der Blutgruppe 0 sind natürliche Antikörper gegen A und B vorhanden, während bei der Blutgruppe AB keine Antikörper zu finden sind.⁵⁰ Ebenso wird ein Crossmatch durchgeführt, um sicherzugehen, dass der Empfänger keine HLA-Antikörper gegen das Transplantat besitzt.⁵¹

4. Immunsuppression

Bisher ist es nicht gelungen, eine Immuntoleranz des Empfängerkörpers einem fremden Organ gegenüber herzustellen. Äußerst selten tritt eine solche bei Langzeittransplantierten auf, die Gründe hierfür sind jedoch ungeklärt. Daher müssen Transplantationspatienten Medikamente einnehmen, die die Immunantwort des Körpers hemmen. Um eine gegen das Transplantat gerichtete Reaktion des Empfängerkörpers zu verhindern, ist es notwendig, die Aktivität der T-Zellen zu unterdrücken.⁵² Ideal wäre eine Therapie, die das Immunsystem des Empfängers für die An-

⁴⁹ Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (216).

⁵⁰ Hutschenreuter, Bluttransfusion/Hämotherapie, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 73 (78).

⁵¹ Siehe oben Kap B. IV. 2.

⁵² Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (195).

tigene des Transplantats „blind“ machen könnte, ohne zu verhindern, dass andere Antigene weiterhin erkannt werden.⁵³

Die eingesetzten Medikamente bewirken vor allem eine Hemmung der Vermehrung der T- und B-Zellen. Ein Meilenstein in der immunsuppressiven Therapie war Cyclosporin A⁵⁴, das die Produktion von Interleukin hemmt und somit die Aktivierung der T-Zellen vermindert. Dadurch konnte bei 20-30 Prozent mehr transplantierten Nieren eine Überlebensdauer von 5 Jahren erreicht werden.⁵⁵ Anfangs müssen die immunsuppressiven Medikamente höher dosiert werden, um eine Inaktivierung des Immunsystems erreichen zu können. Diese Induktionstherapie wird vor, während und in den ersten Tagen nach der Transplantation durchgeführt, bevor man zur Basis- oder auch Erhaltungstherapie übergeht. Hier werden meist die gleichen Medikamente eingesetzt, allerdings in geringerer Dosis.⁵⁶ Werden Abstoßungsanzeichen sichtbar, muss die Immunsuppression evtl durch Verabreichung zusätzlicher Medikamente intensiviert werden. Im Laufe eines Jahres nach der Transplantation nehmen Schwere und Häufigkeit der Abstoßungsreaktionen allerdings deutlich ab.⁵⁷ Immunsuppressiva haben allerdings enorme Nebenwirkungen, die von Erbrechen oder Fieber bis hin zu akutem Nierenversagen, Magen-Darm-Geschwüren, Knochenmarkdepression⁵⁸ oder Diabetes reichen.⁵⁹

Durch die Behandlung mit Immunsuppressiva wird die Immunabwehr des Körpers insgesamt sehr geschwächt, daher zählen Infektionen und die Entwicklung bösartiger Tumore zu den häufigsten und gefährlichsten Nebenwirkungen. Vor allem zwischen dem zweiten und sechsten Monat nach der Operation ist die Anfälligkeit

⁵³ Weiter dazu: Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (216).

⁵⁴ 1976 von Jean François Borel entdeckt, 1978 von Sir Roy Calne eingeführt; Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie, in Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (319).

⁵⁵ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (195).

⁵⁶ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (196f).

⁵⁷ Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie, in Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (324).

⁵⁸ Herabgesetzte (blutbildende) Funktion des Knochenmarks; Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹.

⁵⁹ Huland/Conrad, Transplantation, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (195f); Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, 213 (216f).

des Patienten für Infektionen größer, erst nach einiger Zeit nimmt sie wieder ab.⁶⁰ Infektionen werden evtl auch mit dem Transplantat übertragen, oder durch Bakterien im Rahmen der Operation hervorgerufen. Der Patient muss die Immunsuppression sein Leben lang fortführen. Selbst bei auftretenden Komplikationen darf diese nicht abgebrochen werden, da das Transplantat sonst immunologisch zerstört wird und entfernt werden muss.⁶¹

⁶⁰ *Huland/Conrad*, Transplantation, in *Schumpelick/Bleese/Mommsen* (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, 191 (197).

⁶¹ *Tscheliessnigg*, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (324).

V. Der Organspender

1. Generelle Eignung

Als Spender kommen in einigen Fällen lebende Personen in Betracht (zB bei der Transplantation einer Niere), in den meisten Fällen handelt es sich jedoch um einen verstorbenen Spender. Dieser muss nachweislich tot sein, um die Entnahme lebenswichtiger Organe vornehmen zu können.⁶² Einige Krankheitsbilder machen die Transplantation der Organe des Verstorbenen unmöglich: Hier sind beispielsweise eine HIV-Infektion, eine Hepatitis-Infektion oder ein Tumor im betroffenen Organ bzw eine fortgeschrittene bösartige Erkrankung des Spenders zu nennen.⁶³ Während bei uns überwiegend hirntote Spender herangezogen werden, deren Herz- und Kreislauffunktion maschinell aufrecht erhalten wird, gibt es auch die Möglichkeit, Verstorbene, deren Herz nicht mehr schlägt, als Organspender heranzuziehen (*non-heart beating donors*, NHBD). Nach Sistieren des Kreislaufes überleben die einzelnen Organe je nach Empfindlichkeit unterschiedlich lange. Diese sogenannte Wiederbelebenszeit ist beim Gehirn am kürzesten und kann bei Organen wie Herz oder Niere einige Stunden bis Tage betragen. Dies ermöglicht bei *non-heart beating donors* die Entnahme lebenswichtiger Organe in einem limitierten Zeitraum nach Eintritt des Herz-Kreislaufstillstandes. In Österreich werden nahezu ausschließlich hirntote Spender herangezogen.⁶⁴ In Großbritannien besteht nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ein massiver Mangel an Spenderorganen, weshalb die *non-heart beating donors* einen substanziellen Anteil am Spenderaufkommen darstellen. Für diese Organspende wird der Zeitpunkt des Herz-Kreislaufstillstandes als Todeszeitpunkt definiert.⁶⁵ In der Praxis ergeben sich zwei Situationen: Einerseits werden beatmete, hirntote Spender von der maschinellen Unterstützung getrennt, wodurch das Herz seine Funktion verliert. In jenen Fällen, in denen die Zustimmung der Angehörigen für die Organentnahme vonnöten ist, scheint diese Vorgangsweise mittlerweile gängige Praxis zu sein. Sie dient hauptsächlich dazu, das Vertrauen der

⁶² Siehe gleich unten Kap B V. 2, 3.

⁶³ *Nürnberger*, Organspende, in *Nürnberger/Hasse/Pommer* (Hrsg), *Klinikleitfaden. Chirurgie*⁴, München 2006, 177 (183).

⁶⁴ *Eurotransplant*, Annual Report 2008, 29, Tabelle 2.4c(ii).

⁶⁵ Die Human Tissue Authority definiert *non-heart beating donation* lediglich als Form der Organspende, bei der der Spender nicht beatmet wurde. Als Todeszeitpunkt sei der Herz-Kreislaufstillstand maßgeblich. *Human Tissue Authority*, Code of practice 2. Donation of solid organs for transplantation, Glossary.

Angehörigen darin zu bestärken, dass der Verstorbene tatsächlich tot ist. Andererseits werden jedoch auch plötzlich Verstorbene, die nicht reanimiert wurden, oder bei denen die Reanimation erfolglos blieb, zu Spenderzwecken herangezogen. Nachdem der Hirntod erst einige Minuten nach dem Herz-Kreislaufstillstand eintritt, sollte allerdings eine bestimmte Zeit (5 Minuten gelten als anerkannt⁶⁶) verstrichen sein, bevor lebenswichtige Organe entnommen werden.⁶⁷ Die Länge dieser Zeitspanne wird in Großbritannien immer wieder in Frage gestellt.⁶⁸

2. Todesbegriff

Das Sterben, die Agonie, ist ein Prozess, an dessen Ende der Tod des Organismus steht. Trotzdem war der Mensch aus verschiedenen Gründen immer bemüht, einen Zeitpunkt zu definieren, zu dem der Tod als sicher eingetreten betrachtet werden konnte. Bis Mitte des 20. Jahrhunderts war der klassische Todesbegriff maßgeblich. Darunter sind der Atemstillstand und der Herz-Kreislauf-Stillstand zu verstehen, man spricht auch vom „klinischen Tod“.⁶⁹ Nach Eintritt des Herz-Kreislaufstillstandes bricht die Sauerstoffversorgung im Körper zusammen. Die Organe können also den verbleibenden Sauerstoff noch verbrauchen, sterben aber – je nach Organ – nach kurzer oder längerer Zeit ab. Am empfindlichsten auf Sauerstoffmangel reagieren Hirnzellen. Die Wiederbelebungszeit des Gehirns beträgt beim erwachsenen Menschen und unter normalen Bedingungen (keine Unterkühlung, kein Fieber) 7-10 Minuten, danach sind die entstandenen Schäden irreversibel. Um eine derartige Schädigung zu verhindern, muss der Herzstillstand innerhalb von 3-4 Minuten behoben werden, da das Herz nach einem Stillstand nicht sofort den nötigen Druck erzeugen kann, um das Hirn ausreichend zu versorgen.⁷⁰ Teile des Gehirns, wie etwa die Großhirnrinde tragen bereits bei einem Sauerstoffmangel über 3-5 Minuten irreversible Schäden davon.⁷¹

⁶⁶ *Intensive Care Society*, Guidelines for Adult Organ and Tissue Donation, London 2005, 47.

⁶⁷ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, Oxford 2006, 499ff, Rz 14.54ff.

⁶⁸ Siehe zB: *Gardiner/Riley*, Non-heart-beating organ donation – solution or a step too far?, *Anaesthesia* 2007/62, 431(432).

⁶⁹ *Tscheliessnigg*, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (320).

⁷⁰ *Kuschinsky*, Blut-Hirn-Schranke, Liquor cerebrospinalis, Hirndurchblutung und Hirnstoffwechsel, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, Stuttgart 2003, 757 (763f).

⁷¹ *Scheid*, Atmung, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, Stuttgart 2003, 217 (266).

Die Sauerstoffversorgung aller Organe hängt von drei Schlüsselorganen ab: dem Gehirn, der Lunge und dem Herzen. Das Atemzentrum des Gehirns steuert die Lungenfunktion, wodurch Sauerstoff aufgenommen wird. Das mit Sauerstoff angereicherte Blut wird vom Herzen durch den gesamten Körper gepumpt. Die Hirnregion, die für die Atmung zuständig ist, liegt im Hirnstamm. Ist dieser geschädigt, setzt die Funktion der Lunge aus, und das Herz kann keinen Sauerstoff mehr in den restlichen Körper transportieren. In der heutigen Medizin kann die Herz-Kreislauffunktion für begrenzte Zeit künstlich aufrecht erhalten werden. Während jedoch Herz- und Lungenfunktion durch Maschinen aufrecht erhalten bzw ersetzt werden können, ist das Hirn der einzige dieser drei Faktoren, der nicht ersetzbar ist. Daher konnte der klassische Todesbegriff nicht mehr als zeitgerecht angesehen werden. Nachdem das Hirn der einzige unersetzbare Faktor ist, argumentieren die Befürworter des Hirntodkonzeptes, dass die Schädigung des Hirnstammes den Atemstillstand nach sich zieht, daher kann der Hirntod als Todeszeitpunkt anerkannt werden.⁷² Der Zusammenhang von Herz, Lunge und Gehirn ist deutlich erkennbar. Setzt ein Part aus, so hat dies den Funktionsverlust der beiden anderen und in weiterer Folge den Tod der betroffenen Person zur Folge. Auch Kritiker des Hirntodkonzeptes müssen die Tatsache hinnehmen, dass nur die ersten beiden künstlich ersetzt werden können, wodurch die natürliche Funktion verlängert wird. Doch der Funktionsverlust des Gehirns indiziert unweigerlich das Ende der natürlichen Funktion der Lunge und führt infolge dessen zum Eintritt des Todes.⁷³

Das menschliche Gehirn ist im Wesentlichen in drei hierarchische Teile unterteilt: Das am höchsten entwickelte Großhirn, das Zwischenhirn und der Hirnstamm.⁷⁴ Letzterer reagiert am wenigsten empfindlich auf Sauerstoffmangel. Daher kann man davon ausgehen, dass die höher entwickelten Hirnteile im gleichen, meist in größerem Maße geschädigt sind, wenn der Hirnstamm Schädigungen aufweist. Derartige, durch überkritische Unterbrechung der Sauerstoffzufuhr hervorgerufene Hirnschädigungen sind irreversibel und eine Wiederherstellung der Sauerstoffversorgung kann lediglich eine Progression der Schädigung stoppen. Da man vom Funktionsverlust des Hirnstammes auf den Funktionsverlust des restlichen Hirns schließen kann, liegt die Überlegung nahe, den Hirntod mit dem Hirnstammtod gleichzusetzen. Sehr sel-

⁷² *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 465f, Rz 13.5.

⁷³ *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 466, Rz 13.5.

⁷⁴ *Trepel, Neuroanatomie. Struktur und Funktion*⁴, München 2008, 118.

ten kann es jedoch zu einem lokal begrenzten Primärschaden im Hirnstamm kommen. In diesem Fall verliert der Hirnstamm seine Funktion, ohne dass die restlichen Teile des Gehirns betroffen wären. Nach kurzer Zeit tritt jedoch der Gesamthirntod ein, da die Atmung aufgrund der Hirnstammschädigung aussetzt, und somit die Sauerstoffversorgung des Gehirns zum Erliegen kommt.⁷⁵ Aufgrund der Möglichkeit, dass ein solcher Verlauf eintreten könnte, ist es ratsam, am Konzept des Gesamthirntodes festzuhalten. Der irreversible Funktionsverlust des gesamten Gehirns gilt heute als anerkannter Todeszeitpunkt.⁷⁶

3. Hirntoddiagnose

Nach dem oben Gesagten gilt der Tod also als dann eingetreten, wenn die Funktionen des Gehirns komplett und irreversibel erloschen sind, unabhängig davon, ob Herz und Kreislauf mit Hilfe von Maschinen weiterhin aufrecht erhalten werden. Damit kann der Tod festgestellt werden, obwohl äußerlich noch Vitalfunktionen erkennbar sind. Die Diagnose erfolgt in drei aufeinanderfolgenden Schritten:

- 1: Prüfung der Voraussetzungen
- 2: Nachweis der klinischen Symptome
- 3: Nachweis der Irreversibilität

Ad 1: Vor Beginn der Hirntoddiagnostik müssen bestimmte Voraussetzungen geprüft werden. Es muss eine irreversible primäre – etwa durch Verletzung, Blutung, Tumor oder Infarkt hervorgerufene – Hirnschädigung vorliegen oder eine sekundäre – etwa infolge eines Sauerstoffmangels, Kreislaufstillstandes oder Schockzustandes. Andere, reversible Ursachen wie Vergiftung, Medikamentenwirkung, Schock oder Unterkühlung müssen ausgeschlossen werden können.⁷⁷ Sowohl primäre als auch sekundäre Hirnschädigungen wirken sich raumfordernd aus und ziehen regelmäßig einen Anstieg des Hirndrucks nach sich.⁷⁸ Das Hirn weicht Richtung Hinteraupts-

⁷⁵ *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 468, Rz 13.10.

⁷⁶ *Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie*, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (320).

⁷⁷ *Angstwurm, Hirntodnachweis*, in *Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler*, Die Chirurgie⁴, Stuttgart 1999, 281 (281); *Steinbereithner, Hirntod und Intensivmedizin*, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995, 69 (73f).

⁷⁸ Vgl. *Oberleithner, Grundlagen der Zellphysiologie*, in *Schmidt/Lang* (Hrsg), Physiologie des Menschen mit Pathophysiologie³⁰, Heidelberg 2007, 3 (25).

loch aus, wodurch der Hirnstamm eingeklemmt wird. Überdies nimmt druckbedingt die Blutversorgung ab und kommt schließlich zum Erliegen.⁷⁹

Ad 2: Anschließend sind die klinischen Ausfallssymptome des Gehirns zu verifizieren. Der Patient ist nicht bei Bewusstsein, sondern befindet sich in einem tiefen Koma, öffnet die Augen weder spontan noch reflexartig.⁸⁰ Der Patient kann keine „Primitivbewegungen“ wie etwa greifen oder saugen ausführen und äußert keinerlei Laute. Er reagiert nicht auf Schmerz, seine Pupillen sind weit und zeigen keine Reaktion auf Licht. Berührt man die Augen mit einem Wattebausch, schließt der Patient diese nicht (Kornealreflex), bewegt man seinen Kopf seitlich, bleiben die Augen starr (Puppenkopphänomen), auch der Kontakt mit eiskaltem Wasser führt zu keiner Reaktion der Augen (vestibulookulärer Reflex) und er reagiert nicht auf Berührungen im Rachenbereich.⁸¹ Die Vitalfunktionen des Hirnstammes, der Atmung und Kreislauf reguliert⁸², sind ausgefallen. Überdies fehlt die Spontanatmung. Der Atemstillstand wird mit Hilfe des sogenannten Apnoetests überprüft. Dabei wird der Patient 15 Minuten lang mit reinem Sauerstoff beatmet, danach werden ihm sechs Liter Sauerstoff pro Minute zugeführt. Patienten, die nicht hirntot sind, atmen daraufhin spontan.⁸³

Ad 3: Schließlich ist die Irreversibilität der klinischen Symptome nachzuweisen. Dies kann durch Einhaltung einer Beobachtungszeit (bei primären Hirnschädigungen beträgt diese zwölf Stunden, bei sekundären Schädigungen 72 Stunden), oder durch apparative Zusatzdiagnostik geschehen, die den langen Beobachtungszeitraum ersetzen, jedoch nicht immer möglich sind. Die Auswahl der apparativen Diagnoseverfahren erfolgt je nach Einzelfall.⁸⁴ Regelmäßig wird mittels Elektroenzephalogramm (EEG) der Ausfall der elektrischen Aktivität des Gehirns festgestellt. Alternativ können auch andere Untersuchungen wie zB der Nachweis des Zirkulationsstillstandes im Gehirn mit Hilfe von Ultraschall (transkranielle Dopplersonographie) durchgeführt werden. Bei Kindern unter 2 Jahren ist zusätzlich zur ergänzenden ap-

⁷⁹ Binder/Pinter/Helscher, Medizinische Aspekte der Hirntoddiagnostik, in Schwarz/Bonelli (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995, 113 (113f).

⁸⁰ ÖBIG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 17. Dezember 2005, 6, Rz 2.2.

⁸¹ Poeck/Hacke, Neurologie¹², Heidelberg 2006, 90.

⁸² Jänig, Vegetatives Nervensystem, in Schmidt/Lang (Hrsg), Physiologie des Menschen mit Pathophysiologie³⁰, Heidelberg 2007, 439 (457).

⁸³ Grubel/Schröder, Gehirn, Rückenmark, periphere Nerven, in Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004, 304 (319).

⁸⁴ Angstwurm, Hirntodnachweis, in Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmle, Die Chirurgie⁴, 281 (282).

parativen Untersuchung jedenfalls ein Beobachtungszeitraum von 24 Stunden, bei Neugeborenen sogar von 72 Stunden einzuhalten.⁸⁵ In Großbritannien gilt das Konzept des Hirnstammtodes als anerkannt.⁸⁶ Daher wird zwar der Ausfall der Hirnstammreflexe (Pupillen-, Korneal-, Schluck-, vestibulookulärer Reflex etc) ausführlich in zwei Untersuchungen getestet und ein Apnoetest durchgeführt, aber man verzichtet auf die Durchführung eines EEGs, da man dies für nicht notwendig erachtet.⁸⁷

4. Organkonservierung

Hirntote müssen intensivmedizinisch behandelt werden, damit sie in einem stabilen Zustand gehalten werden können. So müssen nicht nur Atmung und Kreislauf aufrecht erhalten werden, sondern beispielsweise auch der Flüssigkeitshaushalt. Wird ein Organ explantiert, kann es nicht mehr durch den Spenderkreislauf mit Blut versorgt werden. Je nach Organ treten dadurch nach kürzerer oder längerer Zeit Schäden im Organ auf. Man spricht von der *Ischämietoleranz* des Organs⁸⁸, die je nach Energiebedarf des Organs, Temperatur und organspezifischer Empfindlichkeit unterschiedlich ist.⁸⁹ Nach der Entnahme wird das Organ mit einer speziellen Perfusionslösung durchspült. Damit wird auch das Spenderblut entfernt und das Organ gekühlt. Optimal gekühlte Organe können einen Zeitraum von vier (Herz) bis zu 48 Stunden (Niere) unbeschadet überstehen.⁹⁰

⁸⁵ Nürnberg, Organspende, in Nürnberg/Hasse/Pommer (Hrsg), Klinikleitfaden. Chirurgie⁴, 177 (180f).

⁸⁶ McHale/Cox/Gunn/Wilkinson, Health care law: Text and Materials², London 2007, 1092.

⁸⁷ Department of Health, A code of practice for the diagnosis of brain stem death including guidelines for the identification and management of potential organ and tissue donors, London 1998, 7, Rz 3.7.

⁸⁸ Ischämie bedeutet die Unterbrechung der Durchblutung; Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹.

⁸⁹ Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie, in Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (322).

⁹⁰ Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie, in Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, 319 (322).

C. Möglichkeiten der rechtlichen Regelung von Organentnahmen

I. Allgemeines

Die Bedeutung von Organtransplantationen ist in der heutigen Zeit enorm. Aufgrund der medizinischen Fortschritte werden viele Transplantationen häufig und erfolgreich durchgeführt. Dadurch können viele Menschenleben gerettet oder deutlich verbessert werden. Leider besteht in den meisten europäischen Ländern ein gravierender Mangel an verfügbaren Spenderorganen.⁹¹ Nur wenige Organe bzw. Organteile – wie etwa eine Niere – können vom lebenden Spender transplantiert werden, die meisten stammen jedoch von toten Spendern.⁹² Viele Organe – wie beispielsweise das Herz – können ohnehin nur von Leichen entnommen werden. Um sowohl für die behandelnden Ärzte als auch für die potentiellen Spender Rechtssicherheit zu schaffen, müssen Transplantationen rechtlich abgesichert sein. Bei Leichenspenden muss sich der Gesetzgeber im Wesentlichen entscheiden, ob er dem potentiellen Spender ein Zustimmungs- oder ein Widerspruchsrecht einräumt. Hier sollen nun die Möglichkeiten vorgestellt werden, die für die Regelung postmortaler Organentnahmen zur Verfügung stehen.

⁹¹ Siehe zB: *Eurotransplant*, Annual Report 2008, 26ff; *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 6, Figure 2.1; *Scandiatransplant*, Transplantation figures 2006, <http://www.scandiatransplant.org/aar06.htm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁹² *Eurotransplant*, Annual Report 2008, 32, Table 2.7(i),(ii); *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 7, Table 2.1; *Scandiatransplant*, Transplantation figures 2006, <http://www.scandiatransplant.org/aar06.htm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

II. Die Zustimmungslösung

Bei der Zustimmungslösung unterscheidet man zwischen enger und erweiterter Zustimmungslösung. Zunächst zur ersten Variante: Die enge Zustimmungslösung – auch *opting in* oder *explicit consent*-Lösung genannt⁹³ – verlangt eine zu Lebzeiten geäußerte ausdrückliche Zustimmung des Verstorbenen zur Organentnahme. Je nach Ausgestaltung kann eine Verpflichtung zur Abgabe einer Entscheidung, ob man zustimmen möchte oder nicht, vorgesehen sein.⁹⁴ Somit ist eine Organentnahme grundsätzlich verboten, nur im Falle einer Einwilligung ist sie gerechtfertigt. Eine solche Willenserklärung muss dem behandelnden Arzt, der die geplante Entnahme vornehmen soll, natürlich zugänglich sein. Spenderausweise oder EDV-unterstützte Zustimmungsregister haben sich als effektiv erwiesen und ermöglichen eine rasche Kenntnisnahme der Zustimmung. Dies ist vor allem im Zusammenhang mit dem Zeitdruck im Rahmen einer Transplantation von enormer Bedeutung.

Bei dieser Lösungsvariante werden die Rechte des Verstorbenen optimal gewahrt, und sie schützt effektiv vor ungewollten Eingriffen. Die Rechtssicherheit ist in diesem Fall hoch und die postmortalen Persönlichkeitsrechte werden optimal gewahrt.⁹⁵ Allerdings werden bei dieser Option die Rechte und Bedürfnisse schwerstkranker Menschen, die dringend auf Spenderorgane warten, und deren Leben meist vom Erhalt eines solchen Organs abhängt, gröblich vernachlässigt. Da sich nur wenige Menschen mit dem Thema der Transplantation auseinandersetzen oder einfach über die medizinischen Möglichkeiten nicht informiert sind, unterlassen es die meisten, aktiv zu werden und eine Zustimmungserklärung abzugeben.⁹⁶ Vor allem junge Menschen, die im tragischen Falle eines Unfalles ums Leben kommen, haben zu Lebzeiten in aller Regel nicht zugestimmt, daher können nach diesem Modell viele gesunde Organe nicht entnommen werden. Möglicherweise behindert die enge Zustimmungslösung auch die Wahrnehmung des wahren Willens des potentiellen Spenders, immerhin befürworten zahlreiche Menschen Organtransplantationen, er-

⁹³ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Organtransplantation, 10f.

⁹⁴ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, London 2006, 429.

⁹⁵ Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289 (289).

⁹⁶ Kalchschmid, Die Organtransplantation – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, Wien 1997, 61.

klären ihre Zustimmung jedoch nicht.⁹⁷ Im Vergleich zu anderen Lösungsmodellen ist die Zahl der verfügbaren Organe bei der engen Zustimmungslösung gering. Es besteht die Gefahr, dass Organhandel betrieben wird.⁹⁸ Länder, die sich für diese Variante entscheiden, müssen sich nicht nur um die umfassende Aufklärung und Information der Bevölkerung kümmern, sondern auch die Formvorschriften für die Zustimmung so einfach wie möglich gestalten.

Die erweiterte Zustimmungslösung bietet zusätzlich die Möglichkeit, die Angehörigen um ihre Zustimmung zu bitten, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten keine Zustimmungserklärung abgegeben hat. Das heißt, grundsätzlich sind Organentnahmen untersagt, es sei denn, der Verstorbene selbst oder seine Angehörigen stimmen zu.⁹⁹ Dies ermöglicht wiederum die Wahrung der Interessen des Spenders bzw seiner Angehörigen. Wie bei der engen Zustimmungslösung können dadurch bestimmte Weltanschauungen und Religionen, die Entnahmen ablehnen, berücksichtigt werden. Natürlich können bei dieser Variante mehr Organe entnommen werden als bei der engen Zustimmungslösung. Vor allem das Gespräch mit den Angehörigen ist essentiell. Sollten keine Angehörigen vorhanden oder auffindbar sein, kann dies möglicherweise dazu führen, dass die Transplantation verzögert wird, was sich negativ auf die Funktion der Organe auswirken kann.¹⁰⁰ Die Suche nach Angehörigen ist natürlich nur dann möglich, wenn die Aufrechterhaltung des Kreislaufes ohne Zustimmungserklärung zur Organspende gesetzlich erlaubt ist.¹⁰¹

Die erweiterte Zustimmungslösung wird vor allem aus einem Grund kritisiert: Sie setzt sowohl den behandelnden Arzt als auch die Angehörigen des Verbliebenen unter enormen psychischen Druck. Schließlich muss der Arzt den Angehörigen nicht nur die traurige Nachricht des Ablebens des Patienten überbringen, sondern – im Falle, dass keine Zustimmungserklärung des Verstorbenen vorliegt – zusätzlich noch um die Zustimmung zur Organspende bitten.¹⁰² Dieses Gespräch zu führen erfordert großes Einfühlungsvermögen des Arztes, der die Angehörigen, die sich zweifelsohne in einer Ausnahmesituation befinden, aufklären und informieren muss.

⁹⁷ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 63.

⁹⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 61.

⁹⁹ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 10.

¹⁰⁰ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 62.

¹⁰¹ Dies ist beispielsweise in Großbritannien der Fall. Siehe Kap E. III. 4.3.

¹⁰² Kalchschmid, Die Organtransplantation, 62.

Sowohl bei der engen als auch bei der erweiterten Zustimmungslösung befürchten Kritiker „Werbeaktionen“, um die Bevölkerung zur Einwilligung zur Organentnahme zu bewegen.¹⁰³ Vor allem bei der engen Variante muss der Zugang zu einem Zustimmungsregister oder einem Spenderausweis einfach sein, da ein Aktivwerden des einzelnen nötig ist. In Großbritannien beispielsweise gibt es ein zentrales Zustimmungsregister, das 1994 eingeführt wurde. Die erweiterte Zustimmung wurde beispielsweise in Deutschland, Großbritannien und den Niederlanden als Lösungsvariante gewählt.¹⁰⁴

¹⁰³ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 62; *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449 (453).

¹⁰⁴ http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

III. Die Widerspruchslösung

Anders als bei der Zustimmungslösung sind Organentnahmen bei der Widerspruchslösung grundsätzlich erlaubt, es sei denn, den behandelnden Ärzten liegt eine Widerspruchserklärung vor. Dieser Widerspruch kann vom Verstorbenen oder von seinem gesetzlichen Vertreter zu Lebzeiten des Patienten abgegeben werden. Angehörige hingegen müssen weder befragt werden, noch muss ein Widerspruch ihrerseits berücksichtigt werden. Streng genommen kann eine Entnahme auch gegen den Willen der Angehörigen vorgenommen werden.¹⁰⁵ Bei dieser Variante ist es besonders wichtig, dass die Bevölkerung einerseits darüber informiert wird, dass Organentnahmen vorgenommen werden dürfen, wenn sie nicht widersprechen und andererseits muss die Möglichkeit zum Widerspruch einfach zugänglich sein. Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass die behandelnden Ärzte den Widerspruch zur Kenntnis nehmen. Hier hat sich ein EDV-unterstütztes Widerspruchsregister, wie es in Österreich seit 1. Jänner 1995 geführt wird, bewährt. Um die Form der Widerspruchserklärung nicht einzuschränken, kann diese auch auf anderem Wege erklärt werden: Ob mittels eines „negativen Spenderausweises“, mündlich, schriftlich oder gar telefonisch spielt keine Rolle, wichtig ist jedoch, dass die Erklärung den Ärzten zugänglich ist.¹⁰⁶ Auch bei der Widerspruchslösung gibt es eine „erweiterte“ Variante: Sollte der Verstorbene zu Lebzeiten keine Widerspruchserklärung abgegeben haben, so können die Angehörigen gegen eine Entnahme widersprechen.¹⁰⁷

Diese – auch *opt out*-Lösung genannte – Variante ermöglicht es, relativ viele Spenderorgane zu entnehmen und dadurch die Interessen der Organempfänger gut zu berücksichtigen, ohne die Interessen der Spender zu übergehen (wie bei der Notstandslösung¹⁰⁸). Jeder Mensch hat zu Lebzeiten die Möglichkeit, einer Entnahme zu widersprechen, wodurch bestimmte religiöse und andere Beweggründe berücksichtigt werden können. Kritisiert wird diese Lösung vor allem aus dem Grund, dass sich ein Großteil der Menschen – vor allem der jungen Menschen – nicht mit dem eigenen Tod und dem Schicksal ihres Körpers nach ihrem Ableben beschäftigen und daher

¹⁰⁵ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 62; Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289 (290).

¹⁰⁶ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 234.

¹⁰⁷ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 429.

¹⁰⁸ Siehe gleich unten.

nicht widersprechen.¹⁰⁹ Die enge Widerspruchslösung ist beispielweise in Österreich geltendes Recht, Belgien und Finnland haben sich für die erweiterte Variante entschieden.¹¹⁰

Sollte der Wille der Angehörigen aufgrund der rechtlichen Regelung von Organentnahmen unbeachtlich bleiben (enge Zustimmungslösung, enge Widerspruchslösung), fällt es den behandelnden Ärzten meist schwer, gegen deren ausdrückliche Wünsche vorzugehen. Um dem entgegenzutreten, kann eine gesetzliche Verpflichtung der Ärzte zur Einholung der Entnahmeerlaubnis seitens der Angehörigen bzw zur Information über eine mögliche Organspende vorgesehen werden. Dieses als *required request* bzw *routine inquiry* bekannte Modell ist vor allem in den USA ein weitverbreitetes System, das teilweise mit dem *professional privilege* verbunden ist. Danach können die Ärzte die Befragung unterlassen, wenn sie eine daraus resultierende psychische Beeinträchtigung der Angehörigen befürchten.¹¹¹

¹⁰⁹ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 67.

¹¹⁰ http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

¹¹¹ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 432.

IV. Die Notstandslösung

Die Notstandslösung ermöglicht es, jedem Verstorbenen Organe zu entnehmen, ohne auf dessen Willensäußerung noch auf die Interessen seiner Angehörigen Rücksicht zu nehmen. Somit sind Entnahmen sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten und seiner Angehörigen möglich.¹¹² Hier werden also ausschließlich die Interessen des Organempfängers berücksichtigt, der Leichnam und seine Bestandteile werden für eine bestimmte Zeit (bis zum Begräbnis) quasi zu öffentlichen Gütern.¹¹³ Dem Recht auf Leben (Art 2 EMRK) wird absoluter Vorrang gegenüber den postmortalen Persönlichkeitsrechten des Spenders (Achtung des Privatlebens, Art 8 EMRK, Recht auf Religions- und Gewissensfreiheit, Art 9 EMRK) gewährt. Die persönlichen Interessen und postmortalen Interessen des Spenders treten in diesem Fall hinter die Pflicht, anderen Gesellschaftsmitgliedern zu helfen.¹¹⁴ Natürlich würden nach dieser Lösung am meisten Spenderorgane zur Verfügung stehen, allerdings ist das vollkommene Außerachtlassen der Spenderinteressen nicht zu rechtfertigen. Interessanterweise hat der österreichische Gesetzgeber diese Lösung ursprünglich favorisiert, sich letztendlich allerdings doch für die Widerspruchslösung entschieden. Neben der Unvereinbarkeit mit Art 8 und 9 EMRK wäre diese Lösung in Österreich auch nach Art 14 StGG (Glaubens- und Gewissensfreiheit) verfassungswidrig. In Bulgarien ist diese problematische Lösung sogar zu finden, allerdings können Widerspruch und Zustimmung in Bezug auf Organentnahmen eingetragen werden.¹¹⁵

¹¹² Kalchschmid, Die Organtransplantation, 64f.

¹¹³ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 429.

¹¹⁴ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 430.

¹¹⁵ http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

V. Die Informationslösung

Diese Variante ist der erweiterten Zustimmungslösung sehr ähnlich. Grundsätzlich dürfen einem Verstorbenen keine Organe entnommen werden, außer er hat zu Lebzeiten einer Entnahme zugestimmt. Sollte jedoch weder eine Zustimmung noch eine Widerspruchserklärung vorliegen, werden die Angehörigen über die Möglichkeit einer Organspende informiert und gebeten, binnen einer bestimmten Bedenkzeit einer geplanten Entnahme zuzustimmen oder dieser zu widersprechen. Sollten sie die Zeit ungenutzt verstreichen lassen, dürfen die Ärzte die Organe des Verbliebenen entnehmen.¹¹⁶ Sollten die Angehörigen nicht auffindbar sein, wäre eine Entnahme unzulässig. Ob eine solche erlaubt wäre, wenn es keine Angehörigen gibt, ist unklar.¹¹⁷

Bei dieser Variante haben die Selbstbestimmungsrechte des Verstorbenen absoluten Vorrang, ähnlich wie bei der Zustimmungslösung. Sollte er seinen Willen nicht kundgetan haben, geht man davon aus, dass die Angehörigen diesen am besten erraten können.¹¹⁸ Im Vergleich zur erweiterten Zustimmungslösung sind die Angehörigen einem geringeren psychischen Druck ausgesetzt. Schließlich müssen sie nicht ausdrücklich zustimmen, sondern können die Bedenkzeit verstreichen lassen. Bedenkt man den Zeitdruck unter dem jede Transplantation steht, kann dieser Zeitraum nicht sehr lange sein. Die Vitalfunktionen eines hirntoten Patienten können durchschnittlich für etwa 4-6 Stunden stabil gehalten werden¹¹⁹, das heißt, nach Ablauf dieser Zeit sollten die Angehörigen entschieden haben. Die Informationslösung wurde etwa in Frankreich und Schweden als Lösungsvariante gewählt.¹²⁰

¹¹⁶ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 68.

¹¹⁷ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 70.

¹¹⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 69.

¹¹⁹ Tscheliessnigg am 12. 10. 2007.

¹²⁰ http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

D. Die österreichische Rechtslage

I. Rechtsentwicklung

1. Anfänge der Transplantationschirurgie und rechtliche Probleme

Organentnahmen und Transplantationen wurden in der österreichischen Monarchie bereits Ende des 19. Jahrhunderts praktiziert. Um die Jahrhundertwende nahm die Zahl der Versuche und später auch jene der Erfolge zu. Wenn auch in vielen Fällen noch nicht sehr erfolgreich, wurden sowohl autogene, allogene Transplantationen als auch Xenotransplantationen durchgeführt. Diverse Tiere wie Schweine und Hunde wurden als Versuchsobjekte missbraucht.¹²¹ Bedenkt man die medizinischen Möglichkeiten der damaligen Zeit, ist die Bandbreite der damals durchgeführten Transplantationen beachtlich: Transplantationen von Knochen, Knorpeln, Sehnen, Faszien, Muskeln, Zähnen, Gelenken, ja sogar Fingern und Zehen, Schilddrüsen¹²², Schleimhäuten, Epithelgewebe, Gefäßen¹²³, Haut¹²⁴, Nerven¹²⁵, Schilddrüsen¹²⁶, Nieren¹²⁷, Hoden und Ovarien¹²⁸ sind dokumentiert. Die weltweit erste erfolgreiche Transplantation am Menschen war eine Hornhauttransplantation, die 1905 vom österreichischen Chirurgen Eduard Zirm durchgeführt wurde.¹²⁹ In den Beiträgen wird immer wieder auf Tote als Organspender hingewiesen. Darüber, ob eine Zustimmung des Verstorbenen oder seiner Angehörigen für derartige Eingriffe notwendig war, finden sich jedoch keine Hinweise.¹³⁰ Überlegungen über die Festlegung des Todeszeitpunktes¹³¹ sowie die Verbesserung der Organallokation wurden jedoch

¹²¹ Ullmann, Experimentelle Nierentransplantation, Wr klin Wschr 1902/11, 281 (281).

¹²² Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50 (50ff).

¹²³ Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50 (52ff).

¹²⁴ Eiselsberg, Ueber Hautverpflanzung nach Thiersch, Wr klin Wschr 1889/34, 666 (666ff), 1889/35, 685 (685ff).

¹²⁵ Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50 (53).

¹²⁶ Ullmann, Experimentelle Nierentransplantation, Wr klin Wschr 1902/11, 281 (281).

¹²⁷ Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50 (54).

¹²⁸ Ullmann, Experimentelle Nierentransplantation, Wr klin Wschr 1902/11, 281 (281).

¹²⁹ Piza, Die gegenwärtige Bedeutung der Organtransplantation, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987, 7 (9).

¹³⁰ Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50 (54f).

¹³¹ Jarosch, Agonie und Todeseintritt in ihrer rechtlichen Konsequenz, ÖRZ 1971, 163 (164ff).

recht bald angestrengt.¹³² Erst 1965 wurde in Wien die erste Niere transplantiert, 1969 berichtet die Österreichische Ärztezeitung von ersten Erfahrungen mit Transplantationen von Lunge, Pankreas und Milz, wobei die Überlebensdauer der Organempfänger einige Monate nicht überschritt.¹³³ Auch Knochenmark wurde nur mitmäßigem Erfolg übertragen¹³⁴, 1972 die erste Leber und 1984 schließlich das erste Herz.¹³⁵

Die Entnahme von Organen war in Österreich bis 1982 gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Man bediente sich der allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Normen, um die Rechtmäßigkeit von Organentnahmen zu beurteilen.¹³⁶ Der Teil der Lehre, der das Zivilrecht für seine Beurteilung heranzog, kam jedoch zu anderen Ergebnissen, als jener Teil, der das Strafrecht als Beurteilungsbasis heranzog.¹³⁷ Doch der Fortschritt der Medizin war nicht aufzuhalten, und es fehlte zunehmend an Rechtssicherheit auf diesem Gebiet. Zunächst war nicht eindeutig geklärt, ob jemand – und wenn ja, wer – über den Leichnam verfügen durfte. Während der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts gab es in der Lehre verschiedene Ansätze, zB von *Harbich* und *Edlbacher*, dieses Problem zu lösen. Nach *Harbich* musste ein Arzt, der eine Organentnahme bei einem Verstorbenen durchführen wollte, die Einwilligung der Erben des Toten einholen, außer der Verstorbene hatte zu Lebzeiten einer Organentnahme zugestimmt. *Harbich* ging jedoch davon aus, dass ein Arzt bei fehlender Einwilligung des Verstorbenen und fehlender Zustimmung der Erben eine „mutmaßliche Einwilligung“ des Verschiedenen annehmen könne. Er begründete diese Annahme damit, dass jeder Mensch in einem zivilisierten Staat eine „für ihn völlig nutzlose und auch wertlose Sache“ hergeben würde, vor allem, wenn er dadurch einen anderen Menschen retten könnte.¹³⁸ Daraus ergeben sich allerdings zwei Probleme: Erstens stehen die zu befragenden Erben meist erst Tage nach dem Ableben einer Person fest

¹³² *Speiser*, Austro-Transplant. Ein Konzept zum Aufbau eines Organtransplantationsprogramms in Österreich, ÖÄZ 1969/19, 2049 (2049ff).

¹³³ *Helmer*, Die Chirurgie der Organübertragungen, ÖÄZ 1969/19, 2071 (2072ff).

¹³⁴ *Kotzaurek*, Die internistische Nachbehandlung bei Organtransplantationen, ÖÄZ 1969/19, 2095 (2105).

¹³⁵ *Piza*, Bedeutung der Organtransplantation, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 7 (9).

¹³⁶ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, Wien 1999, 13 (15).

¹³⁷ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 55.

¹³⁸ *Harbich*, Das Recht zu sterben – Lebensverlängerung um jeden Preis?, ÖRZ 1968, 115 (126).

(nach erfolgreicher Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens¹³⁹), also zu einem Zeitpunkt, zu dem es für eine Organentnahme zu spät ist. Zweitens müsste der Transplantationschirurg in praxi zwar nicht die ausdrückliche Einwilligung der Erben einholen, da er schließlich von der „mutmaßlichen Einwilligung“ ausgehen kann, diese hätten aber faktisch ein Widerspruchsrecht.¹⁴⁰ Vollkommen unberücksichtigt bleiben zB religiöse Überzeugungen, nach denen der menschliche Körper auch nach Todeseintritt unversehrt bleiben sollte. Sollte der Fall eintreten, dass der Verstorbene keine Erben hinterlässt, falle der Leichnam, nach Meinung *Harbichs*, „wie jeder andere Nachlassgegenstand“ dem Staat anheim, der Chirurg müsse sich mit den staatlichen Behörden auseinandersetzen. Nach heutiger Rechtsauffassung gehört der Leichnam einer Person jedoch nicht zu deren Verlassenschaft¹⁴¹, daher können die Erben auch nicht oder nur sehr begrenzt darüber verfügen.¹⁴²

1969 erläuterte *Köhler*, dass der Leichnam weder Person noch Sache ist, sondern eine eigene Rechtsfigur. Daher könne er auch nicht Teil des Nachlasses sein oder vererbt werden. Entnahmen seien nur dann zulässig, wenn der Verstorbene seinen Leichnam testamentarisch einem medizinischen Institut zur Verfügung gestellt hat. Angehörige könnten einen solchen Eingriff nicht gestatten. Jede nicht durch eine Verfügung des Verstorbenen gestattete Entnahme ist somit „nicht erlaubt und ungesetzlich“¹⁴³.

Andere wie *Edlbacher* erklärten die Eigenschaft des Leichnams als „Rückstand der Persönlichkeit des Verstorbenen“, der wie ein über den Tod hinaus verlängertes Persönlichkeitsrecht zu beurteilen sei. Die grundsätzlich unvererblichen Persönlichkeitsrechte würden noch einige Zeit fort dauern. *Edlbacher* behauptete, die Annahme eines „Rückstandes der Persönlichkeit“ sei eine „aus germanischer Wurzel entsprungene und im Gewohnheitsrecht eingebettete Lehre“, ohne auf positivrechtli-

¹³⁹ Ausführlich dazu: *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³, Wien 2007, 563ff.

¹⁴⁰ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 14.

¹⁴¹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 14. *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, Wien 2000, § 285, Rz 3.

¹⁴² Sofern der Verstorbene keine Anordnungen getroffen hat, was mit seinem Leichnam geschehen soll, entscheiden die nahen Angehörigen darüber, unabhängig von ihrer Erbenstellung; *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³, 452; Im Gegensatz dazu geht *Harbich* davon aus, dass der Leichnam im Eigentum der Erben steht. Jede andere Ansicht lässt er nicht gelten und begründet dies bildlich: Wäre die Leiche nicht Eigentum der Erben, ergäben sich zB erhebliche Schwierigkeiten bezüglich eines goldenen Gebisses oder anderer materiell wertvoller Körperersatzstücke; *Harbich*, Das Recht zu sterben, ÖRZ 1968, 115 (126).

¹⁴³ *Köhler*, Organtransplantation – juristisch gesehen, ÖÄZ 1969/19, 2106 (2131).

che Normen Bezug zu nehmen.¹⁴⁴ Gewohnheitsrecht zählt in Österreich jedoch nicht zu den selbständigen Rechtsquellen.¹⁴⁵

Bereits nach dem alten Strafgesetz 1945 wurde eine Organentnahme ohne Zustimmung strafrechtlich unter § 306 StG¹⁴⁶ subsumiert, der eigentlich das Entfernen von Leichenteilen aus Gräbern oder Aufbahrungstätten unter Strafe stellte.¹⁴⁷ *Harbich* kritisierte diese Annahmen, da er meinte, wer eine Organentnahme vornimmt, begehe keine Leichenschändung iSd § 306 StG, solange die Pietät gewahrt bliebe.¹⁴⁸ Trotzdem führte der Gesetzgeber 1974 den § 190 StGB („Störung der Totenruhe“) ein, und allgemein wurde dieser Tatbestand auch dann als erfüllt angesehen, wenn Teile des Leichnams den Verfügungsberechtigten entzogen wurden.¹⁴⁹ Als verfügungsberechtigt wurden der Verstorbene und seine nahen Angehörigen angesehen.¹⁵⁰ *Rieder* subsumierte auch die Organentnahme ohne (rechtzeitige) Zustimmung unter § 190 StGB.¹⁵¹ Fehlte die Zustimmung, durfte kein Organ explantiert werden, ohne dass sich der Arzt für eine strafbare Handlung verantworten musste. Unter Berufung auf den übergesetzlichen Notstand hielt *Rieder* es jedoch für zulässig, Organe zu entnehmen, falls der Empfänger andernfalls einer Gefahr ausgesetzt würde, die nur durch die Transplantation verhindert werden kann, und die Zeit nicht ausreichte, um die Zustimmung eines Verfügungsberechtigten einzuholen. Gegen den ausdrücklichen Willen des Verstorbenen oder seiner Angehörigen seien Entnahmen jedoch auch unter diesen Umständen nicht zulässig, ebenso die Lagerung in einer Organbank.¹⁵² *Stellamor* behauptete, Organentnahmen vom Verstorbenen bedürften grundsätzlich der Zustimmung des Verstorbenen selbst oder aber seiner Angehörigen. Da jedoch Leichenöffnungen ohne Zustimmung im Krankenanstaltengesetz vorgesehen seien, bedürften Organentnahmen in diesem Zusammenhang auch keiner Zustimmung.¹⁵³

¹⁴⁴ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449 (449f).

¹⁴⁵ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, Wien 1996, 192ff.

¹⁴⁶ Strafgesetz 1945.

¹⁴⁷ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 16.

¹⁴⁸ *Harbich*, Das Recht zu sterben, ÖRZ 1968, 115 (126).

¹⁴⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 16.

¹⁵⁰ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 56.

¹⁵¹ *Rieder*, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et de lege ferenda, ÖJZ 1978, 113 (117).

¹⁵² *Rieder*, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen, ÖJZ 1978, 113 (118).

¹⁵³ *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung. Eine Rechts- und Standeskunde, Wien 1977, 83.

Aufgrund der unsicheren Rechtslage und der anhaltenden Diskussion innerhalb der Rechtswissenschaften wurde der Ruf nach einer ausdrücklichen Regelung laut, ja sogar nach einem eigenen Transplantationsgesetz, wie es in anderen europäischen Staaten (zB Deutschland) existiert.¹⁵⁴ Da in Österreich bis dato kein eigenes Transplantationsgesetz formuliert wurde, gibt es weiterhin die Forderung danach sowie Vorschläge und Entwürfe.¹⁵⁵

2. Der Anlassfall

Der Prozess gegen einen Primararzt im Jahre 1978¹⁵⁶ gab den entscheidenden Anstoß, die unbefriedigende Situation einer fehlenden gesetzlichen Regelung für Organentnahmen zu beseitigen. Im Auftrag jenes Arztes wurden einem 16-jährigen Unfallopfer Knochenspäne aus dem Oberschenkel entnommen und diese in einer Knochenbank aufbewahrt. Dem Arzt wurde vorgeworfen, dies ohne Einwilligung des Verfügungsberechtigten vorgenommen zu haben und damit die Totenruhe iSd § 190 StGB gestört zu haben. In erster Instanz am Bezirksgericht für Strafsachen Wien wurde der angeklagte Arzt wegen Störung der Totenruhe gem §§ 12, 190 Abs 1 StGB verurteilt. In zweiter Instanz wurde er freigesprochen, allerdings nur aus formalen Gründen¹⁵⁷. Nach der damals hL war das erstgerichtliche Urteil aus materiell-rechtlicher Sicht richtig, da § 190 StGB in Bezug auf Organtransplantationen der einzig mögliche Anknüpfungspunkt war.¹⁵⁸

Erste Konsequenz dieses Prozesses war vorerst ein Rückgang bei den Transplantationen, da die strafrechtlichen Grenzen sehr vage waren. Das, obwohl das Justizministerium feststellte, dass künftig keine Anklagen wegen der Entnahme von Leichenteilen zur Rettung und Erhaltung menschlichen Lebens und menschlicher Gesundheit erhoben werden sollen.¹⁵⁹ Das Ministerium bezog sich auf § 25

¹⁵⁴ Siehe etwa: *Rieder*, Forderung nach Transplantationsgesetz, *Der Staatsbürger* 1978, 98 (98).

¹⁵⁵ *Barta/Kalchschmid*, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in *Barta/Weber*, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantationen zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 43 (43ff).

¹⁵⁶ E zitiert nach *Eder-Rieder*, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, *ÖJZ* 1984, 289 (289); *Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, *ÖRZ* 1980, 259 (259f), *Holczabek/Kopetzki*, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, *Wr klin Wschr* 1986/13, 417 (417).

¹⁵⁷ Mangelnde Aktivlegitimation des Privatbeteiligten zur Subsidiarklage; *Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, *ÖRZ* 1980, 259 (259).

¹⁵⁸ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 57.

¹⁵⁹ *Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, *ÖRZ* 1980, 259 (259).

Krankenanstaltengesetz (KAG), der die Obduktion von Leichen regelt. Von den Zulässigkeitsvoraussetzungen für Obduktionen kann jedoch nicht auf jene für Organentnahmen geschlossen werden.¹⁶⁰ Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten begann jedoch ein konstruktiver Diskurs über eine mögliche Regelung von Organtransplantationen. Vor allem die Gesundheit bzw das Leben des Organempfängers, aber auch die Wahrung der Pietät in Bezug auf den Spender sollten größtmögliche Beachtung erfahren. Durch die rechtliche Absicherung wollte man eine Zunahme der Organtransplantationen ermöglichen. Die Schaffung eines eigenen Transplantationsgesetzes nach deutschem Vorbild war nicht geplant, die Regelungen sollten in das KAG integriert werden, da die Vornahme von Organexplantationen ausschließlich in Krankenanstalten erlaubt werden sollte.¹⁶¹

Man suchte nach einer geeigneten Lösung der Frage, wie man den Bedarf an Spenderorganen unter Wahrung der Interessen der verstorbenen Spender und möglicherweise auch jener der Angehörigen decken könnte. Zur Debatte standen einige der oben (siehe Kap C) dargelegten Lösungsmöglichkeiten.¹⁶² Sowohl die Notstandslösung als auch die Zustimmung- und die Widerspruchslösung wurden diskutiert. *Fuhrmann* erläuterte die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten: Der Entwurf eines eigenen Transplantationsgesetzes würde einen enormen Zeitaufwand bedeuten, trotzdem sei die Schaffung neuer Regelungen äußerst dringlich und unumgänglich. Daher schlug *Fuhrmann* vor, § 190 StGB einen dritten Absatz beizufügen, der Organentnahmen von Verstorbenen ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten zulässt. Alternativ könnte dies auch in einem neu zu schaffenden dritten Absatz des § 25 KAG geregelt werden, *Fuhrmann* schlug in diesem Zusammenhang die Widerspruchslösung vor.¹⁶³

In der Regierungsvorlage 969 BlgNR 15. GP wurde noch die Notstandslösung favorisiert. Danach sollte es möglich sein, einem Verstorbenen Organe zu entnehmen, „um das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit

¹⁶⁰ *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987, 90 (90).

¹⁶¹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 19.

¹⁶² *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (15, FN 8).

¹⁶³ *Fuhrmann*, Transplantate – § 190/1 StGB, ÖRZ 1980, 259 (259).

wiederherzustellen“¹⁶⁴. Von der Widerspruchslösung und der Zustimmungslösung wurde dezidiert Abstand genommen¹⁶⁵, wodurch eine allfällige Ablehnung eines solchen Eingriffes seitens des Verschiedenen oder seiner Angehörigen unberücksichtigt bleiben sollte. Schließlich würden die Nachforschungen nach dem Willen des Verstorbenen bzw seiner Angehörigen Zeit in Anspruch nehmen, wodurch der Erfolg einer Transplantation gefährdet würde. Die Rechtsgüter der Rettung des menschlichen Lebens und der Wiederherstellung der Gesundheit eines anderen Menschen sollten absoluten Vorrang genießen. Außerdem sei die Zeit ohnedies zu gering, um nach dem Willen des Verstorbenen zu forschen. Allerdings wurde betont, dass die Zahl der entnommenen Organe auf „einzelne wenige“ beschränkt sei und die „Würde eines Toten“ bewahrt bleiben müsse.¹⁶⁶ Der Ausschuss für Gesundheit und Umweltschutz gab jedoch zu bedenken, dass man das Selbstbestimmungsrecht des Verstorbenen nicht gänzlich unbeachtet lassen darf. Schließlich werden Organentnahmen nach bestimmten religiösen oder philosophischen Anschauungen strikt abgelehnt.¹⁶⁷ Der Nationalrat hat die Bedenken und Vorschläge des Ausschusses nach ausführlichen Debatten 1982 angenommen und sich letztlich für die Widerspruchslösung entschieden.¹⁶⁸ Auf diese Art hat jeder Österreicher die Möglichkeit, eine Organentnahme abzulehnen und hat die Gewissheit, dass sein Wunsch respektiert wird. Ansonsten gilt das Vorrecht des Lebens gegenüber der Totenruhe, wie einst auch das Obduktionsgesetz aus 1770 die Totenruhe zugunsten der Wissenschaft beschränkt hat.¹⁶⁹

¹⁶⁴ RV 969 BlgNR 15. GP, 1.

¹⁶⁵ RV 969 BlgNR 15. GP, 2.

¹⁶⁶ RV 969 BlgNR 15. GP, 3.

¹⁶⁷ AB 1089 BlgNR 15. GP, 1.

¹⁶⁸ StProtNR 15. GP, 11622ff; StProtBR, 16012ff.

¹⁶⁹ StProtNR 15. GP, 11626.

II. Die heutige Rechtslage

In Österreich ist die Organentnahme vom lebenden Spender bis heute gesetzlich nicht geregelt, wohl aber jene vom verstorbenen Spender. § 62a Bundes-Krankenanstaltengesetz (KAG) trat am 1. Juni 1982 als Reaktion auf den oben genannten Anlassfall in Kraft.¹⁷⁰ Ziel dieser Norm war, Rechtssicherheit für Ärzte und Krankenanstalten für die Durchführung von postmortalen Organentnahmen zu schaffen.¹⁷¹ Durch das BGBl I 2002/65 wurde der Titel des Krankenanstaltengesetzes geändert. Seit dem 20. 04. 2002 heißt dieses Gesetz „Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten“ (KAKuG). § 62a KAKuG besagt, es sei zulässig „Verstorbenen einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen“¹⁷². Die Transplantation von Geweben ist analog zur Organtransplantation zu behandeln, also gilt auch hierfür die österreichische Widerspruchslösung.¹⁷³ Nicht zulässig ist eine Entnahme dann, wenn den Ärzten „eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat“¹⁷⁴. Weiters muss die Entnahme so durchgeführt werden, dass es zu keiner „die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche“¹⁷⁵ kommt. Die folgenden Absätze des § 62a KAKuG enthalten noch einige Sicherheitsbestimmungen. So dürfen Organe erst dann entnommen werden, wenn ein „zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt den eingetretenen Tod festgestellt hat“¹⁷⁶, wobei dieser „weder die Entnahme noch die Transplantation durchführen“¹⁷⁷ oder in anderer Weise an den Eingriffen beteiligt oder von ihnen betroffen sein darf.¹⁷⁸ Krankenanstalten, an denen Organe entnommen werden dürfen, müssen nach § 62a Abs 3 KAKuG bestimmte Voraussetzungen erfüllen:¹⁷⁹ Die Vornahme von Organexplantationen ist demnach an öffentlichen und privaten, gemeinnützigen Krankenanstalten erlaubt, sowie an Universitätskliniken und medizinischen Universitätsinstituten, die gleichzeitig Abteilungen einer öffentlichen Krankenanstalt sind.

¹⁷⁰ KAG-Novelle BGBl 1982/273.

¹⁷¹ StProtNR 15. GP, 11623.

¹⁷² § 62a Abs 1 erster Satz KAKuG.

¹⁷³ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 90.

¹⁷⁴ § 62a Abs 1 zweiter Satz KAKuG.

¹⁷⁵ § 62a Abs 1 letzter Satz KAKuG.

¹⁷⁶ § 62a Abs 2 erster Satz KAKuG.

¹⁷⁷ § 62a Abs 2 zweiter Satz KAKuG.

¹⁷⁸ § 62a Abs 2 letzter Satz KAKuG.

¹⁷⁹ § 62a Abs 3 KAKuG verweist auf § 16 Abs 1 lit a und c bis g KAKuG.

Überdies sind Entnahmen auch an privaten, nicht gemeinnützigen Krankenanstalten möglich.¹⁸⁰ Entnommene Organe und Organteile dürfen keinesfalls Gegenstand von Rechtsgeschäften sein, die auf Gewinn abzielen.¹⁸¹

Eine besondere Rolle spielen datenschutzrechtliche Bestimmungen. So ist der Name des Organspenders gegenüber dem Empfänger geheim zu halten, Angehörigen des Spenders darf der Name des Organempfängers ebenfalls nicht preisgegeben werden. Sollte der Organempfänger sein Recht auf Einsicht in seine Krankengeschichte geltend machen, ist der Name des eventuell darin genannten Organspenders zu entfernen. Für die namentliche Nennung des Spenders oder des Empfängers von Organen gibt es keinen Rechtfertigungsgrund. Von diesem Grundsatz gibt es nur wenige Ausnahmen, etwa bei einer Lebendspende einer Niere von der Mutter an die Tochter.¹⁸²

¹⁸⁰ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 147.

¹⁸¹ § 62a Abs 4 KAKuG, siehe auch § 16 Abs 1 lit a KAKuG.

¹⁸² *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (17, FN 12).

III. Die gesetzliche Regelung im Detail

1. Anwendungsbereich

1.1 Organe von Verstorbenen

Die §§ 62a–c KAKuG sind auf Organtransplantationen anzuwenden, die aus medizinischen Gründen gerechtfertigt sind.¹⁸³ Lediglich die Entnahme von Organen Verstorbener ist gesetzlich geregelt. Lebendspenden sind zwar nicht ausdrücklich geregelt, werden aber vorausgesetzt, schließlich findet man im KAKuG Regelungen, die darauf Bezug nehmen (§ 26 Abs 1 Z 5 KAKuG). Interessanterweise ist Österreich das einzige westeuropäische Land, in dem Lebendspenden nicht einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung unterliegen.¹⁸⁴ Lebendspenden kommen nur bei paarig angelegten Organen (Nieren, in seltenen Fällen auch Lunge) und bei regenerierbaren Organen bzw Geweben (zB Knochenmark) in Betracht. Leber, Dünndarm und Bauchspeicheldrüse sind zwar unpaarig angelegt, trotzdem ist die Entnahme eines Teiles dieser Organe sogar als Lebendspende zulässig, da der verbleibende Teil für den Spender ausreicht.¹⁸⁵ Grundsätzlich stellt eine Organentnahme vom Lebenden eine Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB und § 1325 ABGB dar, daher ist eine umfassende Aufklärung und die ausdrückliche Zustimmung des Spenders notwendig, um eine solche Transplantation rechtmäßig durchführen zu können.¹⁸⁶

Als verstorben gilt jeder tote Mensch, der lebend geboren wurde, also auch ein Neugeborenes. Dabei spielt das Alter des Spenders keine Rolle, da selbst bei Minderjährigen das Widerspruchsrecht seines gesetzlichen Vertreters nur zu Lebzeiten des jungen Spenders ausgeübt werden kann. In der Praxis wird jedoch meist auf nachträgliche Widersprüche seitens des gesetzlichen Vertreters Rücksicht genommen.

¹⁸³ StProtNR 15. GP, 11627.

¹⁸⁴ Barta, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 19 (21, 38).

¹⁸⁵ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 180.

¹⁸⁶ Weiterführend: Kalchschmid, Die Organtransplantation, 185ff.

1.2 Entnahme von fötalem Gewebe

Das Transplantationsrecht des KAKuG bezieht sich auf Organe und Organteile Verstorbener. Der Begriff „verstorben“ bedingt aber ein vorhergehendes – wenn auch nur kurzes – Leben. Daher fallen Tot- und Fehlgeburten¹⁸⁷ ebenso wie abgetriebene Föten oder Embryonen nicht unter das Transplantationsrecht.¹⁸⁸ Ihre Verwendung ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.¹⁸⁹ Eine Organentnahme bedingt daher eine Lebendgeburt, also das Einsetzen der Atmung oder ein anderes Lebenszeichen wie zB den Herzschlag nach dem völligen Austritt aus dem Mutterleib.¹⁹⁰ Auch missgebildete Neugeborene fallen unter die Transplantationsregeln des § 62a KAKuG.¹⁹¹

Die Verwendung von Tot- und Fehlgeburten zu kommerziellen, wissenschaftlichen oder therapeutischen Zwecken ist nur bei Vorliegen der Zustimmung der Mutter erlaubt.¹⁹² Solange die Leibesfrucht noch am Leben ist, sind Organ- oder Gewebsektnahmen nicht gestattet, da das heranwachsende Kind nach § 22 ABGB unter dem Schutz der Gesetze steht und daher in keiner Weise verletzt werden darf. Dieser besondere Schutz beginnt mit der Verschmelzung von Samen- und Eizelle – also auch bei extrakorporaler Befruchtung¹⁹³ – und endet erst bei der Geburt.¹⁹⁴ Nur unter bestimmten in § 97 StGB angeführten Voraussetzungen ist ein Abbruch der Schwangerschaft möglich. Bei Zutreffen dieser Voraussetzungen gilt der Schwangerschaftsabbruch als gerechtfertigt und zieht daher keine strafrechtlichen Konsequenzen nach sich. In den ersten drei Schwangerschaftsmonaten, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Nidation (Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter), kann die Mutter die

¹⁸⁷ Fehl- und Totgeburten zeigen keines der in § 8 Abs 1 HebG angeführten Lebenszeichen, wobei das Geburtsgewicht bei Totgeburten mehr als 500 Gramm beträgt, bei Fehlgeburten weniger.

¹⁸⁸ Kopetzki, Rechtsgrundlagen der Organgewinnung zu Transplantationszwecken, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987, 60 (65).

¹⁸⁹ Nach Kopetzki sind Tot- und Fehlgeburten sowie Placenten nach bürgerlichem Recht unter den Begriff „Sachen“ iSd § 285 ABGB zu subsumieren, da sie „von der Person unterschieden“ sind und auch die Leiche oder abgetrennte Körperteile unter den Begriff der Sachen fällt. Daher ist vor der Verwertung auch die Eigentumsfrage zu klären. Dazu Bernat, Embryomanipulation und Strafrecht. Gedanken zum Initiativantrag 156/A vom 25. September 1985 (II-3306 Blg StProt XVI.GP) in ÖÄZ 1986/7, 31 (34). Allerdings ist die Bestattungspflicht zu beachten, die nach den Leichengesetzen der Länder auch für Totgeburten gilt (teilweise auch für Fehlgeburten; § 1 Abs 2 wr Leichen- und Bestattungsgesetz).

¹⁹⁰ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 73.

¹⁹¹ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 134.

¹⁹² Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 131ff.

¹⁹³ Posch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005, § 22, Rz 4, 6.

¹⁹⁴ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 75.

Schwangerschaft straflos abbrechen, sofern dieser Eingriff nach ärztlicher Beratung von einem Arzt durchgeführt wird (Fristenlösung). Nach dieser Frist ist ein Abbruch nur möglich, wenn das Leben oder die Gesundheit der Frau andernfalls ernsthaft gefährdet wäre, oder die Gefahr einer geistigen oder körperlichen schweren Behinderung des Kindes besteht. Außerdem bleibt ein Abbruch der Schwangerschaft nach Ablauf der Dreimonatsfrist auch dann straflos, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Schwängerung unmündig war. Jedenfalls muss der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen werden, es sei denn, die Umstände verlangen schnelles Handeln zur Rettung des Lebens der Frau, wobei ärztliche Hilfe zu spät käme.¹⁹⁵ Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Embryo/Fötus¹⁹⁶ getötet werden.

Im Tierversuch ist es gelungen, den Embryo/Fötus auf ein einzelnes Organ zu „reduzieren“. Dieses Organ kann das kranke Organ der Mutter ersetzen oder zumindest unterstützen.¹⁹⁷ Diese Transplantationsart wird als „kapselgeschützte Homoiotransplantation“ bezeichnet, deren Vorteil vor allem darin besteht, dass es praktisch zu keiner Abwehrreaktion seitens der Mutter kommt und das Organ gut angenommen wird. Allerdings hat diese Vorgehensweise die Sterilität des Muttertieres zur Folge.¹⁹⁸ Theoretisch wäre diese Vorgangsweise wohl auch beim Menschen möglich, allerdings wäre eine solche Transplantationsart nicht zu rechtfertigen und wird daher auch nicht durchgeführt. *Bertel* meint, dass eine derartige Verwertung lebender Organe eines ungeborenen Kindes rechtlich zulässig wäre, solange die Dreimonatsfrist, in der der Abbruch der Schwangerschaft straflos ist, nicht überschritten wurde. Dagegen muss jedoch bedacht werden, dass der Gesetzgeber solche medizinischen Möglichkeiten nicht bedenken konnte, als er die Fristenlösung entwickelte.¹⁹⁹ ME liegt der Sinn der Fristenlösung darin, der Mutter die Möglichkeit zu geben, bei einer ungewollten Schwangerschaft ihre Interessen ausnahmsweise über jene des Kindes zu stellen und die Schwangerschaft abzubrechen. Darüber hinaus soll diese Bevorzugung der persönlichen Interessen der Mutter nur aufgrund medizinischer Indikationen möglich sein. Die Erschaffung der Fristenlösung sollte jedoch nicht den Zweck

¹⁹⁵ *Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, Wien 1997, 217, Rz 1ff.

¹⁹⁶ Bis zu dem Zeitpunkt, an dem alle Organe vollständig angelegt sind (in aller Regel ist das die 12. Schwangerschaftswoche), spricht man von einem Embryo, danach wird das Kind als Fötus bezeichnet; *Psyhyrembel*. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹.

¹⁹⁷ *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (116).

¹⁹⁸ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 75ff.

¹⁹⁹ *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (116).

haben, dass Mütter aufgrund ihrer persönlichen Interessen oder zur Verbesserung der eigenen Gesundheit eine Schwangerschaft mit dem einzigen Zweck der Organer Gewinnung forcieren.

Vor allem Kleinkinder leiden unter dem Mangel an Spenderorganen, schließlich benötigen sie wesentlich kleinere Organe, die noch seltener zur Verfügung stehen als solche für Erwachsene. Obschon die gleichen Grundsätze anzuwenden sind wie bei Transplantationen von Organen Erwachsener, ergeben sich doch einige Schwierigkeiten. Speziell schwer missgebildete Neugeborene, deren Überlebenschancen äußerst gering sind, könnten als Spender in Frage kommen. In seltenen Fällen kann es vorkommen, dass Kinder zur Welt kommen, denen das gesamte Gehirn fehlt oder zumindest große Teile davon (Anencephalus).²⁰⁰ Bei dieser Fehlbildung sind weder Großhirn noch Schädeldach vorhanden, letzteres wird durch eine gefäßreiche Haut ersetzt. Sofern sie nicht bereits vor der Geburt versterben, kommen diese Kinder mit funktionsfähigem Hirnstamm zur Welt, ebenso sind Herzkreislauffähigkeit und die Atmung intakt.²⁰¹ Die anderen Organe sind in vielen Fällen unbeschädigt. Diese kleinen Patienten überleben in der Regel maximal lediglich die ersten Stunden nach der Geburt, in seltenen Fällen handelt es sich um Tage oder Wochen, nur in einem Einzelfall wurde ein Überleben über dreieinhalb Jahre beobachtet. Wenige Lebenszeichen, wie der Schlaf- Wachrhythmus, Saug- und Schluckreflexe, Mienenspiel sowie bescheidene Lautäußerungen, können beobachtet werden.²⁰² Die Organe von Anencephalen leiden immer wieder und in immer kürzer werdenden Abständen unter Sauerstoffmangel, da die Spontanatmung, immer wieder aussetzt, bis sie schließlich vollständig ausfällt.²⁰³ Besonders aufgrund der geringen Größe könnten die Organe von anencephalen Kindern als lebensrettendes Transplantat für andere Kinder verwendet werden.

²⁰⁰ Man unterscheidet: Acephalie, die durch das Fehlen des gesamten Kopfes gekennzeichnet ist; Pseudoencephalie, wo das Gehirn durch einen Tumor ersetzt ist; liegt eine Exencephalie vor, ist das Gehirn zwar ausgebildet, jedoch von einem Hautmantel statt der Schädelknochen umgeben; fehlt das Gehirn vollständig, spricht man von einer Holoencephalie. *Hiersche*, Anencephalus als Organspender?, in *Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann* (Hrsg), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1990, 102 (104); *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 77, FN 287.

²⁰¹ Genauer zur Anencephalie: *Rosado*, Kein Mensch, nur Mensch oder Person? Das Lebensrecht des Anencephalen, in *Schwarz/Bonelli*, Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995, 221 (221f).

²⁰² *Isemer/Lilie*, Rechtsprobleme bei Anencephalen, MedR 1998/2, 66 (67).

²⁰³ *Kloth*, Anencephale als Organspender, MedR 1994/5, 180 (181).

Um eine Transplantation der Organe zu ermöglichen, sollten sie möglichst rasch entnommen werden. Daher stellt sich bei den oben genannten Fällen die Frage, ob es sich um eine Tot- oder eine Lebendgeburt handelt, da die Voraussetzung für eine legale Organentnahme der Hirntod ist. Der Schutz des Lebens, den auch die §§ 75ff StGB (strafbare Handlungen gegen Leib und Leben) verfolgen, beginnt mit der Geburt des Menschen, unabhängig von seiner (Über)Lebensfähigkeit.²⁰⁴ Da das Kind einen Teil des Hirns besitzt und dieser durchaus auch funktionstüchtig sein kann, handelt es sich um keinen hirntoten Patienten²⁰⁵, vielmehr handelt es sich um einen sterbenden Patienten, denn ein Überleben ist nicht möglich.²⁰⁶ Die Feststellung des Hirntodes erfolgt normalerweise nach oben beschriebenen genau festgelegten Kriterien.²⁰⁷ Bei Säuglingen, die den siebenten Lebenstag noch nicht erreicht haben, kann der Hirntod überhaupt nicht diagnostiziert werden, da die Regenerationsfähigkeit des Hirnstammes in dieser frühen Lebensphase wesentlich besser ausgeprägt ist als beispielsweise beim Erwachsenen. Nach dem siebenten Lebenstag ist zwischen erster und zweiter klinischer Untersuchung eine Beobachtungszeit von 72 Stunden einzuhalten. Diese Zeit überleben anencephale Kinder idR nicht; selbst wenn sie überleben, werden die Organe meist derart geschädigt, dass deren Transplantation nicht mehr erfolgreich wäre.²⁰⁸ Außerdem ist die Durchführung eines EEGs bei Patienten, bei denen nur der Hirnstamm vorhanden ist, aus technischen Gründen nicht möglich.²⁰⁹ Daraus folgt, dass bei Vorliegen einer solchen Missbildung die Feststellung des Hirntodes mittels anderer Methoden durchgeführt werden muss. Der Tod wird daher anhand des Herz-Kreislaufstillstandes festgestellt. Dies bedeutet jedoch, dass die Organe zu diesem Zeitpunkt bereits erheblich in Mitleidenschaft gezogen worden sind. Dadurch sind die meisten davon für eine Transplantation nicht mehr geeignet.²¹⁰ Der Hirntod muss aber auch in diesem Fall Grundvoraussetzung für Or-

²⁰⁴ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 77; Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, 3, Rz 9.

²⁰⁵ Anderer Meinung: Beller/Quakernack, Fragen zur Bioethik: Terminierung der Schwangerschaft im II. und III. Trimenon aus eugenischer Indikation. Geburtshilfe Frauenheilkd, 1980/40, 142; zitiert nach Holzgreve/Beller/Buchholz/Hansmann/Köhler, Kidney transplantation from anencephalic donors, The New England Journal of Medicine 1987, 1069 (1069).

²⁰⁶ Loewenich, Definition, Diagnose und Prognose bei Anenzephalus, in Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann (Hrsg), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1990, 106 (111).

²⁰⁷ Kap B. V. 3.

²⁰⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 78. Kloth, Anencephale als Organspender, MedR 1994/5, 180 (183).

²⁰⁹ Isemer/Lilie, Rechtsprobleme bei Anencephalen, MedR 1998/2, 66 (69).

²¹⁰ Rosado, Kein Mensch, nur Mensch oder Person?, in Schwarz/Bonelli, Der Status des Hirntoten, 221 (222f).

ganentnahmen sein, da es sich um ein lebend geborenes Kind handelt, selbst bei schwerer Missbildung und äußerst geringer Lebenserwartung.

Anencephale Neugeborene sind nicht anders zu beurteilen als andere Neugeborene²¹¹, auch wenn die Kriterien des Hirntodes für Patienten entwickelt wurden, die mit einem vollständig ausgebildeten und funktionstüchtigen Gehirn zur Welt kommen. In diesem Fall ist der Meinung von *Kalchschmid* zu folgen, dass jegliche andere Lösung nur zu Missbrauch führen kann.²¹² Zum Glück ist die pränatale Diagnostik bereits so fortgeschritten, dass derart missgebildete Kinder in aller Regel nicht zur Welt kommen.

1.3 Schicksal des nasciturus nach dem Tod der Mutter

Der Tod einer Schwangeren stellt in vielerlei Hinsicht einen Sonderfall dar. IdR stirbt der nasciturus kurz nach dem Tod der Mutter. Es kann jedoch der Fall eintreten, dass die werdende Mutter sich beim Eintritt des Hirntodes bereits im Krankenhaus in medizinischer Versorgung befindet. In diesem Fall ist die Aufrechterhaltung des Kreislaufes möglich, wodurch der Fötus (vorerst) am Leben gehalten werden kann.²¹³ In Bezug auf die Mutter gelten die Kriterien des Hirntodes, allerdings stellt sich die Frage, ob der Hirntod einer Schwangeren auch als Individualtod gesehen werden kann, wie bei anderen Patienten.²¹⁴ Die Besonderheit in diesem Fall ist die spezielle Schicksalsgemeinschaft von Mutter und Kind. Solange die Frau nur als bewusstlos gilt, treffen den Arzt die Lebenserhaltungs-, Behandlungs- und Fürsorgepflichten, die dann auch dem nasciturus zugute kommen. Wird die Mutter jedoch für tot erklärt, stellt sich die Frage, ob das Kind zwangsläufig mit ihr sterben muss und so eventuell als Organspender zur Verfügung stehen könnte. Doch § 22 ABGB stellt das ungeborene Kind vom Zeitpunkt der Empfängnis an unter den Schutz der Gesetze.²¹⁵ Die §§ 96ff StGB stellen das ungeborene Kind unter einen besonderen Schutz. Nach Vollendung des Geburtsvorganges genießt es – wie jeder andere Mensch –

²¹¹ Anders sehen das *Isemer/Lilie*, Rechtsprobleme bei Anencephalen, MedR 1998/2, 66 (70f).

²¹² *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 79.

²¹³ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

²¹⁴ *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (68).

²¹⁵ *Kozioł/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, Wien 2006, 51; *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (116f).

den Schutz vor Angriffshandlungen gegen Leib und Leben.²¹⁶ Soweit es um seine Rechte geht, wird es als geboren angesehen, nur totgeborene Kinder werden bezüglich der Rechte, die ihnen im Fall einer Lebendgeburt zugestanden wären, so betrachtet, als wären sie nie empfangen worden. Obwohl die Auslegung dieser Regelung nicht ganz unumstritten ist, ist wohl anzunehmen, dass primär der Schutz des werdenden Lebens angestrebt werden sollte.²¹⁷ Der Schutz des § 22 ABGB greift, solange das Kind am Leben ist, auch wenn es nicht mehr lebend zur Welt kommt.²¹⁸ Diese Interessen des Ungeborenen sind durch §§ 97f StGB beschränkt, wonach sich die Mutter bis zum Ende des dritten Schwangerschaftsmonats – später nur mehr in einzelnen, genau bestimmten Fällen²¹⁹ – für einen Abbruch entscheiden kann. Solange der nasciturus lebt, muss er geschützt werden, das gilt sogar für Embryonen in vitro.²²⁰ Daher muss auch ein Kind, dessen Mutter verstorben ist, nach Möglichkeit gerettet werden. Schließlich wird in Notfällen auch bei einer toten oder sterbenden Frau ein Kaiserschnitt durchgeführt.²²¹

Grundsätzlich sind die Persönlichkeitsrechte eines jeden Menschen auch nach dessen Tod zu beachten.²²² Daher ist von Eingriffen in die körperliche Integrität ebenso Abstand zu nehmen wie von Maßnahmen, die das Sterben verlängern. Im Falle einer werdenden Mutter stehen diese postmortalen Persönlichkeitsrechte den (Lebens-)Rechten des ungeborenen Kindes gegenüber.²²³ Allerdings sprechen viele Gründe gegen die Annahme, dass die nachwirkende Persönlichkeitssphäre vor dem Lebensrecht des Kindes vorrangig sein sollte.²²⁴ Schließlich endet das Lebensrecht des nasciturus nicht mit dem Hirntod der Mutter.²²⁵ Zu Lebzeiten hat die Mutter wäh-

²¹⁶ *Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, 2f, Rz 6ff; Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben: §§ 75-95 StGB.

²¹⁷ Die Rechtsfähigkeit des nasciturus ist bedingt und beschränkt: Er erlangt sie nur unter der Bedingung der Lebendgeburt und er ist nur rechtsfähig, sofern es um seine Rechte geht (*Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 51). Solange der nasciturus am Leben ist, besteht eine reale Chance, dass er auch lebend zur Welt kommt und dadurch Rechtsfähigkeit erlangt, unabhängig davon, ob die Mutter bei der Geburt noch lebt. Daher muss ihm der Schutz der Gesetze auch so lange zukommen, als er am Leben ist, dies beinhaltet natürlich auch den Schutz seines Lebens.

²¹⁸ *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (68f).

²¹⁹ § 97 Abs 1 Z 2, 3 StGB; *Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, 218, Rz 9f.

²²⁰ *Aicher in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, Wien 2000, § 22, Rz 2a.

²²¹ Zu diesem Thema ausführlich: *Hiersche*, Kaiserschnitt an der Toten und Sterbenden, MedR 1985/2, 45.

²²² *Aicher in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, § 16, Rz 28f.

²²³ *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (70).

²²⁴ *Laufs*, Arztrecht⁵, München 1993, 153, Rz 289.

²²⁵ *Posch in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, § 16, Rz 18.

rend der ersten drei Schwangerschaftsmonate die Möglichkeit, ihre Selbstbestimmungsrechte zu Ungunsten des nasciturus auszuüben, indem sie die Schwangerschaft abbricht. Danach ist dies in aller Regel nicht mehr möglich. Daher wäre es sinnwidrig, wenn solch ein aktiver Eingriff in die Schwangerschaft nach Ablauf des dritten Monats erlaubt wäre, wenn die Mutter verstorben ist. *Kopetzki* räumt ein, dass die Mutter, selbst wenn die Abtreibung des Kindes nicht mehr erlaubt ist, keine Eingriffe in ihre körperliche Integrität zugunsten des Kindes dulden muss. Trotzdem sei dieser Schutz der körperlichen Unversehrtheit nach Todeseintritt schwächer als zu Lebzeiten²²⁶ und muss daher hinter das Lebensrecht des nasciturus zurücktreten.

Angehörige, ja selbst der Vater des Kindes, haben weder vor noch nach dem Ableben der Mutter die Befugnis, über die Vornahme oder Nichtvornahme eines Schwangerschaftsabbruches zu entscheiden. Allfällige ablehnende Erklärungen ihrerseits sind rechtlich unerheblich. Selbst in Ausübung des aus § 16 ABGB abgeleiteten Totenfürsorgerechtes können Angehörige nicht über den Abbruch der Schwangerschaft entscheiden. Die Interessen des Kindes sind gegenüber den Pietätsinteressen der Angehörigen höher zu bewerten. Dadurch ist die Fortsetzung der Behandlung durch die Ärzte auch gegen den Willen der Angehörigen durch den rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt.²²⁷ In der Praxis wird jedoch das Gespräch mit den Angehörigen, va mit dem Vater gesucht. Sobald das Kind einen Entwicklungsstand erreicht hat, zu dem es lebensfähig ist, wird es per Kaiserschnitt zur Welt gebracht. In einem früheren Stadium der Schwangerschaft (etwa im fünften Monat) ist es äußerst schwierig, eine Entscheidung zu treffen, da es eher unwahrscheinlich ist, den Körper der Mutter über eine derart lange Zeit in einem stabilen Zustand erhalten zu können.²²⁸

Auf Seite der Ärzte ergibt sich aus § 22 ABGB zwar ein Verbot des Behandlungsabbruches, jedoch keine Pflicht zur Vornahme intensivmedizinischer Maßnahmen. *Laufs* argumentiert, dass die Behandlungspflicht nicht nur für die Mutter sondern auch für das ungeborene Kind besteht und auch nach dem Tod der Mutter fort-

²²⁶ *Kopetzki* argumentiert dies auch mit der Möglichkeit der Obduktion, die durch den Verstorbenen selbst oder dessen Angehörige de facto kaum verhindert werden kann, und der durchführbaren Organentnahme bei fehlendem Widerspruch des Patienten. *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (70).

²²⁷ *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (73). Zum rechtfertigenden Notstand siehe FN 472.

²²⁸ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

besteht.²²⁹ Natürlich müssen die Ärzte die Schwangerschaft nur dann aufrechterhalten, wenn eine realistische Chance besteht, dass der nasciturus soweit heranwachsen kann, dass ein Überleben nach der Geburt möglich ist.²³⁰ Wird die Schwangerschaft (eventuell durch Unterlassen notwendiger Maßnahmen) abgebrochen, wäre dies nicht strafbar, da sich die §§ 96ff StGB auf die lebende Mutter beziehen und im Falle der verstorbenen Mutter keine Anwendung finden.²³¹

1.4 Entnahme bei Verstorbenen mit nicht-österreichischer Staatsbürgerschaft

Der räumliche Geltungsbereich des KAKuG erstreckt sich über das gesamte österreichische Bundesgebiet. Es gilt das Recht des Entnahmeortes²³², dh dass im Ausland durchgeführte Organentnahmen selbst dann nicht unter das KAKuG fallen, wenn die Transplantation an einem Österreicher durchgeführt wird. Umgekehrt gilt aber auch, dass Organentnahmen auf österreichischem Gebiet unter die Regelungen des KAKuG fallen und ausländisches Recht nicht anzuwenden ist. Da § 62a KAKuG in keiner Weise an die Staatsbürgerschaft eines Spenders anknüpft, gilt dies auch in Fällen der Organentnahme bei in Österreich verstorbenen ausländischen Spendern. Demnach sind in Österreich Organentnahmen bei Ausländern unter denselben Bedingungen möglich wie bei österreichischen Staatsangehörigen.²³³

Selbst wenn dieser spezielle Fall auf den ersten Blick klar geregelt zu sein scheint, gibt es nach wie vor Bedenken gegen diese Lösung. Vor allem in der Praxis ergeben sich erhebliche Probleme. Angehörige anderer Staaten, die sich womöglich nur kurze Zeit in Österreich aufhalten (etwa Touristen), haben sich in der Regel nicht mit den österreichischen Regelungen bezüglich Organtransplantationen auseinandergesetzt. Daher ist davon auszugehen, dass Personen, obwohl sie kein Organ spenden wollen, keine entsprechende Willensäußerung verfasst haben. *Länk* spricht gar von einem „unseriösen gesetzgeberischen Trick“²³⁴, da der Gesetzgeber auch

²²⁹ *Laufs*, *Arztrecht*⁵, 153, Rz 289; *Kopetzki*, *Hirntod und Schwangerschaft*, RdM 1994, 67 (72).

²³⁰ Ausführlich dazu: *Kopetzki*, *Hirntod und Schwangerschaft*, RdM 1994, 67 (72).

²³¹ Siehe *Kopetzki*, *Hirntod und Schwangerschaft*, RdM 1994, 67 (73f).

²³² Laut § 49 Abs 1 B-VG gelten Bundesgesetze im gesamten Bundesgebiet, es sei denn, es liegt ausdrücklich eine andere Bestimmung vor.

²³³ *Kopetzki*, *Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation*, 172f.

²³⁴ *Länk* zitiert nach *Ziegler*, *Organübertragung – Medizinische, moraltheologische und juristische Aspekte*, in *Ziegler* (Hrsg), *Organverpflanzung. Medizinische, rechtliche und ethische Probleme*, Düsseldorf 1977, 52 (112, FN 147).

hier dem Interesse an der Organentnahme gegenüber den Interessen des ausländischen Spenders den Vorzug gewährt. Nach *Kalchschmid/Barta* liegt in solchen Fällen ein Gemengelage zwischen öffentlichem und privatem Recht vor.²³⁵ § 62a KAKuG ist eine Bestimmung öffentlichen Rechts²³⁶, für die das Territorialitätsprinzip gilt. *Kalchschmid/Barta* sehen hier aber auch ein (postmortales) Persönlichkeitsrecht betroffen, nämlich jenes auf einen würdigen Tod.²³⁷ Da es sich nicht um eine rein öffentlich-rechtliche Frage handle, führe dies bereits zur Anwendung internationalen Privatrechts, wonach der Sachverhalt nach jener Rechtsordnung zu beurteilen ist, zu der die stärkste Beziehung besteht. Im Fall eines in Österreich verstorbenen potentiellen Organspenders wäre dies das Recht seines Heimatstaates. *Kopetzki* hingegen verneint die Privatrechtseigenschaft und damit die Anwendbarkeit des IPRG, da die Frage, ob eine Organentnahme durchgeführt werden darf, ausschließlich unter § 62a KAKuG fällt, der eine öffentlich-rechtliche Norm ist. Im Gegensatz zu privatrechtlichen Fällen mit Auslandsberührung, bei denen Internationales Privatrecht anzuwenden ist, müssen im Bereich des öffentlichen Rechts ausdrücklich Kollisionsnormen erlassen werden, um ausländisches öffentliches Recht anwenden zu können. Grundsätzlich gilt jedoch das Territorialitätsprinzip. Da im Zusammenhang mit Organtransplantationen derartige Kollisionsnormen fehlen, bleibt österreichisches Recht anwendbar.²³⁸

Die medizinische Praxis allerdings vermag zu beruhigen: Es hat sich mittlerweile eingebürgert, die Angehörigen von in Österreich verstorbenen Ausländern um ihre Zustimmung zu einer geplanten Entnahme zu bitten, es sei denn, diese sind in einem angemessenen Zeitraum nicht auffindbar. Sollte es nicht möglich sein, die Angehörigen zu kontaktieren, werden Organe entnommen.²³⁹ Der Anteil an ausländischen Spendern ist äußerst klein und die Einholung der Zustimmung schafft idR keine Probleme. Obwohl in Österreich Widersprüche von Angehörigen oder von gesetzlichen Vertretern nach Todeseintritt unbeachtlich sind, hält man an der beschriebenen Praxis fest. Sollte aber der ausländische Verstorbene aus einem Staat stammen, der sich ebenfalls für die Widerspruchslösung entschieden hat, jedoch den Angehö-

²³⁵ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (29).

²³⁶ Genauer dazu *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 92ff.

²³⁷ § 16 ABGB, § 5a Z 9 KAG.

²³⁸ Weiterführend: *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 173ff.

²³⁹ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

rigen oder gesetzlichen Vertretern nach dem Tod des Patienten ein Widerspruchsrecht einräumt, wird ein derartiger Widerspruch ebenfalls berücksichtigt.²⁴⁰

2. Gegenstand der Entnahme

Laut § 62a KAKuG dürfen „einzelne Organe und Organteile“ entnommen werden. Zunächst ist zu definieren, was unter den Begriff Organ bzw Organteil fällt. Die Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP, 3 lassen darauf schließen, dass der Gesetzgeber unter „Organ“ auch sonstige Gewebe²⁴¹, wie etwa Bindegewebe, Epithelgewebe, Knochengewebe, Muskelgewebe, Nerven, Gefäße oder Blut versteht. Somit sind nicht nur Transplantationen von Herz, Lunge, Leber, Niere, Pankreas, Hornhaut, Haut, Herzklappen, Gehörknöchelchen und Knochenmark erlaubt, sondern grundsätzlich alle medizinisch durchführbaren.²⁴² Auch die Blutabnahme beim Toten ist möglich, obwohl man Blut im allgemeinen Sprachgebrauch nicht unbedingt als Organ oder Gewebe bezeichnen würde. Selbst wenn die Übertragung von Blut im Allgemeinen als „Transfusion“ bezeichnet wird und sich daher schon begrifflich von der „Transplantation“ unterscheidet, besteht kein Grund, Blut aus dem weiten Organbegriff des § 62a KAKuG auszunehmen.²⁴³ Ob auch die Transplantation ganzer Extremitäten unter dieses Gesetz fällt, hängt wohl davon ab, ob man mit Hilfe plastisch-rekonstruktiver Eingriffe eine wohl nicht zu vermeidende Verstümmelung der Leiche beheben kann.²⁴⁴ Anzunehmen ist jedoch, dass der Gesetzgeber im Jahre 1982 nicht an die Transplantation ganzer Extremitäten gedacht hat, daher stellt sich doch die Frage, ob er diese wirklich zulassen wollte. Unter dem oben dargelegten weiten Organbegriff lassen sich Extremitäten subsumieren²⁴⁵, Barta befürchtet jedoch Verunsicherung in der Bevölkerung und in Folge dessen vermehrte Widersprüche.²⁴⁶ Unter die Regelung der §§ 62 a–c KAKuG fallen nur menschliche Organe, da sich der Begriff „Verstorbene“ wohl nur auf die sterblichen Überreste von Menschen be-

²⁴⁰ Margreiter, Regelung und Regelungsbedarf im Transplantationswesen aus österreichischer Sicht, Politische Studien 1995/339, 50 (51ff).

²⁴¹ StProtNR 15. GP, 11626; Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 137.

²⁴² Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 137; Kalchschmid, Die Organtransplantation, 80; Kopetzki, Organgewinnung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (64); Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (21, FN 29).

²⁴³ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 137f.

²⁴⁴ Kopetzki, Organgewinnung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (64).

²⁴⁵ AM: Barta, Rechtsfragen, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen, 19 (21, 36).

²⁴⁶ Barta, Rechtsfragen, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen, 19 (41).

zieht. Die Transplantation von tierischen Organen ist ebenso verboten wie die Weiterverwendung von Körperersatzstücken (zB Prothesen) oder therapeutischen Hilfsmitteln (zB Herzschrittmachern). Diese fallen natürlich nicht unter die medizinischen Begriffe „Organ“ oder „Gewebe“.²⁴⁷ In solchen Fällen muss man auf die Normen des österreichischen Straf- und Zivilrechtes zurückgreifen.

3. Umfang der Entnahme

Vieldiskutiert ist, was unter dem Begriff „einzelne Organe“ zu verstehen ist. Obwohl aus dem Wortlaut des Gesetzes klar hervorgeht, dass die Entnahme aller Organe gesetzeswidrig wäre, so bleibt doch die Frage, wo die Grenze zwischen „einzelnen“ und „zu vielen“ Organen anzusiedeln ist. Die Gefahr, dass sämtliche Organe entnommen werden, besteht allein schon deshalb nicht, da die Entnahme mancher Organe nicht möglich ist: Das Gehirn des Menschen ist zwar ein Organ im definitionsgemäßen Sinne, da vor einer Organentnahme aber regelmäßig der Hirntod festgestellt werden muss, ist dieses Organ zum möglichen Entnahmezeitpunkt bereits abgestorben und damit ohnehin nicht mehr transplantierbar. Auch die Übertragung anderer Organe – wie beispielsweise des Dünndarms – befindet sich noch im experimentellen Stadium und ist daher sehr selten.²⁴⁸ Ob mit der Formulierung des § 62a KAKuG eine quantitative Beschränkung gemeint sein sollte²⁴⁹, oder ob der Gesetzgeber lediglich verhindern wollte, dass mehr Organe entnommen werden als nötig²⁵⁰, ist strittig. Geht man von einer wörtlichen Interpretation aus, so versteht man unter „einzelnen“ Organen, „einige, wenige“²⁵¹. Während die einen darunter zwei bis drei Organe verstehen²⁵², ist anderen dieser Begriff zu vage, um ihn zahlenmäßig zu definieren²⁵³. Beide Seiten halten es für wahrscheinlich, dass bewusst eine unpräzise

²⁴⁷ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 139; Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (21, FN 29).

²⁴⁸ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

²⁴⁹ Diese Meinung vertreten Barta, Rechtsfragen, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen, 19 (34ff); Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage, ÖJZ 1984, 289 (290, 293).

²⁵⁰ Diese Ansicht vertritt Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage, ÖJZ 1984, 289 (293); Kopetzki spricht sich gegen eine solche Auslegung aus: Kopetzki, Organgewinnung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (65).

²⁵¹ Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache³, 3. Band, Mannheim 1999.

²⁵² Barta, Rechtsfragen, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen, 19 (34).

²⁵³ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 139ff.

Formulierung gewählt wurde²⁵⁴, es ist auch fraglich, ob eine starre, gesetzlich festgelegte Zahl an zulässigen Organentnahmen sinnvoll wäre. Auch in diesem Fall gäbe es Auslegungsschwierigkeiten, ob diese Zahl eng oder weit auszulegen ist, beispielsweise könnte man bei weiter Auslegung paarig angelegte Organe (Nieren, Lunge) als ein Organ ansehen.²⁵⁵

Die Gefahr, die Befürworter einer zahlenmäßigen Begrenzung befürchten, besteht darin, dass Patienten, die Organentnahmen nicht widersprochen haben, quasi zu Ersatzteillagern werden könnten, ein aus ethischer Sicht sehr kritisch zu betrachtender Punkt. Einen Hinweis für die erlaubte Anzahl an Explantationen bieten die Ausführungen in der Regierungsvorlage, in denen betont wird, dass Entnahmen nur „in einem begrenzten Umfang“ zulässig sein sollen und lediglich „einzelne wenige Organe oder Organteile“²⁵⁶ entnommen werden dürfen. *Brandstetter* deutet diesen Begriff dahingehend, dass „nur von ihrer Funktion her bestimmbare und damit abgrenzbare Organe oder Organteile (also „eine Niere“, „ein Herz“ etc) entnommen werden und nicht etwa „alle Innereien“.“²⁵⁷ Ein „Ausschlachten“ des Leichnams sollte jedenfalls verhindert werden.²⁵⁸ Jedenfalls zu beachten ist § 62a Abs 1 letzter Satz KAKuG, der betont, dass es durch die Entnahme von Organen nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche kommen darf. Aber auch diese Formulierung lässt Interpretationen in verschiedene Richtungen zu.

Kalchschmid versucht, die Begriffe der Pietät und der Verunstaltung zu definieren: Demnach bedeute Pietät Respekt und Achtung vor dem Verstorbenen, Verunstaltung sei eine „wesentliche nachteilige Veränderung“ des Äußeren. Trotz allem kann das subjektive Empfinden der Menschen gerade in diesem Bereich sehr unterschiedlich sein. Die äußersten Grenzen des erlaubten Umfanges von Organentnahmen sind jedoch wohl zu erkennen: „Einzelne Organe“ bedeutet wohl, dass mehr als nur ein einziges Organ entnommen werden darf. Es dürfen jedoch nur so viele Organe entnommen werden, dass die äußere Integrität des Leichnams erhalten bleibt. Bei

²⁵⁴ Auch *Brandstetter* teilt diese Ansicht: *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (96).

²⁵⁵ *Barta*, Rechtsfragen, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen, 19 (34).

²⁵⁶ RV 969 BlgNR 15. GP, 3.

²⁵⁷ *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (96).

²⁵⁸ So auch *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (96).

Entnahmen von inneren Organen wird das äußere Erscheinungsbild meist kaum oder nur wenig verändert. ME wäre eine zahlenmäßige Beschränkung der Entnahmen auch deshalb nicht zielführend, da die Explantation mehrerer kleiner Organe das Äußere des Leichnams wohl weniger beeinflusst als die eines großen. Außerdem ist es mittlerweile möglich, das Erscheinungsbild durch plastisch- rekonstruktive Maßnahmen wiederherzustellen. Bei einer Transplantation ganzer Extremitäten ist es daher fraglich, ob das äußere Erscheinungsbild des Leichnams und die Pietät gewahrt bleiben.²⁵⁹ Barta vertritt die Ansicht, dass Gliedmaßen nicht unter den Organbegriff des § 62a KAKuG fallen und daher ohnehin nicht transplantiert werden dürften.²⁶⁰ Im Jahr 2000 wurden jedoch dem Briefbombenopfer Theo Kelz zwei Hände eines Verstorbenen transplantiert.²⁶¹

Im Interesse der Patienten, die dringend auf ein Spenderorgan warten, wäre es natürlich wünschenswert, dass die Ärzte so viele Organe wie möglich entnehmen dürfen, sofern diese gesund und transplantierbar sind. Angesichts der medizinisch-praktischen Bedeutung von Multiorganspenden würde eine zahlenmäßige Beschränkung beachtliche Konsequenzen haben: 2008 wurden über drei Viertel der Leichenspender als Multiorganspender herangezogen, das heißt, ihnen wurde mehr als ein Organtyp entnommen.²⁶² Zu bedenken bleibt, dass nur in wenigen Fällen die Nieren eines Spenders nicht entnommen werden, daher werden Multiorganspendern häufig eine Niere und ein weiteres Organ entnommen. Diese Zahlen lassen deutlich erkennen, dass idR zumindest eine Niere und ein weiteres Organ entnommen werden. Welche und wie viele Organe entnommen werden hängt neben deren Zustand auch vom Alter des Verstorbenen ab. Einem jungen, gesunden Verstorbenen werden idR Herz, Lunge, Leber, Nieren und Pankreas entnommen. Während die Nieren eines 70-75jährigen bei normalen Harnwerten durchaus zu Transplantationszwecken entnommen werden können, besteht beim Herzen etwa ab dem 50. Lebensjahr eine Grundarteriosklerose, weshalb das Organ nicht mehr transplantiert wird. Auch die Lunge wird ab dem 50. Lebensjahr meist nicht mehr für eine Transplantation ent-

²⁵⁹ Kopetzki, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 43 (44).

²⁶⁰ Barta, Rechtsdenken und Organtransplantation. Rechtliche Rahmenbedingungen der Transplantationsmedizin, in Köchler (Hrsg), Transplantationsmedizin und personale Identität. Medizinische, ethische, rechtliche und theologische Aspekte der Organverpflanzung, Frankfurt am Main 2001, 89 (98f).

²⁶¹ http://www.uibk.ac.at/ipoint/news/uni_und_forschung/20030220.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

²⁶² Eurotransplant, Annual Report 2008, 28, Table 2.4b(i).

nommen. Die Leber wiederum kann etwa bis zum 60. oder sogar 65. Lebensjahr entnommen und transplantiert werden. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass es ein „old-for-old“- Programm gibt: Es ist nicht notwendig, einem beispielsweise 60jährigen Patienten das Organ eines 25jährigen zu implantieren. Die Organe älterer Spender, die eine altersgemäß gute Funktion aufweisen, können älteren Empfängern implantiert werden. Sofern das Transplantat gut angenommen wird und seine Funktion im Körper des Empfängers aufnimmt, kann es dem Organempfänger durchaus für seine restliche Lebensspanne dienen.²⁶³

In vielen Fällen sind für eine erfolgreiche Transplantation so genannte „begleitende Organentnahmen“ notwendig, wie zB die Entnahme von peripheren Lymphknoten oder eines kleinen Stückes der Milz, um eine Gewebstypisierung durchführen zu können. Aber auch diese Entnahmen sind erst nach Eintritt des Gesamthirntodes erlaubt.²⁶⁴ Selbst wenn es sich um einen Patienten handelt, der sich in einem unumkehrbaren Sterbeprozess befindet, ist er immer noch als Lebender zu behandeln. Eine vorbereitende Entnahme zur Gewebstypisierung würde daher den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen, erst nach der Hirntoddiagnose sind derartige Eingriffe gerechtfertigt.²⁶⁵ Dieser Bereich unterliegt in Österreich keiner gesetzlichen Regelung, die jedoch sinnvoll wäre, um Rechtssicherheit zu schaffen, und damit einerseits die Ärzteschaft vor strafrechtlicher Verfolgung, andererseits Patienten vor voreiligen Eingriffen zu schützen. Bedenken, dass Lymphknoten vor Feststellung des Hirntodes entnommen werden, können jedoch entkräftet werden. Diese schnell durchzuführenden Eingriffe werden ausschließlich nach der Hirntoddiagnose durchgeführt.²⁶⁶

²⁶³ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

²⁶⁴ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 90.

²⁶⁵ Hohmann, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Unter Einbeziehung ethischer und rechtspolitischer Aspekte, Frankfurt am Main 2003, 157.

²⁶⁶ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

4. Entnahmezweck

4.1 Transplantationszweck

§ 62a KAKuG spricht davon, dass Organe entnommen werden dürfen, um dadurch „das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen“. Die Situation muss ex ante, also vor Durchführung der Operation beurteilt werden. Daher muss eine gewisse Chance bestehen, dass die Implantation des Organs auf Empfängerseite erfolgreich verläuft. Sollte der Eingriff aus medizinischer Sicht aussichtslos sein, so wäre dieser rechtswidrig. Verläuft die Behandlung für den Empfänger jedoch negativ, obwohl eine tatsächliche Heilungschance bestanden hat, wird die Explantation ex post nicht als rechtswidrig erachtet.²⁶⁷ Um einen erfolgreichen Verlauf einer Transplantation zu ermöglichen, sind meist zusätzliche Schritte am entnommenen Organ/Gewebe nötig (etwa das Entfernen von nicht transplantierbaren Gewebsteilen). Die Verwendung des medizinischen Begriffs „Transplantation“ verlangt auch eine Auslegung nach medizinischen Gesichtspunkten, daher wird eine derartige Vorgangsweise akzeptiert. Das eingepflanzte Organ/Gewebe muss nicht absolut identisch mit dem entnommenen sein. Die gänzliche Verarbeitung des Explantats ist jedoch nicht mehr unter den Begriff der Transplantation zu subsumieren. Daher können Entnahmen zu anderen Zwecken wie etwa der Kosmetika-herstellung oder der Arzneimittelgewinnung nicht auf § 62a KAKuG gestützt werden.²⁶⁸ Bei Verarbeitung des Organs zu therapeutischen Zwecken liegt keine „Transplantation“ im eigentlichen Sinne mehr vor. Hier ist im Unterschied zu den „begleitenden Organentnahmen“ (siehe gleich unten) keine Gesetzeslücke anzunehmen.²⁶⁹ Der OGH bestätigte dies in seinem Urteil aus 1986²⁷⁰: Eine industrielle Verwertung von Leichenteilen könne mit einer „*unmittelbaren Verpflanzung* von Organen“ nicht gleichgesetzt werden. Dass die pharmazeutische Verwertung von Organen oder Teilen davon in § 62a KAKuG nicht geregelt sei, liege nicht daran, dass diese Problematik übersehen worden wäre, sondern daran, dass eine solche Weiterverwendung

²⁶⁷ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 142; Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (20).

²⁶⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 87; Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 143f.

²⁶⁹ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 148ff.

²⁷⁰ OGH 25. 11. 1986, 10 Os 104, 106-112/86 in ÖRZ 1987/23, 95 (98).

nach den heutigen Pietätsvorstellungen einfach „nicht in Betracht gezogen“ würde.²⁷¹ Ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten fallen sonstige Organentnahmen grundsätzlich unter den Tatbestand des § 190 StGB (Verbot des Entzugs von Leichenteilen), außer es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor.²⁷² Organe, die nach dem derzeitigen Stand der Medizin nicht transplantierbar sind, dürfen nicht entnommen werden, da der verlangte Entnahmezweck fehlt.²⁷³

Die Entnahme der oben bereits erwähnten Gewebe, die zwar nicht unmittelbar für die Organtransplantation vorgesehen, aber für die Gewebstypisierung wichtig sein können (begleitende Organentnahme), fällt nach *Brandstetter/Kopetzki* in eine Gesetzeslücke.²⁷⁴ Eigentlich erlaubt § 62a KAKuG nur die Entnahme von Organen, die auch transplantiert werden sollen. In der medizinischen Praxis kann aber durch die Untersuchung von Gewebeproben des Organspenders festgestellt werden, wie groß die immunologische Verwandtschaft mit dem potentiellen Empfänger ist. Für eine erfolgreiche Transplantation ist diese vorangehende Abklärung unerlässlich. Häufig genügt die Untersuchung des peripheren Blutes, teilweise werden jedoch auch Gewebeproben herangezogen.²⁷⁵ Da der Erfolg einer Transplantation maßgeblich von der immunologischen Verträglichkeit auf Empfängerseite abhängt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber zwar Organtransplantationen zulassen bzw sogar unterstützen, gleichzeitig jedoch eine der wichtigsten Voraussetzungen zu deren Gelingen untersagen wollte. Aus diesem Grund erachtet *Kopetzki* begleitende Organentnahmen für zulässig und deutet die Intention des Gesetzgebers dahingehend, dass nur die „im Zusammenhang mit der Durchführung von Transplantationen unbedingt erforderlichen Organentnahmen“ zulässig sind. Die Gesetzeslücke ist durch analoge Anwendung des § 62a KAKuG zu schließen.²⁷⁶

²⁷¹ AM *Foregger*, Wiener Kommentar zum StGB, Wien 1991, § 190 StGB Rz 13. *Foregger* betrachtet eine Verwertung von Organen für die Heilmittelindustrie als indirekte Heilbehandlung „allenfalls auch noch als gerechtfertigt“. Die Situation bei der vorübergehenden Lagerung eines Organs in einer Organbank sei nicht wesentlich anders. *Foregger/Fabrizy* sehen die pharmazeutische Verwertung von Leichenteilen jedoch als nicht durch eine Analogie zu § 62a KAKuG gerechtfertigt; *Foregger/Fabrizy*, StGB⁷, Wien 1999, § 190 Rz 3.

²⁷² *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 149.

²⁷³ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 143.

²⁷⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (66).

²⁷⁵ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

²⁷⁶ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 147.

4.2 Organbanken

Nur in einigen wenigen Fällen möglich, aber zulässig ist die Lagerung entnommener Organe in Organbanken.²⁷⁷ Da das Gesetz keine Zeitspanne vorschreibt, die zwischen Explantation und Implantation eingehalten werden muss, kann ein zu Transplantationszwecken entnommenes Organ auch nach Zwischenlagerung in einer Organbank dem Empfänger eingepflanzt werden, ohne dass dadurch der Entnahmestück zweck verfehlt würde. Das Ziel, die Gesundheit eines anderen wiederherzustellen, wird in diesem Fall auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.²⁷⁸ Organe, die aus medizinischen oder technischen Gründen in absehbarer Zeit nicht transplantiert werden können, dürfen nicht entnommen werden.²⁷⁹ Die Einrichtung einer Organbank unterliegt bis Anfang 2008 nur in Vorarlberg einer gesetzlichen Regelung.²⁸⁰

4.3 Intravitalkonservierung

Sofern zum Todeszeitpunkt des Organspenders kein geeigneter Empfänger vorhanden ist, oder das Organ zu diesem Zeitpunkt noch nicht transplantierbar ist, können bestimmte Körperfunktionen des Verstorbenen noch künstlich aufrechterhalten werden, um so eine Konservierung der fraglichen Organe zu ermöglichen. Auf diese Weise können einzelne Organe über einen gewissen – nicht allzu langen – Zeitraum lebensfähig erhalten werden, um später einem Organempfänger zugeführt zu werden. Die „warme Ischämiezeit“ zwischen Kreislaufstillstand und Organentnahme, die die Qualität der Organe regelmäßig beeinträchtigt, kann somit vermieden werden.²⁸¹ Die rechtliche Problematik liegt hier in der Zeit zwischen Todeseintritt und Organentnahme. § 62a KAKuG gibt keine Frist vor, innerhalb der die Entnahme nach Feststellung des Hirntodes vorgenommen werden muss.²⁸² Derzeit kann ein hirntoter Patient max 16-18 Stunden in einem stabilen Zustand gehalten werden, im Durch-

²⁷⁷ Bei Hornhaut, Knochen, Herzklappen ua ist dies möglich.

²⁷⁸ Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage, ÖJZ 1984, 289 (291).

²⁷⁹ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 86; Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (20f); Kopetzki, Organgewinnung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (66).

²⁸⁰ Nur das vlbG Gesetz über Krankenanstalten enthält in § 54 nicht nur Regelungen über Blutdepots, sondern auch über Organbanken.

²⁸¹ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 88.

²⁸² Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 145.

schnitt sind es gar nur 4-6 Stunden. Danach kann es zu einer Desintegration der Organe kommen, die Körpertemperatur sinkt rapide ab. Der Körper des Hirntoten kann bis zu 4-6l Harn pro Stunde verlieren, dieser Flüssigkeitsverlust kann nicht mehr ausgeglichen werden. In diesem Zustand sterben die Organe binnen etwa einer Stunde ab.²⁸³ Sollte es in Zukunft aufgrund des medizinischen Fortschrittes möglich sein, die Intravitalkonservierung über einen längeren Zeitraum durchzuführen, sind jedenfalls die Bestattungsfristen der einzelnen Leichengesetze der Bundesländer zu beachten, wodurch eine allzu lange künstliche Aufrechterhaltung des Kreislaufes verhindert wird.²⁸⁴

5. Eigentumsrechte an Spenderorganen

Will man die Frage der Eigentumsfähigkeit von entnommenen Organen beantworten, muss man in einem ersten Schritt klären, ob menschliche Organe unter den Sachbegriff des § 285 ABGB subsumiert werden können. Denn Eigentum kann nur an Sachen begründet werden.²⁸⁵ Das ABGB definiert Sachen als „alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient“²⁸⁶. Nach § 16 ABGB hat jeder Mensch „schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ und ist als Person zu betrachten. Eine Person ist also die Verbindung von Körper und Geist.²⁸⁷ Alles, was von ihr unterschieden werden kann, ist Sache. Trennt man zwischen Körper und Geist, so ist der Körper allein nicht als Person zu betrachten, sondern als Sache. Als Träger des Geistes, und eben nur in dieser besonderen Verbindung, steht der Körper unter dem Schutz der Persönlichkeitsrechte.²⁸⁸

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte besteht, solange der Mensch lebt, für alle mit ihm verbundenen Teile. Nach dem Tod bzw nach der Abtrennung von einzel-

²⁸³ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

²⁸⁴ Die landesrechtlichen Regelungen sehen Fristen zwischen 36 Stunden und fünf Tagen vor; § 19 Abs 1 bgl LeichenG, § 14 Abs 1 krnt LeichenG, § 14 Abs 1 nÖ LeichenG, § 15 Abs 1 oÖ LeichenG, § 19 Abs 3 sbg LeichenG, § 22a Abs 1 stmk LeichenG, § 32 Abs 1 tir Gemeindesaniättsdienstgesetz, § 22 Abs 1 vlbG LeichenG, § 19 Abs 5 wr LeichenG.

²⁸⁵ § 353 ABGB.

²⁸⁶ § 285 ABGB.

²⁸⁷ Posch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar I³, § 16, Rz 18; Ofner, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen aus operativen Eingriffen, in Kopetzki/Mayer, Biotechnologie und Recht, Wien 2002, 185 (189).

²⁸⁸ Ofner, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in Kopetzki/Mayer, Biotechnologie und Recht, 185 (189).

nen Körperteilen wirken die Persönlichkeitsrechte in vermindertem Umfang noch weiter. Dies zeigt sich beispielsweise im Erbrecht, wonach der Wille des Menschen auch nach seinem Ableben zu befolgen ist, der Persönlichkeitsschutz also auch postmortal weiterwirkt. Ein weiteres Beispiel findet sich im Urheberrecht, wonach der Urheberrechtsschutz auch nach dem Tode des Urhebers fortbesteht.²⁸⁹

Um die komplexe Beziehung zwischen der Person und ihrem Körper darstellen zu können, soll vorerst die Situation zu Lebzeiten des Menschen beschrieben werden. Wie erwähnt, ist jeder Körperteil Gegenstand von Persönlichkeitsrechten. Wird ein Teil abgetrennt, ist die besondere Verbindung zur Person aufgehoben. Der abgetrennte Teil (abgeschnittene Haare, gezogene Zähne, Gallensteine, aber auch etwa abgetrennte Haut²⁹⁰) ist nun als Sache anzusehen, da er ja von der Person unterschieden werden kann. Daher gelten die eigentumsrechtlichen Regeln in Bezug auf diesen Körperteil. Dies muss folglich auch für eine entnommene Niere gelten.²⁹¹ Geht man von der Prämisse aus, dass abgetrennte Körperteile Sachen sind, stellt sich die Frage, ob jemand Eigentum an diesen Sachen hat bzw erwerben kann. Das ABGB beinhaltet keine spezifischen Normen bezüglich des Eigentumserwerbs an Körperteilen. Nach *Krejci* sollen Teile des menschlichen Körpers nach der Trennung vom Körper aufgrund der engen Verbindung zu der Person, deren Teil sie ursprünglich waren, eben dieser Person zugehören.²⁹² Das Persönlichkeitsrecht wird also in ein Eigentumsrecht umgewandelt. *Ofner* kritisiert jedoch, dass es einer ausreichenden Begründung entbehrt, warum „nach dem Entstehen des Eigentums Persönlichkeitsrechte an den abgetrennten Substanzen weiterbestehen“²⁹³ sollen. Vielmehr müssten nach Umwandlung von Persönlichkeitsrecht in Eigentumsrecht neue Persönlichkeitsrechte in geringerem Umfang entstehen.²⁹⁴

Folgt man einem anderen Ansatz in der Frage der rechtlichen Einordnung von Körperteilen, so entsteht mit der Trennung eines Körperteils vom Körper eine herren-

²⁸⁹ §§ 77, 78 UrhG; *Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl*, Ware Mensch, Wien 1996, 27 (38); *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (190).

²⁹⁰ *Etzl*, Organentnahme beim lebenden Spender, in *Plöchl*, Ware Mensch, Wien 1996, 75 (86).

²⁹¹ *Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl*, Ware Mensch, 27 (39).

²⁹² *Krejci*, Wem gehört die Nabelschnur, RdM 2001, 67(69).

²⁹³ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (188).

²⁹⁴ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (188).

lose Sache, an der grundsätzlich jeder durch Aneignung Eigentum erwerben könnte.²⁹⁵ *Edlbacher* behauptet, es bleibe offen, ob der Körperteil direkt Eigentum des ursprünglichen Trägers werde (wie bei der eben beschriebenen Umwandlungstheorie), oder ob dieser durch Aneignung Eigentum erwerben könne.²⁹⁶ Für das Entstehen einer neuen, herrenlosen Sache liegt laut *Ofner* jedoch kein Grund vor.²⁹⁷

Schünemann gelingt es, den persönlichkeitsrechtlichen Aspekt mit dem sachenrechtlichen zu vereinen. Er entwickelt die „Überlagerungsthese“, die eine stufenweise Betrachtung des menschlichen Körpers verfolgt: *Schünemann* trennt exakt zwischen dem Körper als Materie und dem Körper als Träger der Person bzw des menschlichen Geistes. Auf der ersten Stufe ist der menschliche Leib, der so wie viele andere Dinge rein aus Materie besteht, als eigentumsfähige Sache anzusehen. Als Träger des menschlichen Geistes ist er allerdings Gegenstand von Persönlichkeitsrechten. Diese zweite Stufe überlagert die erste komplett, sodass lediglich die persönlichkeitsrechtliche Ebene wirksam ist.²⁹⁸ Entscheidend ist jedoch, dass die erste Stufe bereits besteht. Wird die Überlagerung durch die Persönlichkeitsrechte aufgehoben (durch Abtrennung eines Körperteils vom restlichen Körper), bleibt der abgetrennte Teil als Materie zurück, und die sachenrechtliche Ebene tritt zu Tage.²⁹⁹

Deutsch greift die Überlagerungstheorie auf, behauptet aber, dass erst mit der Abtrennung eines Körperteils eine Sache entsteht, die im Eigentum des ursprünglichen Trägers steht. Doch auch hier fehlt die Begründung für das Entstehen einer neuen Sache. Daher ist *Schünemanns* Theorie der Vorzug zu geben, da sie das Spannungsverhältnis zwischen Persönlichkeits- und Sachenrecht auf befriedigende Weise zu lösen vermag. Wird ein Organ zu Transplantationszwecken entnommen, so sind nach *Deutsch* sachenrechtliche Überlegungen jedoch von untergeordneter Bedeutung, da das übertragene Organ „persönlichkeitsrechtlich vom einen auf den anderen“³⁰⁰ übergeht.

²⁹⁵ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (187); *Klicka* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005, § 386, Rz 1f.

²⁹⁶ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen, ÖJZ 1965, 449 (450).

²⁹⁷ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (188).

²⁹⁸ *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, Frankfurt am Main 1985, 92.

²⁹⁹ *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 93.

³⁰⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, Berlin 2008, 546, Rz 861ff.

Nach *Schünemanns* These steht das Eigentum am Körper der Person zu, für deren Geist er eine Hülle darstellt. Wird die Wirkung der Persönlichkeitsrechte aufgehoben, bedarf es also keiner Umwandlung in Eigentumsrecht, da dieses ohnehin „latent“ bereits vor der Trennung bestanden hat. Auch ein Weiterbestehen der Persönlichkeitsrechte bereitet nach dieser Theorie keine Probleme.³⁰¹ Auf das Fortbestehen dieses Restes von Persönlichkeitsrechten kann der ehemalige Träger der nunmehr abgetrennten Substanzen wirksam verzichten. Dies kann eindeutig oder schlüssig geschehen.³⁰² Zu beachten ist jedoch, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der ursprüngliche Träger den abgetrennten Körperteil derelinquiert.³⁰³

Ofner entwickelt diese Theorie weiter, indem er aufzeigt, dass Persönlichkeitsrechte gewisse Ähnlichkeit mit dem Eigentumsrecht haben: Das Eigentumsrecht befähigt den Eigentümer, nach seinem Willen über die Sache frei zu verfügen und andere von der Nutzung der Sache auszuschließen.³⁰⁴ Es besteht also aus zwei Elementen: dem Verfügungsrecht und dem Abwehrrecht. Betrachtet man die wichtigsten Persönlichkeitsrechte, nämlich jene auf körperliche Unversehrtheit, Leben und Freiheit, so erkennt man klar, dass auch diese Rechte Schutz vor Eingriffen bieten. Im Vergleich zum Eigentumsrecht bestehen allerdings einige Einschränkungen in Bezug auf das freie Verfügungsrecht: So kann man beispielsweise seinen eigenen Körper nicht veräußern, selbst wenn dies dem Willen des Betroffenen entsprechen würde. Die Persönlichkeitsrechte können demnach als ein auf den menschlichen Körper zugeschnittener Eigentumsschutz gesehen werden.³⁰⁵ Der Persönlichkeitsschutz schränkt also die Eigentumsrechte ein. Fällt er jedoch weg (durch Abtrennung einer Körpersubstanz), gelten die eigentumsrechtlichen Regelungen in uneingeschränktem Umfang. Der Körper steht nach *Ofner* im Eigentum der Person, deren Hülle er bildet. Auch ein abgetrennter Körperteil steht der betroffenen Person weiterhin zu.³⁰⁶

³⁰¹ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (189).

³⁰² Näheres dazu: *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 107ff; *Taupitz*, Forschung mit menschlichen Zellen in Österreich: Profit auf Kosten des Patienten?, JBI 2000, 152 (155).

³⁰³ *Klicka* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar I³, § 386, Rz 2.

³⁰⁴ § 354 ABGB.

³⁰⁵ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (190).

³⁰⁶ *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (190f).

Stirbt der Mensch, wird die Verbindung zwischen Körper und Geist getrennt, übrig bleibt der Körper, der nun, da er nicht mehr Träger des Geistes ist, als Sache anzusehen ist. Obwohl der Leichnam nicht zum Nachlass des Verstorbenen gezählt werden kann, ist sich die österreichische Lehre einig, dass er als Sache anzusehen ist.³⁰⁷ Dies gilt natürlich auch für einzelne Teile der Leiche.³⁰⁸ Dem Menschen fällt es jedoch schwer, zwischen Leben und Tod eine exakte Grenze zu ziehen und den Leichnam eines eben noch lebendigen Menschen mit sonstigen Sachen gleichzusetzen. Daher wird der Leichnam oftmals als „Rückstand der Persönlichkeit“ bezeichnet, wobei man vergeblich nach einer Definition dieses Begriffes sucht.³⁰⁹ Dieser Rückstand soll so lange andauern, als der Leib einer bestimmten Person zuordenbar ist.³¹⁰ *Schünemann* sieht aufgrund dieser Anschauungsweise die Persönlichkeitsrechte trotz Eintritt des Todes als nicht erloschen an.³¹¹

Wird jedoch ein Körperteil von der Leiche abgetrennt, fällt die vollständige Überlagerung der Eigentumsrechte durch die Persönlichkeitsrechte an diesem Teil weg, wodurch nun die Regeln des Eigentumsrechtes anzuwenden sind. Diese sind lediglich durch die nachwirkenden Persönlichkeitsrechte teilweise eingeschränkt, deren Umfang je nach Körperteil und nach Verkehrsauffassung zu beurteilen ist.³¹² Allerdings ist der Berechtigte tot. In diesem Falle gibt es nach *Schünemann* zwei Lösungsansätze: Entweder das Eigentum geht unter, wodurch die Sache zu einer herrenlosen wird, an der grundsätzlich jeder durch Aneignung Eigentum erwerben kann, oder sie geht in das Eigentum eines neuen Berechtigten über.³¹³ Da sich die österreichische Lehre einig ist, dass der Leichnam und seine Bestandteile nicht zum Nachlass des Verstorbenen gehören, können die Erben auch nicht die Rechtsnachfolge in Bezug auf die Eigentumsrechte am Leichnam oder an Teilen davon antreten. Wohl aber können die Angehörigen (die häufig, aber nicht zwingend auch die Erben sind) über das weitere Schicksal des Leichnams (vor allem über die Art der Bestat-

³⁰⁷ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen, ÖJZ 1965, 449 (450); *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, § 285 Rz 3; *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (190).

³⁰⁸ *Spielbüchler* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, § 285, Rz 3.

³⁰⁹ Auch *Schünemann* und *Deutsch* verwenden diesen Begriff: *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 250; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 544, Rz 857.

³¹⁰ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen, ÖJZ 1965, 449 (450); *Klicka* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, § 285, Rz 4.

³¹¹ *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 250.

³¹² *Ofner* Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen, in *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht, 185 (188, 190f).

³¹³ *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 251.

tung) verfügen, sofern der Verstorbene hierzu keinerlei Wünsche geäußert oder festgehalten hat.³¹⁴ Dieses Verfügungsrecht ist laut *Edlbacher* jedoch als Rest des Familienrechts anzusehen und ist nicht Ausfluss eines Eigentumsrechtes am Leichnam.³¹⁵

Da also der Berechtigte tot und eine Rechtsnachfolge im Wege des Erbrechts unmöglich ist, muss davon ausgegangen werden, dass der abgetrennte Teil bzw das entnommene Organ zu einer herrenlosen Sache wird. In Bezug auf den Leichnam spricht *Edlbacher* von einer anspruchigen herrenlosen Sache. Die Herrenlosigkeit begründet sich in der Tatsache, dass die Erben kein Eigentum am Leichnam erwerben können, die Ansprüchigkeit besteht darin, dass lediglich bestimmten Berechtigten – etwa einem anatomischen Institut – die Aneignung vorbehalten sein soll.³¹⁶

Im Falle einer postmortalen Organentnahme erwirbt der entnehmende Arzt durch Aneignung Eigentum am explantierten Organ. Dennoch ist der zu verfolgende Transplantationszweck des § 62a KAKuG zwingend zu beachten, da andernfalls bereits die Entnahme rechtswidrig wäre.³¹⁷ Daher ist das Verfügungsrecht des Arztes in Bezug auf das Organ enorm eingeschränkt: Er muss das Explantat der Transplantation zuführen. Durch die Implantation beim Organempfänger wird das Organ nunmehr wieder Teil einer Person und ist somit Gegenstand von Persönlichkeitsrechten. Damit wird das Eigentumsrecht des Arztes aufgehoben.³¹⁸ Nach erfolgreicher Transplantation wird das Organ zum Persönlichkeitsgut des Organempfängers.³¹⁹

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Jeder Mensch, also der menschliche Körper als Träger des Geistes, ist als Person zu betrachten und Träger von Persönlichkeitsrechten. Alles, was von der Person unterschieden werden kann, unterliegt als Sache den eigentumsrechtlichen Regeln. So klar diese Definition zu sein scheint, so bereitet sie uns dennoch Schwierigkeiten. Wird vom Körper eines Menschen ein Teil abgetrennt, so ist dieser nicht mehr Teil der Person und somit eine Sache. Wird die Verbindung zwischen Körper und Geist jedoch durch den Todes Eintritt aufgehoben, fällt es unserer Gesellschaft schwer, den menschlichen Körper

³¹⁴ *Kozio/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³, 452.

³¹⁵ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen, ÖJZ 1965, 449 (453f).

³¹⁶ *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen, ÖJZ 1965, 449 (451).

³¹⁷ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 111.

³¹⁸ Weiterführend: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 549, Rz 864.

³¹⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 111.

ab diesem Zeitpunkt als Sache zu definieren und zu behandeln. Daher sollen die Persönlichkeitsrechte noch einige Zeit über den Tod hinaus in vermindertem Umfang bestehen bleiben.

Der zweite in diesem Kapitel behandelte Problemkreis betrifft die Frage, wem das Eigentum an einer vom Körper abgetrennten Substanz zustehen soll. Dazu wurden verschiedene Theorien entwickelt: Weder die Umwandlungstheorie noch die Theorie, nach der eine herrenlose Sache entsteht, berücksichtigt nach *Ofner*, dass für die Entstehung einer neuen Sache bei Abtrennung eines Körperteils keine ausreichende Begründung besteht.

Die Theorie *Schünemanns* hingegen findet einen Weg, die rechtliche Einordnung von menschlichen Körperteilen vor und nach ihrer Trennung vom Körper sowie vor und nach dem Tod in nachvollziehbarer Weise darzustellen: Danach hat jede Person latent Eigentumsrechte an ihrem Körper und dessen Bestandteilen, die von den Persönlichkeitsrechten komplett überlagert werden. Bei Aufhebung der Verbindung zwischen Körper und Geist fällt die persönlichkeitsrechtliche Ebene größtenteils weg, und die eigentumsrechtliche kommt zur Anwendung. Der abgetrennte Körperteil steht nun im Eigentum seines früheren Trägers. Ist dieser tot, entsteht in Ermangelung eines Rechtsnachfolgers (die Erben können kein Eigentum am Leichnam begründen) eine herrenlose Sache, an der per Aneignung Eigentum erworben werden kann.

Wird also ein Organ postmortal entnommen, erwirbt, wie *Kopetzki* erläutert³²⁰, der entnehmende Arzt Eigentum, muss dieses jedoch aufgrund des Transplantationszweckes sofort wieder aufgeben, und das Organ wird Teil des Empfängerkörpers. Insofern muss *Deutsch* Recht gegeben werden, dass sachenrechtliche Fragen bei Organtransplantationen eine untergeordnete Rolle spielen.

Schünemanns These lässt sich auch in Österreich anwenden, wie *Ofner* ausführt. *Ofner* stützt sich dabei nicht auf latent vorhandenes Eigentum, sondern auf die von ihm erläuterte Ähnlichkeit zwischen Persönlichkeitsrechten und Eigentumsrechten. Erstere seien daher aufgrund der Sonderstellung des Menschen als beschränk-

³²⁰ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 111.

te, auf den menschlichen Körper zugeschnittene Eigentumsrechte anzusehen. Nach Wegfall der persönlichkeitsrechtlichen Beschränkungen lebt das Eigentumsrecht wieder voll auf. Diese Rechtsauffassung stellt im Endeffekt eine Erweiterung zu *Schünemanns* Überlagerungsthese dar.

6. Entnahmeort

6.1 Entnahmekrankenhaus

§ 16 Abs 1 lit a und c-g KAKuG regelt, an welchen Krankenanstalten die Vornahme einer Organentnahme gem § 62a Abs 3 KAKuG erlaubt ist. Diese Regelungen sind jedoch irrelevant für die Implantation des Organs, die an jedem dafür geeigneten Ort vorgenommen werden kann.³²¹ Hauptkriterium für mögliche Organentnahmen ist die Gemeinnützigkeit der Krankenanstalt, um das normierte Gewinnverbot zu garantieren. Als gemeinnützig werden Anstalten betrachtet, die folgende Voraussetzungen erfüllen: der Betrieb bezweckt keine Gewinnerzielung³²²; die Patienten werden so lange betreut, als es ihr Gesundheitszustand nach dem Ermessen des behandelnden Arztes erfordert³²³; für die ärztliche Behandlung sowie sonstige Pflege der Patienten ist ausschließlich ihr Gesundheitszustand maßgeblich³²⁴; das Entgelt für Pfleglinge derselben Gebührenklasse ist in gleicher Höhe festgesetzt³²⁵; grundsätzlich dürfen Bedienstete der Anstalt „von den Pfleglingen oder deren Angehörigen auf keinerlei Art entlohnt“³²⁶ werden; die Zahl der Betten der Sonderklasse übersteigt ein Viertel der gesamten Bettenanzahl nicht³²⁷. § 16 Abs 1 lit b KAKuG, der als weitere Voraussetzung für das Vorliegen der Gemeinnützigkeit die Aufnahme aller Aufnahmebedürftigen anführt, wurde bewusst aus dem Kriterienkatalog ausgenommen, damit auch in Anstalten, die nur Patienten einer bestimmten Personengruppe auf-

³²¹ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 16, FN 11; *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 148.

³²² § 16 Abs 1 lit a KAKuG.

³²³ § 16 Abs 1 lit c KAKuG.

³²⁴ § 16 Abs 1 lit d KAKuG.

³²⁵ § 16 Abs 1 lit e KAKuG.

³²⁶ § 16 Abs 1 lit f KAKuG.

³²⁷ § 16 Abs 1 lit g KAKuG.

nehmen³²⁸, Organe entnommen werden können. Anstalten, die gem § 2 Abs 2 KAKuG nicht als Krankenanstalten gelten, fallen nicht unter § 16 KAKuG und kommen daher für Organtransplantationen nicht in Frage. An Universitätskliniken sowie anderen Universitätsinstituten, wie etwa an gerichtsmedizinischen oder pathologischen Instituten, können Organentnahmen ebenfalls durchgeführt werden.³²⁹ Weiters ist die Entnahme durch mobile Ärzteteams zulässig, solange sie an einer Krankenanstalt durchgeführt wird, die § 62a Abs 3 KAKuG entspricht.³³⁰

6.2 Überstellung des hirntoten Spenders

Sofern eine Krankenanstalt die geforderten rechtlichen Voraussetzungen für eine Organexplantation zwar erfüllt, aber nicht über die technischen Mittel zur Hirntodfeststellung bzw zur Vornahme der Explantation verfügt, gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird der bereits hirntote Spender in die Empfängeranstalt überstellt, oder aber die Organentnahme wird von einem Ärzteteam der Transplantationsanstalt vorgenommen. Im zweiten Fall muss das Spenderkrankenhaus über die technischen Mittel zur Hirntodfeststellung verfügen und die Kriterien des § 62a Abs 3 KAKuG erfüllen. Im ersten Fall ist zu beachten, dass die Empfängeranstalt auch die Kriterien eines Spenderkrankenhauses erfüllen muss. Zu Lebzeiten des Spenders darf keine Überstellung in das Empfängerkrankenhaus stattfinden, da eine Verlegung nur aus medizinischen Gründen vorzunehmen ist.³³¹ Eine Überstellung zu dem bloßen Zweck der späteren Organentnahme bedeutet aber keinerlei Vorteil für den Patienten, im Gegenteil, die Strapazen des Transportes können sich ungünstig auf den Zustand des Patienten auswirken. Maßnahmen, die für den Betroffenen nachteilig sind, bedürfen seiner Zustimmung.³³² Vor allem bei unklaren oder schwierigen Fällen werden potentielle Spender vor Eintritt des Hirntodes in das Transplantationszentrum überstellt. Dort wird erneut versucht, das Leben des Patienten zu retten, was hin und wieder auch gelingt. Sollten die ergriffenen medizinischen Maßnahmen jedoch erfolglos bleiben, wird der Hirntod bereits im Transplantationszentrum diagnostiziert.³³³

³²⁸ Beispielsweise Heeresspital, siehe *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 157.

³²⁹ Ausführlicher dazu: *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 158f.

³³⁰ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 148.

³³¹ Siehe auch §§ 24 Abs 1 zweiter Satz, 16 Abs 1 lit c KAKuG.

³³² Genauer dazu: *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 161f.

³³³ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

7. Die Verteilung der Organe

7.1 Organmangel

Die Transplantationsmedizin ist mittlerweile ein wichtiger und erfolgreicher Sektor der Medizin. Nicht zuletzt aufgrund der erstaunlichen Erfolge, der verbesserten technischen Möglichkeiten und der Tatsache, dass immer mehr Organe verpflanzt werden können, steigt die Nachfrage nach Spenderorganen jährlich um etwa 15 Prozent. Die Zahl der auf den Wartelisten vermerkten Personen wird immer größer, jedoch hat nur rund ein Drittel davon das Glück, ein Spenderorgan zu bekommen. Viele dieser Patienten sterben, ehe ein passendes Organ für sie gefunden werden kann. Zumutbare Wartezeiten für Patienten, die ein Organ benötigen, könnten nur dann realisiert werden, wenn auf eine Million Einwohner etwa 30 Organspender kommen würden.³³⁴ Österreich liegt mit durchschnittlich 20,2 Spendern pro einer Million Einwohner (Stand 2008) im Spitzenfeld der Eurotransplantländer, dennoch bleibt ein gewisser Mangel an Organen bestehen.³³⁵ Daher ist die optimale Nutzung und Verteilung aller zur Verfügung stehender Organe von großer Bedeutung. Trotz Bemühungen, eine Erhöhung der Anzahl der Spenderorgane zu bewirken, bleibt das Angebot an Spenderorganen zu gering, um den Bedarf zu decken. Neben der ständigen Weiterentwicklung des Einsatzes von künstlichen Organen wird auch die Xenotransplantation (Transplantation tierischer Organe) weiter erforscht.³³⁶ In Österreich sind Maßnahmen zur Förderung der Organspende sogar gesetzlich in § 59d KAKuG verankert. Demnach sollen Krankenanstalten, die die Spender betreuen, Förderungen erhalten; „regionale Transplantationsreferenten“, die die intensivmedizinischen Abteilungen unterstützen, wurden eingerichtet; mobile Hirntoddiagnostik-Teams sollen ebenso gefördert werden wie die Organtransporte; schließlich sollen die entstehenden Kosten von ÖBIG-Transplant gedeckt werden. Jährlich stehen etwa 2,9 Millionen Euro zur Förderung des Transplantationswesens zur Verfügung.³³⁷ Die Transplantationsreferenten haben sich mittlerweile etabliert und durch ihre ständigen Bemühungen, dafür zu sorgen, dass jedes Spenderorgan auch tatsächlich zur Verfügung steht, zu einer enormen Steigerung des Organaufkommens gesorgt. Im

³³⁴ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 52.

³³⁵ Eurotransplant, Annual Report 2008, 26, Table 2.1.

³³⁶ http://www.eurotransplant.nl/index.php?id=xeno_deutsch (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

³³⁷ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 52, Tabelle 3.1.

Jahr 2008 standen in der Steiermark sogar 22 Spender pro eine Million Einwohner zur Verfügung.³³⁸

7.2 Verfassungsrechtliche Aspekte

Sowohl auf Spender- als auch auf Empfängerseite sind verfassungsrechtlich garantierte Rechte zu beachten. Nach modernen Grundrechtstheorien gehen die Grundrechte über den reinen Abwehrcharakter gegen hoheitliche Akte des Staates hinaus und beinhalten auch Gewährleistungs- und Schutzpflichten.³³⁹ Nun kann man die Überlegung anstellen, ob der Organempfänger im Sinne eines „Rechtes auf Gesundheit“ und des „Rechtes auf medizinische Versorgung“ nicht ein Recht auf ein Transplantat haben könnte. Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich ein solches Recht jedoch nicht ableiten.³⁴⁰ Auch nach Art 2 EMRK, der das Recht auf Leben schützt und in Österreich Verfassungsrang hat, lässt sich kein Anspruch auf medizinische Leistungen ableiten.

Auf Spenderseite besteht der Schutz der Grundrechte – insbesondere das Recht auf Leben nach Art 2 EMRK – solange der Spender lebt. Eine Organentnahme vom lebenden Spender wäre ohne dessen Einwilligung verfassungswidrig, da sowohl Art 2 (Recht auf Leben) als auch Art 8 EMRK (Recht auf körperliche Integrität) verletzt wäre.³⁴¹ Mit seinem Tode endet jedoch die Grundrechtssubjektivität des Spenders, wobei in diesem Zusammenhang der Hirntod der maßgebliche Todeszeitpunkt ist.³⁴² Dieses Kriterium hat sich im Laufe der Zeit nahezu weltweit durchgesetzt.³⁴³ Nachdem der sichere Todesnachweis gesetzlich gefordert wird, ist sichergestellt, dass Organentnahmen nicht vor Todeseintritt vorgenommen werden. Vorbereitende Eingriffe sind ebenfalls erst nach Todeseintritt erlaubt, da andernfalls ein Eingriff in das durch Art 8 EMRK gewährleistete Recht auf körperliche Integrität vorliegen wür-

³³⁸ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 60.

³³⁹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸, Wien 2009, 306, Rz 694; *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³, Graz 2007, 348, Rz 408.

³⁴⁰ Genauer: *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 46f.

³⁴¹ *Weber*, Transplantationsrecht – Ein Problemaufriss, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 13 (16).

³⁴² *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 53ff mwN; vgl auch: *Europarat*, Resolution (78) 29, Art 11 Z 1.

³⁴³ *Margreiter*, Hirntod und Transplantation, in *Schwarz/Bonelli*, Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995, 191 (191).

de. Durch die Widerspruchslösung werden sowohl die Religions- und Gewissensfreiheit (Art 9 EMRK) als auch der Schutz des Privatlebens (Art 8 EMRK) gewahrt.³⁴⁴ Daher ist § 62a KAKuG grundrechtskonform.³⁴⁵

7.3 Eurotransplant

Eine möglichst große Übereinstimmung der immunologischen Werte ist ausschlaggebend für die Erfolgchancen einer Transplantation. Je größer der Kreis von möglichen Empfängern ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, einen Empfänger mit optimalen immunologischen Voraussetzungen für das zur Verfügung stehende Spenderorgan zu finden. Aus diesem Grund wurde „Eurotransplant“ gegründet, eine internationale Organisation mit Sitz in Leiden (Holland), die Daten von Spendern und Empfängern speichert.³⁴⁶ Es handelt sich hierbei um keine Organbank, sondern vielmehr um eine Vermittlungsstelle, die ursprünglich ausschließlich Nieren vermittelte.³⁴⁷ Sie wurde 1967 vom holländischen Immunologen Johannes van Rood gegründet, der sich mit der Erforschung der HLA-Antigene beschäftigte.³⁴⁸ Mittlerweile vermittelt dieses internationale Transplantationszentrum nicht nur Nieren, sondern zahlreiche andere Organe wie Leber, Herz, Lunge oder Pancreas. Dabei verfolgt die Organisation folgende Ziele: die optimale Nutzung aller verfügbaren Spenderorgane und -gewebe; Angebot eines transparenten, objektiven und auf medizinischen Kriterien beruhenden Organvergabesystems; die Erforschung der Faktoren, die ausschlaggebend für das Gelingen von Transplantationen sind; Förderung der Forschung in der Transplantationsmedizin sowie Steigerung der Zahl an verfügbaren Spenderorganen. Allgemein soll die Transplantationsmedizin gefördert, unterstützt und bestmöglich koordiniert werden.³⁴⁹ Die Mitgliedsstaaten von Eurotransplant haben sich zur Bekanntgabe der Daten aller potentiellen Organspender sowie aller auf ein Organ wartenden Patienten verpflichtet.³⁵⁰ Eurotransplant übernimmt die in den

³⁴⁴ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 55ff.

³⁴⁵ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 48ff.

³⁴⁶ Mitglied dieser Organisation sind Holland, Belgien, Luxemburg, Deutschland, Österreich, Slowenien und Kroatien. Siehe <http://www.eurotransplant.nl/> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010). Einrichtungen anderer Länder arbeiten mit Eurotransplant zusammen: zB Scandiatransplant Aarhus (Dänemark, Finnland, Schweden, Norwegen), NHS Blood and Transplant (Großbritannien, Irland).

³⁴⁷ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 40f.

³⁴⁸ Siehe Kap B. IV. 2.

³⁴⁹ Eurotransplant, Zielsetzung, <http://www.eurotransplant.nl/?id=ziele> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

³⁵⁰ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 41.

Transplantationszentren der Mitgliedsstaaten geführten Wartelisten und die darin angeführte Dringlichkeitsstufe. Bei Dringlichkeitsstufe „high urgent“ wird versucht, binnen weniger Tage ein Transplantat zu finden.³⁵¹

Nach Feststellung des Hirntodes wird der potentielle Spender dem zuständigen Koordinationszentrum gemeldet. Ein Transplantationskoordinator organisiert die Entnahme und zumeist auch den Transport in die Empfängerkrankenanstalt, wobei er sich dafür zumeist in das Entnahmekrankenhaus begibt. Der Koordinator meldet den Organspender an Eurotransplant.³⁵² Dort wird sodann anhand der gespeicherten Empfängerdaten (Antigenmuster und Blutgruppe) der Empfänger mit den besten medizinischen Voraussetzungen ermittelt. Inzwischen muss eine Reihe von Untersuchungen anhand einer Eurotransplant-Checkliste am Organ bzw an den Organen durchgeführt werden. Danach müssen allfällige Fragen von Eurotransplant beantwortet werden, bevor der Transport vorgenommen werden kann.³⁵³ Anschließend wird das Organ auf schnellstem Wege in das Empfängerkrankenhaus transportiert. Da die Überlebensdauer entnommener Organe selbst unter besten Bedingungen (auf 8-10°C gekühlt und steril³⁵⁴) begrenzt ist, steht der Transport unter enormem Zeitdruck. Daher darf die Entfernung zwischen Spender- und Empfängerkrankenhaus auch nicht allzu groß sein. Das System von Eurotransplant ist erfolgreich, etwa ein Drittel der in Österreich transplantierten Nieren stammt aus dem Ausland. Durch die Regelung der Widerspruchslösung stehen in Österreich verhältnismäßig mehr Organe zur Verfügung als in anderen Ländern, die sich beispielsweise für die Zustimmungslösung entschieden haben.³⁵⁵

Bei Eurotransplant kommen je nach Organtyp unterschiedliche Regeln zur Anwendung, um über die Vergabe zu entscheiden. Schließlich ist bei einigen Organen eine große Übereinstimmung der Spender- und der Empfängerorgane essentiell, bei anderen wiederum muss das Organ besonders schnell zum Empfänger gelangen, da dieser uU schon in Lebensgefahr schwebt (Herz, Lunge). Während bei

³⁵¹ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 48.

³⁵²

<http://www.goeg.at/index.php?pid=arbeitsbereichedetail&ab=118&smark=transplantationskoordinator&noreplace=yes> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010); *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 26.

³⁵³ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

³⁵⁴ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

³⁵⁵ Vergleiche *Eurotransplant*, Annual Report 2008, 26, Table 2.1: Beispielsweise gegenüber Deutschland, das sich für die Zustimmungslösung entschieden hat, stehen in Österreich pro eine Million Einwohner fast 6 Spenderorgane mehr zur Verfügung.

Nieren und Bauchspeicheldrüsen neben der Blutgruppe auch die Gewebeeigenschaften, die Dringlichkeit und die Wartezeit zu berücksichtigen sind, ist bei der Leber auch das Gewicht von Spender und Empfänger zu vergleichen, bei Herz und Lunge zusätzlich noch die Größe der beiden. Zusätzlich spielt die sogenannte Ischämietoleranz eine Rolle: Dabei handelt es sich um den Zeitraum, den ein gekühlt aufbewahrtes Organ unbeschadet überstehen und anschließend seine Funktion im Körper des Empfängers wieder aufnehmen kann. Während Nieren bei optimaler Aufbewahrung zwei Tage gut überstehen, beträgt die Ischämietoleranz bei Leber und Pankreas rund zehn, beim Herzen gar nur vier bis sechs Stunden. Daher muss auch der Transport penibel geplant werden: Nieren können in aller Regel mit Linienflügen transportiert werden, für andere Organe werden jedoch Sonderflüge organisiert, die auf den Transplantationszeitpunkt exakt abgestimmt sind, wodurch natürlich wesentlich höhere Kosten entstehen.³⁵⁶ Das EDV-System von Eurotransplant arbeitet mit einem Punktesystem, bei dem die Dringlichkeit, die medizinische Eignung des Organs, die Reihung auf der Warteliste, die regionale Nähe und das Herkunftsland des Spenders berücksichtigt werden. Die regionale Nähe zwischen Spender und Empfänger spielt eine große Rolle, da die Transportzeiten wesentlich kürzer sind. Daher profitieren österreichische Patienten auf der Warteliste von Eurotransplant von der österreichischen Widerspruchsregelung: Es werden nicht nur relativ viele Spenderorgane gewonnen, österreichische Patienten haben aufgrund der geographischen Nähe auch gute Chancen, ein in Österreich entnommenes Organ zu erhalten. Am Beispiel der Nierentransplantationen ist dies in nachstehender Grafik deutlich zu erkennen.³⁵⁷

Niere*							
Herkunft der Organe (Koordinations-Zentrum)	Anzahl Spenderorgane	Anzahl Implantationen im Inland					Organe ins Ausland
		Graz	Innsbruck	Linz	Wien	Summe	
Graz	80	26	14	2	10	52	28
Innsbruck	50	0	38	0	1	39	11
Linz	61	2	8	30	0	40	21
Wien	120	1	2	1	90	94	26
Österr. Spenderorgane gesamt	311	29	62	33	101	225	86
Ausland	78	11	36	7	24	78	
Kontrollsumme: Implantationen in österreichischen TX-Zentren		40	98	40	125	303	

* exkl. Lebendspende, Niere en bloc ist als eine Niere gezählt (beide Nieren eines Spenders werden einem Empfänger implantiert)

Tabelle 1: Herkunfts- und Verwendungsort von Nieren in Österreich.

³⁵⁶ Piza, Bedeutung der Organtransplantation, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 7 (8).

³⁵⁷ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 45.

Ein in Österreich entnommenes Organ wird vor allem dann einem österreichischen Empfänger implantiert, wenn es im Bereich der Eurotransplantländer keinen idealen Empfänger gibt, kein Patient so dringend auf das Organ wartet, dass er andernfalls sterben würde, oder Eurotransplant dem Transplantationszentrum die Zuteilung des Organs überlässt.³⁵⁸ Bisher fehlt jedoch eine einheitliche österreichische Regelung, nach welchen Kriterien Organe in Österreich vergeben werden sollen.³⁵⁹

Könnte durch das Computersystem von Eurotransplant ein geeigneter Empfänger ermittelt werden, setzt sich die Organisation mit dem Krankenhaus des Empfängers in Verbindung. Die behandelnden Ärzte des Empfängers entscheiden anhand der übermittelten Spenderdaten, ob sie das zur Verfügung stehende, passende Organ annehmen. Im Falle einer Zustimmung des Empfängerkrankenhauses werden die Entnahme und der Transport unverzüglich vorbereitet. Sollte sich auf dem Gebiet der Eurotransplant-Mitgliedsstaaten kein passender Empfänger finden, werden andere Organisationen wie Scandiatransplant informiert. Da die Vorbereitungen für Transplantationen stets unter enormen Zeitdruck stehen, sind Eurotransplant und ähnliche Organisationen auf eine gute Zusammenarbeit untereinander, aber auch mit Polizei, Fluggesellschaften und anderen Institutionen angewiesen.³⁶⁰

Doch nicht jedes Organ, das in einem Eurotransplant-Staat gewonnen wird, wird tatsächlich durch Eurotransplant vermittelt. Ist der potentielle Empfänger nicht in einem sehr schlechten Zustand, gibt es nach der Gewebeanalyse keinen idealen Empfänger oder beauftragt Eurotransplant die Entnahmekrankenanstalt, das Organ selbst zu vergeben, trifft letztere die Entscheidung über die Vergabe.

³⁵⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 44; Etzl, Organentnahme aus Leichen, in Plöchl (Hrsg), Ware Mensch, 27 (36).

³⁵⁹ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 44; Barta/Kalchschmid, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in Barta/Weber, Rechtsfragen, 43 (48f).

³⁶⁰ Eurotransplant, Arbeitsverfahren, <http://www.eurotransplant.nl/?id=arbeitsverfahren> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

8. Todesfeststellung

8.1 Notwendigkeit des juristischen Todesbegriffes

Aus juristischer Sicht ist es von enormer Bedeutung, den Zeitpunkt des Todes genau festzulegen. Wie bereits dargestellt, müssen Organtransplantationen zum ehest möglichen Zeitpunkt erfolgen, um das Organ bis zur Implantation lebensfähig zu erhalten. Daher muss der Moment definiert werden, ab dem der Patient sicher tot und eine Organexplantation möglich ist.³⁶¹ Dieser Moment zieht die Grenze zwischen Leben und Tod und definiert damit auch das Ende des rechtlichen Schutzes für „Lebende“.³⁶² Selbst wenn aus medizinischer Sicht „Sterben“ ein Prozess ist³⁶³, kennt die Rechtsordnung nur „Tot-sein“ oder „Nicht-tot-sein“. Aus Angst vor Eingriffen bei „Scheintoten“ verlangt die Gesellschaft nach einem Todesnachweis, der im Falle einer Organtransplantation natürlich möglichst schnell erbracht werden soll.³⁶⁴

Die heutige Intensivmedizin ermöglicht es, den Tod relativ lange hinauszuzögern. Künstliche Beatmung und Herzmassage können dank moderner medizinischer Technik das Leben eines Menschen künstlich verlängern, während der Herzstillstand oder das Aussetzen der Atmung früher den Tod des Patienten bedeutete. Die Funktion der Gehirnzellen fällt schon nach relativ kurzem Sauerstoffmangel aus. Bereits nach 7-10-minütigem Kreislaufstillstand sind die Gehirnzellen irreversibel geschädigt.³⁶⁵ Der Kreislauf selbst kann jedoch auch bei erloschener Hirnaktivität reaktiviert und aufrechterhalten werden.³⁶⁶ Diese medizinischen Möglichkeiten erschweren uns die Festlegung eines „Todeszeitpunktes“ noch zusätzlich. Soll ein Organ entnommen werden, fehlt die Zeit, um auf eindeutige Todeszeichen wie etwa die Leichenstarre zu warten. Häufig muss die Organentnahme noch bei aufrechtem Kreislauf vorgenommen werden. Versteht man den Herz-Kreislauf-Stillstand als maßgeblichen Todeszeitpunkt, wäre eine Entnahme bei aufrechtem Kreislauf de iure eine vom lebenden Spender. Dies hätte zur Folge, dass das Organ nur nach umfassender Aufklärung

³⁶¹ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 111.

³⁶² Kalchschmid, Die Organtransplantation, 117f.

³⁶³ Burgstaller, Vortragsbericht der Österreichische Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie, Die Bestimmung des Todeszeitpunktes im Hinblick auf die Organtransplantation, ÖJZ 1973, 349 (350).

³⁶⁴ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 177.

³⁶⁵ Kuschinsky, Blut-Hirn-Schranke, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, 757 (763f).

³⁶⁶ Genauer dazu: Kalchschmid, Die Organtransplantation, 107ff.

und Einwilligung des Patienten vorgenommen werden dürfte. Daher sind die aktuellen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse maßgeblich für die Methoden der Todesfeststellung. Gegenwärtig ist der Begriff des „Hirntodes“ als Voraussetzung für Explantationen weitgehend anerkannt. Mittlerweile hat sich der medizinische Todesbegriff des Hirntodes auch zum rechtlich verbindlichen entwickelt.³⁶⁷ Dieser liegt bei irreversiblen Ausfall der gesamten Hirnfunktion vor.³⁶⁸ Auch das Strafrecht geht vom Hirntod als Ende menschlichen Lebens aus.³⁶⁹

8.2 Kriterien der Todesfeststellung

Grundsätzlich ist vor Bestattung einer Leiche eine Totenbeschau durchzuführen. Die genauen Vorschriften bezüglich der Todesfeststellung nach § 62a Abs 2 KAKuG ersetzen jedoch die Funktion der Totenbeschau. Die Feststellung des Hirntodes erbringt nämlich einen sehr sicheren Beweis des Todeseintritts. Die Methoden, mit denen der Hirntod festgestellt wird, sind gesetzlich nicht festgelegt. Sie orientieren sich an den aktuellen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen. Da sich die medizinischen Standards mitunter sehr rasch ändern, wäre eine gesetzliche Normierung dieser Methoden nur dann sinnvoll, wenn sie bei Bedarf rasch aktualisiert werden. Allerdings könnten Mindeststandards, wie etwa der Nachweis des völligen, irreversiblen Funktionsverlustes des Gesamthirns, verbindlich festgelegt werden.³⁷⁰ Lange Zeit stellte man den Hirntod mittels einer Elektroenzephalographie (EEG) fest, die nach sechs Stunden (bei Kindern nach zwölf Stunden) wiederholt wurde (diese Zeit bezeichnete man als „Schwebezeit“); den endgültigen Nachweis lieferte jedoch die cerebrale Angiographie, ein invasiver Eingriff, bei dem ein Kontrastmittel in die Halsschlagader (carotis interna) injiziert wurde, wodurch der Zirkulationsstopp im Gehirn sichtbar wurde. Diese Methode wurde heftig kritisiert, bis der Oberste Sanitätsrat am 22. November 1997 neue „Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik“³⁷¹ verabschiedete, die mit den „Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme“ vom 17. Dezember 2005 überar-

³⁶⁷ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 54.

³⁶⁸ Ausführlich zur medizinischen Erklärung des Hirntodes, zur Entstehung des Hirntodkriteriums und zu Methoden der Todesfeststellung siehe oben Kap B. V. 2, 3.

³⁶⁹ Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, 3, Rz 11; Reisner, Vortragsbericht, ÖJZ 1973, 349 (350).

³⁷⁰ Barta/Kalchschmid, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in Barta/Weber, Rechtsfragen, 52.

³⁷¹ Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnose entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 22. November 1997.

beitet wurde.³⁷² Nach dieser Empfehlung darf eine Hirntoddiagnose nur unter der Voraussetzung durchgeführt werden, dass eine primäre oder sekundäre Hirnschädigung vorliegt.³⁷³

Bevor mit der Untersuchung begonnen wird, müssen anhand von Befunden und Vorgeschichte ausgeschlossen werden können, dass der Zustand des Patienten auf Ursachen zurückzuführen ist, die reversibel sind (zB Vergiftung). Anschließend werden die klinischen Symptome des Komas, des Fehlens sämtlicher Hirnstammreflexe sowie des Atemstillstandes geprüft.³⁷⁴ Ergänzend wird ein EEG durchgeführt, da durch diesen nicht invasiven Eingriff die Hirnaktivität am besten wiedergegeben werden kann und direkt am Bett des Patienten durchführbar ist. Sollte diese Untersuchung wegen des Zustandes des Patienten nicht durchführbar sein, werden andere apparative Untersuchungsmöglichkeiten herangezogen. Durch die Empfehlung des Obersten Sanitätsrates vom 17. Dezember 2005 muss die bisher zu beachtende Schwebezeit von sechs Stunden nicht mehr abgewartet werden, und die umstrittene cerebrale Angiographie ist für den endgültigen Nachweis des Hirntodes nicht mehr notwendig.³⁷⁵ In der Praxis werden all diese Untersuchungen in einem Hirntodprotokoll dokumentiert.³⁷⁶

Die bereits genannten *non-heart beating donors* (NHBD)³⁷⁷ spielen in Österreich – anders als in Großbritannien³⁷⁸ – eine untergeordnete Rolle. Die Todesfeststellung anhand des irreversiblen Herz-Kreislaufstillstandes läuft den Bestimmungen des § 62a KAKuG nicht zuwider. Schließlich lässt dieser die Entnahme von Organen „Verstorbener“ zu, nicht etwa von Patienten, bei denen der Hirntod diagnostiziert wurde. Obwohl Entnahmen von NHBDs vereinzelt durchgeführt werden, bleiben noch organisatorische wie juristische Fragen zu klären. Ähnlich wie für die Hirntoddiagnose müssen Standards entwickelt werden, die für die Todesfeststellung bei *non-heart*

³⁷² ÖBIG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 17. Dezember 2005; http://www.goeg.at/media/download/berichte/Letztfassung_OS_R_Stellungnahme_nach_OS_R_1.3.06.pdf (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

³⁷³ Zu den medizinischen Details siehe oben Kap B. V. 3.

³⁷⁴ Siehe oben Kap B. V. 3.

³⁷⁵ Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (26f).

³⁷⁶ ÖBIG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 17. Dezember 2005, 14.

³⁷⁷ Siehe Kap B. V. 1.

³⁷⁸ Kap E. III. 8.2.

beating donors verbindlich sind. Dies soll va dem Vorwurf entgegentreten, die Behandlung würde zugunsten von Transplantationszwecken verfrüht abgebrochen.³⁷⁹

8.3 Der den Tod feststellende Arzt

Wie oben bereits erwähnt³⁸⁰, kann laut § 62a Abs 2 KAKuG ein Organ entnommen werden, sobald der Tod von einem „zur selbständigen Berufsausübung“ berechtigten Arzt festgestellt wurde. Diese Feststellung muss nach den „anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse“ durchgeführt werden.³⁸¹ Da es sich bei der Todesfeststellung um komplizierte Diagnoseverfahren handelt, muss dieser Arzt über besondere Kenntnisse verfügen.³⁸² Auch wenn das Gesetz es nicht verlangt, wird der Hirntod von einem Ärztekollegium, bestehend aus einem Intensivmediziner, einem Neurologen und einem Radiologen oder einem Experten, der die Daten des EEG auswertet, festgestellt.³⁸³ Um eventuelle Interessenskonflikte zu vermeiden, sieht § 62a Abs 2 zweiter Satz KAKuG vor, dass der den Tod feststellende Arzt/das Ärztekollegium die Transplantation nicht durchführen oder sonst von ihr betroffen sein darf. An der Transplantation „beteiligt“ ist ein Arzt bereits dann, wenn er zu dem die Transplantation durchführenden Ärzteteam gehört, unter „betroffen“ versteht man ein persönliches Naheverhältnis des Arztes zu Spender oder Empfänger oder wenn der betroffene Arzt dem Ärzteteam, das die Transplantation durchführt, über- bzw untergeordnet ist.³⁸⁴ Das heißt, für die Transplantation sind (mindestens) zwei Ärzte erforderlich: Einer, der den Eintritt des Todes feststellt, und ein zweiter, der die Transplantation durchführt, in der Regel werden es jedoch weit mehr Mediziner sein.

³⁷⁹ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2006, 90f.

³⁸⁰ Kap D. II.

³⁸¹ Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP, 4.

³⁸² Bei Organexplantationen, die auch zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommen werden können (zB Gehörknöchelchen), genügt die Todesfeststellung anhand von äußerlich sichtbaren, erst einige Zeit nach dem Hirntod auftretenden Todeszeichen (Totenstarre, Todesflecken) durch einen praktischen Arzt; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 193f.

³⁸³ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (24); *Reisner*, Vortragsbericht, ÖJZ 1973, 349 (350); Die Todesfeststellung durch zwei oder mehr Ärzte wird auch in der Deklaration von Sydney des Weltärztebundes empfohlen, ÖÄZ 1987/6, 50.

³⁸⁴ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 194f; *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (25); *Reisner*, Vortragsbericht, ÖJZ 1973, 349 (350); Deklaration von Sydney des Weltärztebundes, ÖÄZ 1987/6, 50.

Im Jahr 2000 wurde in Oberösterreich ein mobiles Hirntoddiagnostik-Team eingerichtet, das rund um die Uhr vom Transplantationskoordinator angerufen werden kann. Somit kann der Hirntod auch an Krankenanstalten diagnostiziert werden, die technisch nicht ausreichend ausgestattet sind, um die Diagnose ordnungsgemäß durchzuführen. Das Team verfügt über ein mobiles EEG und kann von allen Krankenanstalten in Oberösterreich um Hilfe gebeten werden. 2008 diagnostizierte das Team insgesamt 48 Mal den Hirntod eines Patienten an insgesamt fünf Krankenanstalten.³⁸⁵ Ein zweites mobiles Hirntoddiagnostik-Team ist für den Raum Wien, Niederösterreich und Burgenland zuständig, das 2008 insgesamt sogar 61 Mal in sechzehn verschiedenen Krankenanstalten im Einsatz war.³⁸⁶ Für die übrigen Regionen Österreichs wird die Einrichtung eines mobilen Hirntoddiagnostik-Teams (bis jetzt) für nicht notwendig erachtet.³⁸⁷

9. Gewinnverbot

Rechtsgeschäfte, die auf Gewinn gerichtet sind und deren Gegenstand ein Organ ist, sind nach § 62a Abs 4 KAKuG verboten.³⁸⁸ Damit soll jegliche Art von Organhandel, also die Überlassung eines Organs gegen finanzielle Gegenleistungen, verhindert werden. Von diesem Gewinnverbot sind sowohl Spender als auch alle Institutionen, die mit der Transplantation unmittelbar oder mittelbar zu tun haben, betroffen.³⁸⁹ Unter Gewinn sind allerdings nicht Einnahmen für Kosten zu verstehen, die etwa durch Konservierung oder Lagerung des Organs entstehen, sondern ein erzielter Überschuss der Einnahmen über die Kosten.³⁹⁰ Hier sind jedoch strenge Maßstäbe anzuwenden, das Gewinnverbot darf keinesfalls verwässert werden und muss wohl auch für Lebendspenden Gültigkeit haben.³⁹¹ In den Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP wurde jedoch festgehalten, dass „die Entlohnung der beteiligten Personen nicht eingeschränkt“³⁹² werden soll. Daher sind Leistungen im Zusammenhang

³⁸⁵ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 57f.

³⁸⁶ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 63.

³⁸⁷ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 58ff.

³⁸⁸ Auch auf internationaler Ebene finden sich ausdrückliche Gewinnverbote: vgl. *Europarat*, Resolution (78) 29, Art 9.

³⁸⁹ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (30f).

³⁹⁰ *Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch*, 27 (33).

³⁹¹ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (31, 40f).

³⁹² Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP, 4.

mit einer Transplantation (Explantation, Lagerung in einer Organbank, Transport, Durchführen der Transplantation) erlaubt, selbst wenn sie gewinnorientiert sind. *Kalchschmid* gibt zu bedenken, dass eindeutige Tarife für die unterschiedlichen Organtransplantationen sinnvoll wären, da privat versicherten Patienten uU höhere Beträge verrechnet werden könnten als Patienten der Allgemeinen Klasse.³⁹³

Die gegen Entgelt versprochene Überlassung des Organs (Organhandel i.e.S.) fällt unter das Verbot des § 62a Abs 4 KAKuG, nicht jedoch die Unterlassung des Widerspruchs gegen Entgelt.³⁹⁴ Somit könnte der Fall eintreten, dass beispielsweise der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen oder nicht einsichts- und urteilsfähigen potentiellen Spenders gegen Entgelt auf sein Recht, einer Organentnahme zu widersprechen, verzichtet. Nach dem KAKuG hätte dies keine nachteiligen Folgen, wohl aber wird eine solche Vereinbarung sittenwidrig sein.³⁹⁵ Gewinnorientierte Geschäfte mit von Lebenden entnommenen Organen oder Geschäfte zu anderen Zwecken als zur Transplantation fallen nicht unter den Regelungsbereich des § 62a KAKuG.³⁹⁶

Ein internationales Problem stellt der Organhandel dar. Fraglich ist, ob und wie der nationale Gesetzgeber wirksame Maßnahmen zur Vorbeugung setzen kann.³⁹⁷ Auf internationaler Ebene gibt es einige Dokumente, die Organhandel ausdrücklich verbieten: die „Convention on human rights and biomedicine“³⁹⁸, das „Additional protocol to the convention concerning transplantation of organs and tissues of human origin“³⁹⁹, die „Guiding principles“ der WHO⁴⁰⁰, die „Recommendations“⁴⁰¹ und die Qualitätsrichtlinien des Europarates⁴⁰². Auf nationaler Ebene ist das Verbot des Organhandels ebenfalls weit verbreitet. In Österreich und den anderen Eurotransplantländern ist die Organversorgung relativ gut, das System der Transplantationen transparent und Organhandel daher eher unwahrscheinlich. Das Problem des

³⁹³ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 153.

³⁹⁴ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 152.

³⁹⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 260.

³⁹⁶ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 154.

³⁹⁷ *Weber*, Transplantationsrecht, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen 13 (16).

³⁹⁸ *Europarat*, Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, 1999.

³⁹⁹ *Europarat*, Additional protocol to the convention concerning transplantation of organs and tissues of human origin, 2002.

⁴⁰⁰ *World Health Organisation*, 1991 Guiding principles on human organ transplantation.

⁴⁰¹ *Europarat*, Recommendation (2004) 19.

⁴⁰² *Europarat*, „Guide to safety and quality assurance for the transplantation of organs, tissues and cells“, 3rd edition 2006.

Organtourismus bleibt jedoch: Manche Patienten schätzen ihre Chancen, ein Organ zu erhalten, in ihrem Herkunftsland derart schlecht ein, dass sie sich im Ausland auf die Suche nach einem geeigneten Spenderorgan machen. Dabei handelt es sich oft um Nieren von Lebendspendern, wobei der Spender einen Geldbetrag als Gegenleistung erhält, der noch dazu meist sehr gering ist. Die Transplantation findet in solchen Fällen idR im Herkunftsland des Spenders statt. Eine bestmögliche Versorgung mit Spenderorganen wird angestrebt und gefördert, da illegale Transplantationen im Ausland auf diese Weise am besten verhindert werden können. Möglicherweise wären verstärkte Bemühungen der europäischen Politik in diesem Bereich sinnvoll und zielführend.⁴⁰³

10. Schweigepflichten

Viele Berufe unterliegen einer gesetzlichen Schweigepflicht. So haben Ärzte die Schweigepflicht des Ärztegesetzes, Krankenpfleger jene des Krankenpfliegergesetzes, Psychologen jene des Psychologengesetzes etc zu beachten. Außerdem sieht § 9 KAKuG iVm der jeweiligen landesrechtlichen Vorschrift⁴⁰⁴ die – auch auf die Person des Spenders bzw des Empfängers bezogene⁴⁰⁵ – Schweigepflicht für alle bei Krankenanstalten beschäftigten oder in Ausbildung stehenden Personen vor.⁴⁰⁶ § 62b KAKuG regelt ebenfalls die Schweigepflicht betreffend Spender und Empfänger eines Organs. Diese Regelung kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn keine andere dienstrechtliche Vorschrift besteht.⁴⁰⁷ In der Praxis ist sie daher etwa von Verwaltungsangestellten zu beachten.⁴⁰⁸ Angaben über Organspender und Organempfänger sind von den standesrechtlichen Normen bezüglich der Geheimhaltung mitumfasst. *Kopetzki* erläutert den Ansatz, § 62b KAKuG als „transplantations-spezifische lex specialis“ anzuwenden. Aber auch er kommt zu dem Ergebnis, dass alle in einer Krankenanstalt beschäftigten Personen die Verschwiegenheitspflicht un-

⁴⁰³ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2006, 88.

⁴⁰⁴ § 30 Abs 1 bgl d KAG, § 32 Abs 1 krnt K-KAO, § 20 Abs 1 nö KAG, § 20 Abs 1 oö KAG, § 34 Abs 1 sbg SKAG, § 12 Abs 1 stmk KALG, § 14 Abs 1 tir KAG, § 45 Abs 1 vlbG Spitalgesetz, § 16 Abs 1 wr KAG.

⁴⁰⁵ § 9 Abs 1 letzter Satz KAKuG.

⁴⁰⁶ Durch diese Bekräftigung soll dem Ziel der in den Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP, 3 geforderten „vollen Anonymität“ Rechnung getragen werden.

⁴⁰⁷ ZB § 54 Abs 1 ÄrzteG 1998, § 6 Abs 1 GuKG.

⁴⁰⁸ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 154f.

bedingt zu beachten haben, unabhängig davon, welcher gesetzlichen Bestimmung sie unterliegen.⁴⁰⁹

Der Organempfänger hat gemäß § 26 DSG das Recht auf Auskunft. Laut § 9 Abs 1 KAKuG ist jedoch sowohl die Identität des Spenders als auch die des Empfängers dem jeweils anderen, sowie gesetzlichen Vertretern oder Angehörigen gegenüber anonym zu halten.⁴¹⁰ Sollte der Name des Spenders in der Krankengeschichte des Organempfängers aufscheinen, so ist dieser zu tilgen, bevor der Patient bzw sein gesetzlicher Vertreter Einsicht in die Krankengeschichte erhält.⁴¹¹

Schwieriger zu beurteilen ist, ob dem gesetzlichen Vertreter des Organspenders die vorgenommene Organentnahme verschwiegen werden darf. Die Ausführungen zu § 9 Abs 1 KAKuG in der RV 969 BlgNR 15 GP, 3 lassen diese Annahme jedoch zu.⁴¹² Die Regierungsvorlage betont die „volle Anonymität“ von Spender und Empfänger, die jedenfalls gewahrt werden muss.⁴¹³ Auch zeitlich ist die Verschwiegenheitspflicht nicht begrenzt, sie ist also auch nach dem Tod des Patienten zu beachten. Die Information der Angehörigen über eine vorgenommene Organentnahme ist nur gestattet, wenn der Verstorbene dazu seine ausdrückliche Zustimmung erteilt hat oder dies dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen nicht widerspricht.⁴¹⁴

11. Dokumentation

Ein allfälliger Widerspruch zur Organentnahme ist in der Krankengeschichte des Patienten zu vermerken.⁴¹⁵ Dies wurde 1993 mit dem neu eingeführten § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG gesetzlich abgesichert.⁴¹⁶ Vor Aufnahme dieser Regelung wurde häufig kritisiert, die behandelnden Ärzte würden die Kenntnisnahme eines Widerspruches verhindern. Um die Rechte der Patienten zu stärken, sind die behandelnden Ärzte

⁴⁰⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 214ff.

⁴¹⁰ *Etzl*, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl* (Hrsg), *Ware Mensch*, 27 (32).

⁴¹¹ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 155; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 218.

⁴¹² *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 219.

⁴¹³ RV 969 BlgNR 15 GP, 3.

⁴¹⁴ § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG 1998, siehe auch OGH 25. 5. 1984, 1 Ob 550/84 in JBl 1985, 159 (161).

⁴¹⁵ § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG iVm §16 Abs 7 Z 2 bgl KAG, § 34 Abs 9 krnt K-KAO, § 21 Abs 1 lit e nÖ KAG, § 21 Abs 1 Z 2 lit e oÖ KAG, § 35 Abs 2 Z 9 sbg SKAG, § 13 Abs 1 Z 7 stmk KALG, § 15 Abs 1 lit h tir KAG, § 48 Abs 4 vlbG Spitalgesetz, § 17 Abs 1 lit f wr KAG.

⁴¹⁶ Änderung des Krankenanstaltengesetzes BGBl 1993/801.

(auch mobile Entnahmeteams) verpflichtet, die Krankengeschichte einzusehen und einen allfälligen dort vermerkten Widerspruch zu berücksichtigen.⁴¹⁷ Eine Entnahme wird in der Krankengeschichte des Organspenders festgehalten und wie erstere 30 Jahre aufbewahrt.⁴¹⁸ Genauere Vorschriften über den Umfang der Dokumentation finden sich in den landesgesetzlichen Regelungen.⁴¹⁹

Auch in der Krankengeschichte des Organempfängers ist die Transplantation zu vermerken.⁴²⁰ Die Krankengeschichte wird vom behandelnden Arzt geführt, nur sonstige Leistungen, wie pflegerische oder psychologische Dienste, werden von der jeweils verantwortlichen Person in die Krankengeschichte eingetragen.⁴²¹ Gemäß § 5a KAKuG iVm der jeweiligen landesgesetzlichen Regelung⁴²² haben die Patienten das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte. Dieses Recht ist aus zivilrechtlicher Sicht ein Nebenanspruch aus dem Behandlungsvertrag.⁴²³ Sowohl die Dokumentationspflicht als auch das Einsichtsrecht sind auch in § 51 Abs 1 ÄrzteG festgehalten.

Auf bundesweiter Ebene dokumentiert das Österreichische Bundesinstitut für Gesundheitswesen (ÖBIG), das in die Gesundheit Österreich GmbH (GÖG) eingegliedert wurde, das Transplantationsgeschehen in Österreich. Dabei stützt ÖBIG sich vor allem auf Informationen von Eurotransplant und den Transplantationszentren. Durch die umfassende Aufarbeitung der Daten lassen sich gerade in diesem sensiblen und kostenaufwändigen Bereich Analysen erstellen, die eine rasche Verbesserung und Anpassung an sich ändernde Umstände möglich machen: Änderungen im Widerspruchsverhalten der Bevölkerung sowie Mängel bei der Versorgungssituation werden durch die Analysen besser sichtbar.⁴²⁴

⁴¹⁷ Aigner, Organentnahmen bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119 (119).

⁴¹⁸ § 10 Abs 1 Z 6 KAKuG.

⁴¹⁹ § 17 Abs 1 lit d, Abs 2 wr KAG, § 48 Abs 3 vlbG Spitalgesetz, § 15 Abs 1 lit c, Abs 3 tir KAG, § 13 Abs 1 Z 3 stmk KALG, § 35 Abs 5 sbg SKAG, § 21 Abs 1 Z 4 oö KAG, § 21 Abs 1 lit e nö KAG, § 34 Abs 8 krnt K-KAO, § 16 Abs 6 bgl KAG.

⁴²⁰ Vgl § 34 Abs 8 krnt K-KAO, § 13 Abs 1 Z 2 lit a stmk KALG, § 17 Abs 1 lit b wr KAG.

⁴²¹ § 10 Abs 3 KAKuG iVm der jeweiligen landesrechtlichen Vorschrift (§ 16 Abs 9 bgl KAG, § 34 Abs 3 krnt K-KAO, § 21 Abs 2 nö KAG, § 21 Abs 2 oö KAG, § 35 Abs 3 sbg SKAG, § 13 Abs 3 stmk KALG, § 15 Abs 2 tir KAG, § 48 Abs 5 vlbG Spitalgesetz, § 17 Abs 7 wr KAG).

⁴²² § 35 bgl KAG, § 23 lit p krnt K-KAO, § 16b Z 1 nö KAG, § 28 Abs 2 Z 1 oö KAG, § 21 Abs 1 Z 1 sbg SKAG, § 6a Abs 2 lit f stmk KALG, § 9a Z 1 tir KAG, § 30 Abs 2 lit e vlb Spitalgesetz, § 17a Abs 2 lit g wr KAG.

⁴²³ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 158.

⁴²⁴ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 33.

12. Widerspruch gegen eine Entnahme

12.1 Allgemeines

Wie oben bereits erläutert⁴²⁵, hat sich der österreichische Gesetzgeber dafür entschieden, Organentnahmen prinzipiell zu erlauben, außer es liegt ein Widerspruch des potentiellen Spenders vor. Wie schon dargelegt, dürfen nach dem österreichischen Gesetz „einzelne Organe“ entnommen werden, wobei sich die Lehre einig ist, dass unter diesem Begriff jedenfalls mehr als nur ein einziges Organ zu verstehen ist.⁴²⁶ Daher ist jeder Verstorbene potentieller Spender von mehreren Organen, also Multiorganspender. Der Arzt muss rein rechtlich weder das Vorliegen einer Zustimmung überprüfen, noch die Angehörigen befragen⁴²⁷, diese werden in praxi jedoch sogar um ihre Zustimmung gebeten. Obwohl es von Gesetzes wegen nicht verlangt wird, wird den Angehörigen in einem persönlichen Gespräch der momentane Zustand des Verstorbenen (beatmet und hirntot) erklärt und die Möglichkeit einer Organspende näher gebracht. Dieses Gespräch endet in 96-97 Prozent der Fälle mit einer Zustimmung zur Vornahme einer Organentnahme. Sollten sie eine Entnahme ablehnen, wird dieser Wunsch respektiert.⁴²⁸

Kalchschmid/Barta lesen aus den Ausführungsgesetzen der Länder eine Verpflichtung der Krankenanstalt, die Angehörigen eines Sterbenden darüber zu informieren, dass der Patient post mortem Organspender werden soll: Sollte sich der Zustand eines Patienten drastisch verschlechtern, so ist den Angehörigen auch außerhalb der Besuchszeiten ein Besuchsrecht zu gewähren.⁴²⁹ Daher müssen sie über den Gesundheitszustand des Sterbenden informiert werden. Nach *Kalchschmid/Barta* umfasst dies auch die Information über das Schicksal des Patienten als Organspender.⁴³⁰ ME ist aber eine geplante Organentnahme (nach dem Tode des Patienten) nicht mit dem (aktuellen) Gesundheitszustand gleichzusetzen, daher besteht keine Verpflichtung zur Information über eine mögliche Organspende. Aller-

⁴²⁵ Siehe oben Kap D. II.

⁴²⁶ Kap D. III. 3.

⁴²⁷ Dieser Umstand wird vielfach kritisiert, *Posch* bezeichnet ihn sogar als Missachtung der Persönlichkeitsrechte der Angehörigen: *Posch* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, § 16, Rz 50.

⁴²⁸ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

⁴²⁹ ZB § 9a Z4 und 9 tir KAG.

⁴³⁰ *Kalchschmid/Barta*, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Bar-ta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (18, FN 16).

dings könnte eine solche Information hilfreich für die Angehörigen sein, vor allem, wenn es sich um den gesetzlichen Vertreter eines nicht einsichts- und urteilsfähigen Patienten handelt, der – wie unten näher ausgeführt⁴³¹ – nur vor dem Tod des Betroffenen einer Organentnahme widersprechen kann und sich dessen vielleicht nicht bewusst ist. Zu bedenken bleibt, dass es sich hierbei um ein höchstpersönliches Recht handelt, das – streng genommen – nicht durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden kann.⁴³² Trotzdem muss man auch hier klar zwischen Aufklärung über die Widerspruchsmöglichkeiten und Information über den Gesundheitszustand unterscheiden. Die Bestimmung als Organspender kann nicht unter den Gesundheitszustand des Patienten subsumiert werden. Nachdem sich der behandelnde Arzt nicht um die Zustimmung des Patienten zu einer Entnahme bemühen muss, sollte dem Patienten auf andere Art und Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, aus religiösen, philosophischen oder anderen Gründen, eine Organentnahme abzulehnen. In Österreich wird diesem Gedanken durch die Widerspruchslösung Rechnung getragen. Da dieser Widerspruch absolut bindend ist und eine Entnahme bei Vorliegen eines Widerspruches rechtswidrig wäre, kann sich der Patient auf die Wahrung seiner Interessen verlassen.⁴³³

12.2 Widerspruchsberechtigte

Der Widerspruch zur Organentnahme kann vom Organspender selbst oder vom gesetzlichen Vertreter stammen, wichtig ist nur, dass er vor Ableben des Patienten verfasst wurde. Bevollmächtigte Rechtsanwälte und gewillkürte Vertreter haben kein Widerspruchsrecht.⁴³⁴ Ob ein Widerspruch des Verstorbenen wirksam ist, ist nach zivilrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen.⁴³⁵ In diesem Fall handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung, die rechtzeitig, also vor Ableben des Betroffenen, geäußert werden muss. Ausschlaggebend für die Gültigkeit ist die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Widersprechenden⁴³⁶, die nicht an die Altersgren-

⁴³¹ Kap D. III. 12.4.

⁴³² Siehe unten Kap D. III. 12.2.

⁴³³ StProtNR 15. GP, 11623.

⁴³⁴ *Margreiter*, Die Widerspruchslösung zur Regelung von Organentnahmen in Österreich aus der Sicht eines Transplantationschirurgen, *Ethik Med* 1992/4, 185 (186).

⁴³⁵ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 91.

⁴³⁶ Das wird auch im Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Umweltschutz betont; AB 1089 BlgNR 15. GP, 1.

zen der Geschäftsfähigkeit des Zivilrechts gebunden ist.⁴³⁷ Entscheidend ist, ob der (möglicherweise noch minderjährige) Patient die Bedeutung und Tragweite des Widerspruches erkennen und gemäß seiner Einschätzung der Dinge handeln kann. Diese natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt häufig bei psychisch Kranken, geistig Behinderten oder Minderjährigen. Ob und inwieweit Erklärungen einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger gültig sind, wird nach bürgerlichem Recht entschieden. Dieses unterscheidet zwischen Kindern (bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres), unmündigen Minderjährigen (bis zum 14. Lebensjahr) und mündigen Minderjährigen (bis zur Vollendung des 19. Lebensjahres).⁴³⁸ Auch *Edlbacher* weist darauf hin, dass die Beurteilung des einzelnen Patienten und des konkreten Eingriffes ausschlaggebend ist, der individuelle geistige Zustand müsse im Einzelfall überprüft werden.⁴³⁹ Die Überprüfung der nötigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit nimmt nicht nur jede Menge Zeit in Anspruch, sondern gestaltet sich auch äußerst schwierig. *Kopetzki* geht dabei davon aus, dass die Äußerung des Widerspruches ein Indiz dafür ist, dass der Patient sich soweit mit dem Thema auseinandergesetzt hat, dass er die Bedeutung seines Willensaktes beurteilen kann.⁴⁴⁰

Bei Erwachsenen ist die nötige Einsichtsfähigkeit idR zu vermuten, es sei denn, es liegt eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung vor. Minderjährige ab dem 14. Lebensjahr sind in der Regel ebenfalls einsichtsfähig. Bei unmündigen Minderjährigen, psychisch Kranken und geistig Behinderten muss die Einsichtsfähigkeit im Einzelfall in Bezug auf die Organentnahme überprüft werden.⁴⁴¹ Unter Hinweis auf den Zeitaufwand, der für eine solche Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vonnöten ist, fordern manche die gesetzliche Festlegung der Widerspruchsmöglichkeit ab dem 14. Lebensjahr.⁴⁴² Nach heutiger Rechtslage muss ein volljähriger, eigenberechtigter Patient selbst widersprechen. Vor allem bei sehr jungen aber bereits volljährigen Patienten, die einer Entnahme nicht widersprochen haben, würde die Situation als unerträglich empfunden werden, da der Patient selbst keinen Widerspruch mehr abgeben kann und auch der vehementeste Widerspruch

⁴³⁷ *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 54ff; *Foregger/Fabrizy*, Strafgesetzbuch. Kurzkommentar⁹, Wien 2006, § 110 StGB, Rz 1a; *Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365 (370).

⁴³⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 54ff.

⁴³⁹ *Edlbacher*, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365 (370).

⁴⁴⁰ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 227f.

⁴⁴¹ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 94.

⁴⁴² *Hohmann*, Das Transplantationswesen, 151.

der Angehörigen ungehört bleiben müsste. ME ist die gängige Praxis, die Angehörigen aufzuklären und ihren Widerspruch zu akzeptieren, daher gerade in solchen Fällen zu begrüßen.

Im Falle der fehlenden Einsichtsfähigkeit kann der gesetzliche Vertreter des betroffenen Patienten den Widerspruch zur Organentnahme erklären. Die gesetzliche Vertretung kann sowohl von Eltern (für Kinder), Vormündern (für Minderjährige) oder Sachwaltern (für psychisch Kranke bzw geistig Behinderte) wahrgenommen werden.⁴⁴³ Andere Personen haben – selbst wenn sie Angehörige sind – kein Widerspruchsrecht.⁴⁴⁴ Sollte ein einsichtsfähiger, aber nicht eigenberechtigter Patient einen Widerspruch äußern, so geht dieser der gegensätzlichen Willensäußerung seines gesetzlichen Vertreters vor.⁴⁴⁵ Allein die Tatsache, dass jemand gesetzlich vertreten wird, schließt das Widerspruchsrecht des Vertretenen nicht aus. Da es sich um ein Persönlichkeitsrecht handelt⁴⁴⁶, kann der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters eine Willenserklärung des Vertretenen nicht ausschließen.⁴⁴⁷ Als Persönlichkeitsrecht kann das Recht zu widersprechen grundsätzlich nicht von der Person gelöst werden.⁴⁴⁸ Daher können höchstpersönliche Rechte nicht durch einen Sachwalter oder den gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden. Vergleichbar ist die vorliegende Situation mit der Verfügung über den eigenen Nachlass: Auch hier handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht mit Wirkung nach dem Tod der Person, das nicht durch Sachwalter oder gesetzliche Vertreter ausgeübt werden kann.⁴⁴⁹ Ebenso kann ein solcher Vertreter nicht über das Schicksal des Leichnams verfügen. Trotzdem findet man etwa bei der ärztlichen Behandlung von Minderjährigen ein Stellvertretungsrecht für die gesetzlichen Vertreter. Heilbehandlungen geschehen jedoch im Interesse des Vertretenen, während bei Organentnahmen kein Vorteil für den Spender zu erkennen ist.⁴⁵⁰ Daher handelt es sich bei einem Widerspruch des gesetzlichen Vertreters um keinen Vertretungsakt, seine Willensäußerung tritt viel eher kumulativ zu jener des Vertretenen hinzu.⁴⁵¹ Sollte also der Vertreter eines einsichtsfä-

⁴⁴³ Siehe §§ 144, 187, 273 ABGB.

⁴⁴⁴ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 95.

⁴⁴⁵ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 230.

⁴⁴⁶ *Aicher in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, § 16, Rz 29.

⁴⁴⁷ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 225f.

⁴⁴⁸ *Edlbacher*, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365 (369).

⁴⁴⁹ Vgl *Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, Österreichische Notariatszeitung 2001, 270 (271f).

⁴⁵⁰ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 94.

⁴⁵¹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 226.

higen Patienten einer Organentnahme widersprechen, so kann der Vertretene diesen Widerspruch wirksam widerrufen. Umgekehrt kann der gesetzliche Vertreter den Widerspruch des einsichtsfähigen Patienten nicht widerrufen.

Nach § 865 ABGB kann ein unmündiger Minderjähriger (ebenso wie ein psychisch Kranker oder geistig Behinderter) nur Geschäfte eingehen, die zu seinem bloßen Vorteil sind; nachdem der Widerspruch gegen eine Organentnahme jedoch niemals nachteilig für den Betroffenen sein kann, kann er auch von einem nicht einsichtsfähigen Patienten abgegeben werden.⁴⁵²

12.3 Widerruf des Widerspruchs

Im KAKuG finden sich keine Hinweise darauf, ob ein Widerspruch gegen Organentnahmen auch widerrufen werden kann. In einem solchen Fall soll nach den Normen des bürgerlichen Rechts vorgegangen werden.⁴⁵³ Nachdem es sich – wie oben dargestellt – um eine einseitige Willenserklärung handelt, ist ein solcher Widerruf möglich: Einseitige Willenserklärungen können dann widerrufen werden, wenn die Interessen des Erklärungsempfängers nicht verletzt werden.⁴⁵⁴ Da der Widerspruch lediglich die Rechtssphäre des Widersprechenden berührt, können durch den Widerruf keine schutzwürdigen Interessen anderer verletzt werden, daher ist er jederzeit möglich. Überdies geht aus den Materialien hervor⁴⁵⁵, dass der Gesetzgeber Organentnahmen fördern wollte, weshalb es nur gegen die Intention des Gesetzgebers sprechen kann, würde man den Widerruf einer Widerspruchserklärung für unzulässig erachten. Formal und inhaltlich sind dabei die gleichen Voraussetzungen vonnöten wie für den Widerspruch selbst.

⁴⁵² *Kopetzki* argumentiert, dass in der Praxis aufgrund der möglichen strafrechtlichen Konsequenzen und aus Gründen der Pietät wohl kaum ein Widerspruch wegen fehlender Einsichtsfähigkeit für rechtsunwirksam erklärt werden würde; *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 227f; Anderer Meinung: *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 95.

⁴⁵³ AB 1089 BlgNR 15.GP, 1.

⁴⁵⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 113; vgl § 860a ABGB.

⁴⁵⁵ AB 1089 BlgNR 15.GP.

12.4 Zeitpunkt des Widerspruches

Der Widerspruch gegen eine Organentnahme muss vor dem Ableben des Betroffenen erklärt werden. Der Verstorbene selbst kann natürlich nur zu Lebzeiten widersprechen, aber auch der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters muss vor dem Tod des Vertretenen erfolgen. Zu beachten ist dabei, dass nur der Erklärungsstatbestand des Widerspruchs vor dem Ableben verwirklicht sein muss, die Widerspruchserklärung muss den Ärzten jedoch nicht vor Todeseintritt vorliegen. Spätestens bis zu Beginn der Entnahme muss diese den behandelnden Ärzten aber zugekommen sein.⁴⁵⁶ Ein Widerspruch, der den Ärzten zu spät vorliegt, macht die bereits vorgenommene Entnahme nicht unzulässig.⁴⁵⁷ Auch in diesem Zusammenhang ist die genaue Festlegung des Todeszeitpunktes wichtig, da das Widerspruchsrecht des gesetzlichen Vertreters mit dem Tod des Patienten endet⁴⁵⁸, obwohl auch ein nach dem Todeseintritt geäußelter Widerspruch in aller Regel beachtet wird.⁴⁵⁹

12.5 Form und Inhalt des Widerspruches

Bei einem Widerspruch genügt die bloße Ablehnung einer Entnahme nicht, der darauf gerichtete Wille muss mittels Erklärung außenwirksam werden. Fehlt eine solche Erklärung, sind die Ärzte nicht verpflichtet, den wahren Willen des Verstorbenen zu ermitteln.⁴⁶⁰ Darüber hinaus ist bezüglich der Form des Widerspruchs gesetzlich nichts Genaueres festgelegt. Das einzige Kriterium, das sich auf den Erklärungsinhalt bezieht und zwingend gefordert wird, ist die Ausdrücklichkeit.⁴⁶¹ Darunter werden Erklärungen verstanden, die durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen (Nicken, Kopfschütteln etc) erfolgen.⁴⁶² Dagegen sind konkludente Erklärungen nicht beachtlich.⁴⁶³ Auch dann, wenn beispielsweise bekannt ist, dass der verstorbene Patient einer bestimmten Weltanschauung oder Religion angehört, die Organent-

⁴⁵⁶ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 231.

⁴⁵⁷ Der Widerspruch muss *im Zeitpunkt* der vorgesehenen Entnahme vorliegen; AB 1089 BlgNR 15. GP, 1.

⁴⁵⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 99; Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 231.

⁴⁵⁹ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

⁴⁶⁰ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 221.

⁴⁶¹ § 62a Abs 1 zweiter Satz KAKuG.

⁴⁶² Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 101.

⁴⁶³ Unterscheidung nach dem Zivilrecht; Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 101ff.

nahmen ablehnt, ist eine ausdrückliche Ablehnung von Explantationen nötig.⁴⁶⁴ Der Widerspruch kann sich auch auf einzelne Organe beziehen.⁴⁶⁵ Die Wahl der äußeren Form bleibt dem Widersprechenden überlassen.⁴⁶⁶ Ob schriftlich, mündlich oder unter Zuhilfenahme von technischen Geräten (Telefon etc) spielt keine Rolle. Möglich wäre beispielsweise, einen „negativen Spenderausweis“ mit sich zu führen, einen Vermerk in den Personalpapieren vornehmen zu lassen⁴⁶⁷, den Widerspruch im zentralen Widerspruchsregister aufnehmen zu lassen, den Widerspruch in einem Patiententestament zu verfügen oder den behandelnden Arzt persönlich zu informieren.⁴⁶⁸ Nach § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG müssen Widersprüche in die Krankengeschichte aufgenommen werden. Allerdings muss man darauf achten, dass die Erklärung in sinnvoller Weise abgegeben wird: Grundsätzlich steht dem im Testament vermerkten Widerspruch nichts im Wege, allerdings wird dieser den Ärzten zu spät vorliegen, da die Testamentseröffnung in der Regel nicht sofort nach Todeseintritt stattfindet.⁴⁶⁹ Die österreichische Regelung geht davon aus, dass das Schweigen des Verstorbenen bzw seines gesetzlichen Vertreters als Zustimmung gewertet werden kann. Aus zivilrechtlicher Sicht hat Schweigen eigentlich keinen Erklärungswert⁴⁷⁰ und gilt auch nicht als Zustimmung⁴⁷¹, es sei denn, es besteht die Pflicht zum Widerspruch, wie nach § 62a KAKuG.⁴⁷² Nachdem ein Aktivwerden jener Personen, die Organexplantationen ablehnen, verlangt wird, muss die Bevölkerung umfassend informiert werden.⁴⁷³

Das Österreichische Bundesinstitut für Gesundheitswesen (ÖBIG) führt das EDV-unterstützte Widerspruchsregister und bietet auch eine Fülle an Informationen rund um das Thema Organtransplantationen. Seit 2004 gehört die Führung des Widerspruchsregisters zu den gesetzlichen Aufgaben des Instituts.⁴⁷⁴ Das ÖBIG stellt sowohl ein Widerspruchsformular als auch ein Formular zur Widerrufung des Wider-

⁴⁶⁴ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 100.

⁴⁶⁵ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 236.

⁴⁶⁶ § 883 ABGB.

⁴⁶⁷ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 234.

⁴⁶⁸ Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (19).

⁴⁶⁹ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 234.

⁴⁷⁰ Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 103f.

⁴⁷¹ Grundsätzlich ist Schweigen nicht als Zustimmung zu werten, eine Ausnahme sah der OGH in seinem Urteil vom 14. 3. 1974, 6 Ob 37/74 in JBl 1974, 373 (373f).

⁴⁷² Kalchschmid, Die Organtransplantation, 101, Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, 103.

⁴⁷³ Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage, ÖJZ 1984, 289. (290).

⁴⁷⁴ BGBl I 2004/35.

spruches zur Verfügung. Für Kinder und Minderjährige müssen die Formulare vom gesetzlichen Vertreter ausgefüllt werden.⁴⁷⁵ Durch dieses Register soll verhindert werden, dass Organe entnommen werden, weil die Ärzte behaupten, es sei ihnen kein Widerspruch vorgelegen. Die Transplantationszentren haben sich verpflichtet, das Register vor jeder Entnahme auf einen allfälligen Widerspruch zu durchsuchen. Da jeder Zugriff elektronisch registriert wird, lässt sich auch im Nachhinein nachvollziehen, ob eine Abfrage stattgefunden hat, oder nicht. Daher ist das Widerspruchsregister auch bei Beweisfragen hilfreich. Zu beachten bleibt jedoch, dass der Patient trotz dieser nützlichen Einrichtung weiterhin die Möglichkeit hat, auf andere Weise zu widersprechen. Ende 2008 hatten sich fast 18.500 Personen im Widerspruchsregister eintragen lassen, darunter auch einige Personen aus dem Ausland.⁴⁷⁶

Der Widerspruch kann alle, aber auch nur bestimmte Organe umfassen, allerdings sind etwa 70 Prozent der Widersprüche allgemein gehalten.⁴⁷⁷ Es ist daher möglich, religiöse, philosophische sowie andere Wünsche bestmöglich zu berücksichtigen. Nicht möglich ist, den Widerspruch für den Fall auszusprechen, dass niemand aus einer bestimmten Personengruppe (zB aus der Familie) eines der Organe bedarf. Dies käme einer Diskriminierung aller anderen Personen, die auf ein Organ warten, gleich.⁴⁷⁸ Nimmt man die Widerspruchsmöglichkeit jedoch nicht wahr, dürfen die Transplantationsärzte Organe entnehmen. Mangels eindeutiger Regelung gilt dies grundsätzlich für sämtliche Organe. Folgt man jedoch der Meinung, dass nur zwei bis drei Organe entnommen werden dürfen, da der Gesetzgeber nur die Entnahme „einzelner Organe“ erlaubt⁴⁷⁹, müsste man für weitere Explantation das Vorliegen einer Zustimmungserklärung prüfen.⁴⁸⁰ Folglich läge in Wirklichkeit ein Gemisch aus Widerspruchs- und Zustimmungslösung vor. Solange sich der Gesetzgeber nicht entschließt, den Umfang von Organentnahmen zahlenmäßig zu beschränken, ist die Annahme, dass die Explantation von mehr als drei Organen im Rahmen der österreichischen Widerspruchsregelung nicht zulässig ist, abzulehnen. Sie führt nicht zu einer größeren Rechtssicherheit, sondern im Gegenteil zu einer

⁴⁷⁵ Die Widerspruchs- und Widerrufsformulare für Erwachsene und Kinder sind in Anhang 1 abgebildet;
<http://www.goeg.at/index.php?pid=produkteservicesdetail&service=9&smark=formular&noreplace=yes>
(letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁴⁷⁶ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 30f.

⁴⁷⁷ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

⁴⁷⁸ Vgl Barta, Rechtsdenken, in Köchler (Hrsg), Transplantationsmedizin, 89 (100).

⁴⁷⁹ Siehe oben Kap D. III. 3.

⁴⁸⁰ Vgl Hohmann, Das Transplantationswesen, 151.

komplexeren Situation als bisher. Vor allem der umfassenden Aufklärung der Bevölkerung wäre diese Lehre nicht dienlich.

12.6 Empfang der Widerspruchserklärung

Der ausdrückliche Widerspruch gegen eine Entnahme muss den Ärzten, die diese vornehmen würden, vorliegen.⁴⁸¹ Das heißt, er muss ihnen bekannt sein. Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob es zu einer tatsächlichen Kenntnisnahme kommen muss, oder ob die reine Möglichkeit dazu genügt. Im Gesetz finden sich hierzu keine näheren Angaben, allerdings betont der oben bereits erwähnte Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Umweltschutz im Zusammenhang mit der Rechtsgültigkeit von Erklärungen Minderjähriger den „Einklang mit dem bürgerlichen Recht“⁴⁸². *Kopetzki* und *Kalchschmid* schließen daraus, dass auch die Grundsätze des Erklärungszuganges aus dem Zivilrecht anwendbar sind.⁴⁸³ Gem § 862a ABGB gilt die Empfangstheorie, nach der eine Erklärung dann zugegangen ist, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt. Der Zugang der Erklärung liegt jedenfalls bei Kenntnisnahme vor, aber auch, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und dieser sich Kenntnis verschaffen könnte.⁴⁸⁴ Die Widerspruchserklärung muss sich also im Machtbereich der behandelnden Ärzte befinden, sodass diese unter normalen Umständen davon Kenntnis erlangen müssten. Die tatsächliche Kenntnisnahme spielt keine Rolle. Bestand die Möglichkeit, den Widerspruch wahrzunehmen und ist dies aus bestimmten Gründen unterblieben, ist eine Entnahme trotzdem unzulässig. Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf den Zugang der Erklärung beruft.⁴⁸⁵

Auf welche Art und Weise widersprochen wird, bleibt dem Patienten überlassen. Um sicher zu gehen, dass die Erklärung dem Arzt zur Kenntnis kommt, ist ein Eintrag im bereits erwähnten Widerspruchsregister empfehlenswert, dessen Abfrage für den Arzt verpflichtend ist. Der Gesetzgeber nämlich betrachtet den Widerspruch

⁴⁸¹ AB 1089 BlgNR 15.GP, 1.

⁴⁸² AB 1089 BlgNR 15.GP, 1.

⁴⁸³ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 105; *Kopetzki*, Organengewinnung zu Zwecken der Transplantation, 241f.

⁴⁸⁴ *Kozioł/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I³, 111f. *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ Wien 2000, § 862a, Rz 2; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005, § 862a, Rz 3.

⁴⁸⁵ *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 105f.

als vorliegend, wenn er in diesem Register dokumentiert ist.⁴⁸⁶ Aber auch mündliche und schriftliche Widerspruchserklärungen sind in der Krankengeschichte des Patienten zu vermerken und somit als vorliegend zu betrachten.⁴⁸⁷ Da im KAKuG jedoch keine weiteren Formerfordernisse festgehalten sind, könnte der Patient auch per Brief oder telefonisch widersprechen.⁴⁸⁸ Zu beachten ist jedoch, dass den behandelnden Arzt keine zeitraubende Nachforschungspflicht trifft.

Liegt vom Verstorbenen keine ausdrückliche Ablehnung gegen eine Entnahme vor, könnten seine Angehörigen behaupten, der Patient hätte ihnen gegenüber seinen Widerspruch geäußert. Nach *Kopetzki* fehlt es in diesem Fall sowohl an der Ausdrücklichkeit als auch am Vorliegen der Erklärung und es ist nur schwer ergründbar, ob die Behauptungen der Angehörigen den Willen des Verstorbenen oder ihren eigenen widerspiegeln. Solche Äußerungen seien unbeachtlich. Im Ergebnis sind mündliche Widersprüche nur dann von Bedeutung, wenn sie direkt gegenüber dem Arzt oder dem Pflegepersonal geäußert wurden.⁴⁸⁹ Zu bedenken ist jedoch, dass damit die Formlosigkeit des Widerspruches eingeschränkt wird. Obschon die Äußerungen in den meisten Fällen ein verlässliches Indiz für den wahren Willen des Verstorbenen sind, sind sie mit Vorsicht zu behandeln. Die Beachtlichkeit eines solchen „indirekten Widerspruches“ vom Ermessen des behandelnden Arztes abhängig zu machen, wäre unbillig und würde zu großer Rechtsunsicherheit führen. Da sich der Gesetzgeber im Zweifel für die Transplantation von Organen ausgesprochen hat (weshalb er auch das Vorliegen einer ausdrücklichen Widerspruchserklärung verlangt, sollte diese verhindert werden)⁴⁹⁰, sind solche Äußerungen mE de lege nicht zu berücksichtigen.⁴⁹¹ Wie erwähnt, wird dem Widerspruch der Angehörigen – obwohl er eigentlich unbeachtlich wäre – nachgekommen.

12.7 Information der Bevölkerung

Der österreichische Gesetzgeber hat sich zwar dazu durchgerungen, Organtransplantationen gesetzlich zu regeln, hat es jedoch unterlassen, auch für eine um-

⁴⁸⁶ § 62a Abs 1 dritter Satz KAKuG.

⁴⁸⁷ § 10 Abs 1 Z 8 KAKuG.

⁴⁸⁸ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 244f.

⁴⁸⁹ *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 245ff.

⁴⁹⁰ § 62 a Abs 1 dritter Satz KAKuG; StProtNR 15. GP, 11623.

⁴⁹¹ Kritisch dazu: *Posch* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, § 16, Rz 50.

fassende Information der Bevölkerung zu sorgen. Eine Informationspflicht lässt sich aus den Normen der österreichischen Widerspruchsregelung nicht ableiten.⁴⁹² Jeder Mensch, der sich nicht zu Lebzeiten gegen eine Organtransplantation ausspricht, ist potentieller Organspender. Da sich jedoch nur die wenigsten Menschen mit diesem Thema beschäftigen, weiß kaum jemand über die Notwendigkeit eines Widerspruchs Bescheid, der die körperliche Unversehrtheit nach dem Tode garantieren würde. Dadurch entsteht der Eindruck, die Unwissenheit der Bevölkerung würde bewusst in Kauf genommen – wenn nicht sogar genutzt – um möglichst viele Spenderorgane zu erhalten. Österreichweit haben sich bis Ende 2008 nur knapp 0,21 Prozent der Bevölkerung im Widerspruchsregister eintragen lassen.⁴⁹³

In den österreichischen Medien findet man vergleichsweise wenig Berichte oder Informationsbeiträge zum Thema Organtransplantation.⁴⁹⁴ Nur bei aufsehenerregenden Fällen, wie der Handtransplantation an Theo Kelz, sind das mediale Interesse und der Umfang der Berichterstattung wesentlich größer. Kaum Beachtung findet aber die rechtliche Komponente dieses Themenkreises. Eine kurz nach der Behandlung von Theo Kelz durchgeführte nicht repräsentative Umfrage unter insgesamt 29 Österreichern, ergab ua Folgendes: Die Befürwortung von Organtransplantationen an sich sowie der österreichischen Widerspruchslösung ist erstaunlich hoch. Trotzdem hält die Mehrheit der Befragten die österreichische Regelung für verbesserbar, da sollte auch die Lebendspende normiert werden. Die Akzeptanz von Multiorganspenden ist groß und das Hirntodkonzept ist als state of the art anerkannt. Interessanterweise stößt die Frage, ob Extremitäten ebenfalls transplantiert werden dürfen, auf recht viel Zuspruch, so befürworten viele, dass alle gesunden, transplantierbaren Organe inklusive der Gliedmaßen zur Verfügung stehen sollten. Allerdings sollte hierfür die Zustimmung des Betroffenen notwendig sein. Trotz allem wünscht sich die Mehrheit der in dieser Studie Befragten eine umfassendere Information der Bevölkerung und eine Reform der heutigen Rechtslage in Bezug auf Organtransplantationen, die auch die Informationspolitik in diesem Bereich verbessern sollte.⁴⁹⁵

⁴⁹² Kopetzki, Organgewinnung, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 60 (88).

⁴⁹³ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 30.

⁴⁹⁴ Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg), Die Herausforderung annehmen. Aufklärungsarbeit zur Organspende im Europäischen Vergleich, Köln 2000, 45.

⁴⁹⁵ Kirchebner, Rechtstatsachen zur Organtransplantation, in Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 75 (75ff).

Tatsächlich hat sich der 1991 gegründete Transplantations-Beirat der ÖBIG um die Information der Bevölkerung bemüht und mit Unterstützung von PR-Fachleuten einen Folder entworfen, der ua in Apotheken und bei praktischen Ärzten aufliegt. Allerdings musste man feststellen, dass dieser Folder nicht zum gewünschten Ergebnis führte und auch wiederkehrende Aufklärungsmaßnahmen wie Vorträge uÄ nicht sehr effektiv waren.⁴⁹⁶ Offensichtlich wird es in der österreichischen Bevölkerung – wie in vielen westlichen Staaten – vermieden, sich mit dem Thema der Transplantation auseinanderzusetzen, schließlich ist der Tod ein maßgeblicher Bestandteil dieser Thematik, der nur allzu gerne tabuisiert wird.

13. Rechtsfolgen unzulässiger Organentnahmen

13.1 Strafrechtliche Konsequenzen

Eine Organentnahme ist dann unzulässig, wenn die Voraussetzungen des § 62a KAKuG nicht gegeben sind. Primär muss in solchen Fällen geprüft werden, ob der Tatbestand der Störung der Totenruhe nach § 190 StGB vorliegt. Danach ist jemand, der „einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Toten einem Verfügungsberechtigten entzieht“ strafbar, es sei denn, die Tat sei durch das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 62a KAKuG gerechtfertigt. Ein hirntoter Patient fällt unter den Begriff des Leichnams iSd § 190 StGB.⁴⁹⁷ Organe, die entnommen werden, sind eindeutig als Teile des Leichnams zu definieren. Verfügungsberechtigt iSd § 190 StGB sind der Verstorbene selbst (der vor seinem Tod einer Organentnahme widersprechen kann), dessen nächste Angehörige sowie in seltenen Fällen die Gemeinde.⁴⁹⁸ Die Verfügungsberechtigung ist hierbei nicht im sachenrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern als Persönlichkeitsrecht, das das persönliche Pietätsempfinden der Angehörigen schützen soll und das hinter dem Verfügungsrecht des Verblichenen selbst zurücktritt.⁴⁹⁹ Grundsätzlich kann der Verstorbene zu

⁴⁹⁶ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

⁴⁹⁷ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 159.

⁴⁹⁸ Kalchschmid, Die Organtransplantation, 159; Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 107f; Brandstetter, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (92ff).

⁴⁹⁹ Brandstetter, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (92).

Lebzeiten über sein Schicksal nach dem Tode bestimmen.⁵⁰⁰ Hat er dies unterlassen, so soll aus den Umständen oder hypothetisch auf seinen Willen geschlossen werden. Nur wenn dies auch nicht möglich ist, entscheiden die nahen Angehörigen (unabhängig von ihrer Erbenstellung), was mit dem Leichnam geschehen darf.⁵⁰¹ Unter dem Begriff der nahen Angehörigen sind jene zu verstehen, die zuletzt die engste persönliche Bindung zum Verstorbenen hatten, daher kommt diese Stellung auch einem Lebensgefährten zu.⁵⁰² Hinterlässt der Verstorbene keine Angehörigen, ist die öffentliche Hand Verfügungsberechtigt.⁵⁰³

Wird der Leichnam oder werden Teile davon aus dem Machtbereich des Verfügungsberechtigten ohne dessen Zustimmung gebracht, ist das Tatbestandsmerkmal des „Entziehens“ erfüllt. Essentiell dabei ist, dass die Zugriffsmöglichkeit verhindert wird, sei es durch eine Ortsveränderung oder durch die Vereitelung des Zuganges beispielsweise durch Wegsperrungen. Entnimmt ein Arzt als nicht verfügungsberechtigte Person ein Organ ohne Zustimmung der nahen Angehörigen zum Zwecke der Transplantation, so handelt er tatbestandsmäßig im Sinne des § 190 StGB. Wie bereits erwähnt, besteht bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 62a KAKuG ein Rechtfertigungsgrund. Ist die Handlung nicht gerechtfertigt, bedroht § 190 StGB die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Störung der Totenruhe mit bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen.

Jedenfalls nach § 190 StGB strafbar wäre beispielsweise eine Entnahme zu pharmazeutischen Zwecken, die nicht durch die Zustimmung des Spenders gedeckt ist. Dieser Fall ist durch das KAKuG nicht gedeckt und ist in Ermangelung eines Rechtfertigungsgrundes als rechtswidrig einzustufen. Eine nicht durch die Zustimmung des Verfügungsberechtigten gerechtfertigte Entnahme erfüllt also grundsätzlich den Tatbestand des § 190 StGB. Die Rechtswidrigkeit und folglich auch die Strafbarkeit nach dem StGB kann durch die Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen des § 62a KAKuG beseitigt werden. Umgekehrt kann eine beispielsweise aufgrund der Zustimmung des Spenders nicht nach § 190 StGB strafbare Handlung dennoch nach § 62c

⁵⁰⁰ Vgl OGH 27. 10. 1999, 7 Ob 225/99k.

⁵⁰¹ OGH 6. 12. 1972, SZ 45/133.

⁵⁰² § 72 StGB.

⁵⁰³ Nach 16 (2) slbg Leichen- und Bestattungsg 1986 hat die Gemeinde die Wahl, entweder eine Bestattung zu veranlassen, oder den Leichnam einem anatomischen Institut zu überlassen.

KAKuG strafbar sein (siehe gleich unten). Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der beiden Vorschriften sind also selbständig zu prüfen.⁵⁰⁴

13.2 Subsidiäre Strafbarkeit nach dem KAKuG

§ 62a KAKuG knüpft an eine ganze Reihe von Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Entnahme von Organen gerechtfertigt ist. Jeder Verstoß gegen diese Norm wird sanktioniert. Sollte es sich um keine gerichtlich strafbare Handlung handeln, kommt die subsidiäre Norm des § 62c KAKuG zur Anwendung. Dabei ist zu beachten, dass nicht jedes Zuwiderhandeln gegen § 62a KAKuG ein tatbestandsmäßiges Handeln iSd § 190 StGB darstellt. Hat beispielsweise ein und derselbe Arzt sowohl die Entnahme als auch die Transplantation durchgeführt, kommt § 190 StGB nicht zur Anwendung. Sollte sich aber herausstellen, dass dieser Arzt voreilig den Tod festgestellt hat, kann es in weiterer Folge noch zu einem strafrechtlichen Verfahren wegen eines Tötungsdeliktes kommen.⁵⁰⁵ Nachdem die Strafbarkeit nach § 62c KAKuG subsidiär ist, greift sie nur im Falle des Nichtvorliegens einer der Strafbarkeitsvoraussetzungen nach dem StGB.⁵⁰⁶ Daher liegt eine mit einer Geldstrafe von € 2180 zu bestrafende Verwaltungsübertretung in folgenden Fällen vor:

Wenn

- der gesetzlich zugelassene Umfang der Organentnahme überschritten wird,
- die Organentnahme trotz vorliegendem Widerspruch durchgeführt wurde,
- die Leiche durch die Organentnahme pietätsverletzend verunstaltet wurde,
- die Organentnahme ohne vorhergehende Todesfeststellung gem § 62a Abs 2 Satz 1 KAKuG vorgenommen wurde,
- der den Tod feststellende Arzt die Entnahme bzw die Transplantation durchgeführt hat oder an einem dieser Eingriffe beteiligt war,
- das Organ an keiner der in § 62a Abs 3 KAKuG genannten Krankenanstalten entnommen wurde, oder
- gewinnorientierte Rechtsgeschäfte mit Organen oder Organanteilen abgewickelt wurden.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 269f.

⁵⁰⁵ Brandstetter, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (98).

⁵⁰⁶ Auch andere Straftatbestände wie etwa §§ 75ff StGB (Tötungs- und Körperverletzungsdelikte) können unter anderen Umständen (Entnahme vor Eintritt des Todes) in Betracht kommen.

⁵⁰⁷ Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 271.

Als Rechtfertigung für einen Verstoß gegen § 62a KAKuG können die Notstandsregelungen herangezogen werden. Eine Rechtfertigung durch den „rechtfertigenden, übergesetzlichen Notstand“⁵⁰⁸ kann nicht angenommen werden⁵⁰⁹, vereinzelt kann jedoch der entschuldigende Notstand von Bedeutung sein. Grundsätzlich hat der Gesetzgeber die Widerspruchsregelungen sehr klar und ausführlich formuliert. Dennoch kann es zu Situationen kommen, die aufgrund ihrer besonderen Umstände nicht bedacht werden konnten. So ist beispielsweise denkbar, dass ein dringend benötigtes Organ in einer Krankenanstalt entnommen wird, die nicht den Anforderungen des § 62a Abs 3 KAKuG entspricht. Handelt es sich wirklich um einen Notfall und wurden alle Möglichkeiten, die Entnahme doch in einer geeigneten Krankenanstalt zu entnehmen geprüft, so kann diese Vorgehensweise durch den entschuldigenden Notstand gerechtfertigt sein.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Darunter ist ein Rechtfertigungsgrund zu verstehen, der unter folgenden Voraussetzungen angewendet werden kann: Ein unmittelbar drohender, bedeutender Nachteil für ein Rechtsgut wird durch das einzig mögliche Mittel gerettet. Der Eingriff ist angemessen, das gerettete Gut ist höherrangig als das geopfert. Der Täter handelt im Bewusstsein, dass diese Notstandsvoraussetzungen vorliegen. *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil¹³, Wien 2009, 58ff, Rz 1ff.

⁵⁰⁹ Näher dazu *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 271f; *Kalchschmid*, Die Organtransplantation, 160.

⁵¹⁰ *Brandstetter*, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen, 90 (100).

E. Die britische Rechtslage

I. Rechtsentwicklung

1. Anfänge der Transplantationschirurgie und rechtliche Probleme

Bereits Ende des 18. Jahrhunderts experimentierte der britische Chirurg John Hunter mit der Verpflanzung von Körperteilen. 1778 gelang es ihm, den Sporn eines Hahnes abzutrennen und neben dessen Kamm einzupflanzen. Später spezialisierte er sich auf die Verpflanzung menschlicher Zähne, wobei er einerseits Zähne von kürzlich Verstorbenen verwendete und andererseits solche von Kindern, die gerade bleibende Zähne bekommen hatten. Er erkannte bereits, dass das Gelingen einer Transplantation davon abhängig ist, ob die Größe des Transplantats angemessen ist und das zu transplantierende Gewebe möglichst „frisch“ ist. Als sich später herausstellte, dass durch die in Mode gekommene Transplantation von Zähnen teilweise auch tödliche Krankheiten verbreitet wurden, leugnete er den Zusammenhang und jegliches Versäumnis.⁵¹¹

Da Hunter und viele seiner Kollegen ihre Transplantationsexperimente und andere medizinische Forschungen an gestohlenen Leichnamen durchführten, gab es schon bald großen Handlungsbedarf. Anfang des 19. Jahrhunderts wurde der Raub von Toten zu einem großen Problem, das die Öffentlichkeit zunehmend beschäftigte.⁵¹² Daher gab es in Großbritannien im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten schon relativ früh eine festgeschriebene Regelung im Bereich der Transplantationen. Der Anatomy Act von 1832 war eine Reaktion auf die Verfolgung der beiden „body snatchers“ (Körperräuber) namens Burke und Hare. In Wahrheit hatten diese niemals ein Grab ausgeraubt, sondern zeigten sich gastfreundlich gegenüber Hilfesuchenden, um diese im Schlaf zu ermorden. Die Körper verkauften sie an die medi-

⁵¹¹ Richardson, Human dissection and organ transplantation in historical context, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation: An Evidence Base for Practice*, Maidenhead 2007, 4 (11ff).

⁵¹² Richardson, Human dissection and organ transplantation, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation*, 4 (14ff).

zinischen Institute in Edinburgh. Dieser Fall löste enorme Angst in der Bevölkerung aus und beschleunigte die Fertigstellung des Anatomy Acts 1832.⁵¹³ Dieses Gesetz ermöglichte es, den eigenen Körper mittels Erklärung nach Todeseintritt der medizinischen Wissenschaft zu Verfügung zu stellen.

Mehr als ein Jahrhundert später entwickelte sich dieser Bereich schließlich durch den Corneal Grafting Act von 1952 weiter. Danach konnte jedermann seine Augen nach dem Tod für therapeutische Zwecke spenden. Die erste umfassende Regelung der Organtransplantation fand sich im Human Tissue Act aus dem Jahre 1961 (HT Act 1961), der den Corneal Grafting Act ersetzte.⁵¹⁴ Dabei handelt es sich um eines der ersten Transplantationsgesetze.⁵¹⁵ Es regelte die Transplantation von Organen Verstorbener. Der Human Organ Transplants Act regelte ab 1989 überdies die Lebendspende.⁵¹⁶ Er beinhaltete auch ein Verbot des kommerziellen Organhandels.⁵¹⁷ Nach In-Kraft-Treten des Human Tissue Acts 1961 erfuhr die britische Transplantationsmedizin einen enormen Aufschwung: 1967 wurde das erste Herz transplantiert, 1986 gelang die Übertragung von Herz, Lunge und Leber.⁵¹⁸ Nachdem die Regelungen des Human Tissue Acts 1961 bis 2006 in Geltung blieben, sollen diese nun kurz vorgestellt und die wichtigsten Probleme herausgegriffen werden, damit die Verbesserungen durch die spätere Rechtsentwicklung besser erkennbar werden.

Nach dem Human Tissue Act 1961 war die britische Lösung der Leichenspende genau genommen eine Mischung aus Zustimmungs- und Widerspruchslösung. Nach Section 1 par 1 HT Act 1961 konnte man schriftlich, oder im Beisein zweier Zeugen auch mündlich, einer Organentnahme zustimmen. Eine schriftliche Zustimmung bedurfte dabei keiner besonderen Form, eine mitgeführte Notiz war also ausreichend.⁵¹⁹ Die mündliche Erklärung konnte nur während der „letzten Krankheit“ (*du-*

⁵¹³ *Richardson*, Human dissection and organ transplantation, in *Sque/Payne* (Hrsg), Organ and Tissue Donation, 4 (15f).

⁵¹⁴ *McHale/Fox/Murphy*, Health Care Law: Text, Cases and Materials, London 1997, 897.

⁵¹⁵ *Kloth*, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme. Juristische Probleme aus rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt 1996, 187.

⁵¹⁶ *McHale/Fox/Murphy*, Health Care Law, 897.

⁵¹⁷ Weiterführend: *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law: Text and Materials², London 2007, 1101, 1150f.

⁵¹⁸ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices. The Law on Human Organs and Tissue in England and Wales. A Consultation Report, 2002, 105, Rz 13.1.

⁵¹⁹ *Kennedy/Grubb*, Principles of Medical Law, Oxford 1998, 807, Rz 15.28.

ring his last illness) abgegeben werden.⁵²⁰ Dies gab Anlass zur Kritik, schließlich sollte die Möglichkeit zur Zustimmung im Hinblick auf den Mangel von Spenderorganen möglichst einfach gestaltet werden. Im Act fand sich überdies kein Hinweis darauf, welches Alter der Patient erreicht haben muss, um eine Zustimmungserklärung abgeben zu können.⁵²¹

Nach dem Ableben konnte die Person, die im rechtmäßigen Besitz des Körpers des Verstorbenen war (*person lawfully in possession of the body*), im Sinne dieses Wunsches die Organentnahme erlauben, es sei denn, es gab Zweifel an der tatsächlichen Zustimmung des Verstorbenen, oder nahe Angehörige lehnten eine Entnahme ab. Teilweise entstand dadurch der Eindruck, als würden die Interessen und Wünsche der nächsten Angehörigen (die meist als *person in lawful possession* agierten) mehr Berücksichtigung finden, als jene des Verstorbenen.⁵²² Sollte der Verstorbene nicht geschäftsfähig gewesen sein, oder sollten sich Zweifel diesbezüglich ergeben, konnte diese Person eine Entnahme trotzdem zulassen, sofern kein Verdacht bestand, der Patient hätte eine solche abgelehnt. Auch bei fehlender Zustimmungserklärung konnte die verfassungsberechtigte Person einer Organentnahme zustimmen oder einer aufgrund mangelnder Zustimmungsfähigkeit beanstandeten Erklärung durch eine Unterschrift Gültigkeit verleihen.⁵²³

Die Auslegung, wer als *person lawfully in possession* in Frage kommen könnte, bereitete Schwierigkeiten, diesbezüglich gab es nämlich keinerlei Hinweise, sondern lediglich Vermutungen und Interpretationen. Die britischen Gerichtshöfe haben erkannt, dass der menschliche Körper grundsätzlich nicht Gegenstand von Eigentumsrechten sein kann. Nur in seltenen Ausnahmefällen, wie gerichtsmedizinischen Untersuchungen⁵²⁴ oder zu Verfügungszwecken über den Körper⁵²⁵, wurde ein Besitzrecht anerkannt.⁵²⁶ Dabei wurde penibel zwischen diesem rechtmäßigen Besitz und dem Eigentum (*property*) unterschieden, letzteres wurde in Bezug auf einen

⁵²⁰ Section 1 subsection 1 HT Act 1961.

⁵²¹ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1100; *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 111, Rz 13.18..

⁵²² *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics, London 1983, 172.

⁵²³ *Kennedy/Grubb*, Principles of Medical Law, 807, Rz 15.28; Section 1 subsection 2 HT Act 1961.

⁵²⁴ *R v Bristol Coroner, ex p Kerr* QBD, [1974] 2 All ER, 719ff.

⁵²⁵ *R v Fox* (1841) 2 QB, 246; *Williams v Williams* (1882) 20 Ch D, 659.

⁵²⁶ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, Oxford 1988, 232.

Körper oder Teile davon nicht anerkannt.⁵²⁷ Anzunehmen war, dass es sich bei der „Person im rechtmäßigen Besitz“ (*person in lawfully possession*) um nahe Verwandte oder den Testamentsvollstrecker bzw den Nachlassverwalter⁵²⁸ handelte. Sollte der Patient im Krankenhaus verstorben sein, handelte es sich aber um den Krankenanstaltsträger. Diese Meinung hat sich letztendlich durchgesetzt, obwohl sie nicht gerichtlich geprüft wurde.⁵²⁹ Skegg unterschied drei Gruppen, denen das Recht zum Besitz zukommen konnte: Zur ersten Gruppe gehörten nahe Angehörige, wie Ehegatten oder Eltern des Verstorbenen; die zweite Gruppe waren die Besitzer der Räumlichkeiten, in denen der Patient gestorben war; in der dritten Gruppe fanden sich schließlich jene, die Besitzer des Hauses waren, in dem sich der Körper des Verstorbenen schlussendlich befand. Nur in seltenen Fällen sollte auch der Gemeinde ein Verfügungsrecht zukommen.⁵³⁰ Sollten aufgrund dessen mehrere Personen verfügungsberechtigt sein, gab es keine Regelung, wer den Vortritt haben sollte, die Lehre fand es im Zweifel jedoch sinnvoll, den Angehörigen das Verfügungsrecht zu überlassen.⁵³¹ Sollte sich der Verstorbene zu Lebzeiten nicht positiv zu einer Organentnahme geäußert, eine solche aber auch nicht abgelehnt haben, konnte die Person, die rechtmäßig im Besitz des Körpers war, eine Entnahme gestatten. Allerdings musste ein Widerspruch gegen dieses Vorhaben seitens des überlebenden Ehegatten oder eines Verwandten unbedingt berücksichtigt werden.⁵³²

Zunächst war eine Organentnahme also nur bei Vorliegen einer Zustimmung möglich (Zustimmungslösung). Nach strenger Auslegung war eine solche Zustimmungserklärung vor den Wünschen der Angehörigen vorrangig. Die behandelnden Ärzte durften also Organe auch bei heftigem Protest seitens der Angehörigen entnehmen. Obwohl solche Situationen nicht sehr häufig vorkamen, wurde es als unvertretbar angesehen, den Angehörigen durch ein solches Vorgehen noch mehr Kummer zu bereiten. Eine Missachtung der Wünsche des Spenders zugunsten der Interessen seiner Angehörigen schadete andererseits dem potentiellen Empfänger.⁵³³

⁵²⁷ *Williams v Williams* (1882) 20 Ch D, 659; *R v Kelly* [1998] 3 All ER, 741.

⁵²⁸ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 233f; *R v Fox* (1841) 2 QB, 246; *Williams v Williams* (1882) 20 Ch D, 659.

⁵²⁹ *Department of Health*, A code of practice for the diagnosis of brain stem death, 9, Rz 5.2; *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 492, Rz 14.36.

⁵³⁰ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 234; siehe auch *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 234, FN 18.

⁵³¹ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 234f.

⁵³² Section 1 subsection 2 HT Act 1961.

⁵³³ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 492, Rz 14.36.

Sollte der Patient keine Zustimmung erklärt haben, war eine Entnahme grundsätzlich (nach Ermächtigung durch den Verfügungsberechtigten) möglich, sofern die *person lawfully in possession* nach angemessenen (*reasonable*) Nachforschungen keinen Hinweis auf einen Widerspruch seitens des Verstorbenen oder seines überlebenden Ehegatten bzw eines überlebenden Verwandten gefunden hatte. Angesichts der mangelnden Zeit, die blieb, um die Organe in gutem Zustand zu halten, stellte sich die Frage, wie umfangreich diese Nachforschungspflicht sei. Im Akt selbst fanden sich überdies keine Angaben bezüglich des Zeitraumes, über den der Kreislauf des Spenders aufrecht erhalten werden durfte, um die Organe transplantationsfähig zu erhalten.⁵³⁴ Was also unter der Angemessenheit der Nachforschungen zu verstehen war, war sehr umstritten: *Mason* und *McCall Smith* meinten, es sei jedenfalls über das Maß der Angemessenheit hinausgehend, wenn die Nachforschungen derart lang andauerten, bis die Organe des Verstorbenen schließlich nicht mehr transplantierbar waren. Der Kreis der noch lebenden Verwandten sollte daher auf jene beschränkt sein, die in vernünftiger Zeit erreicht werden konnten.⁵³⁵ Umgekehrt konnten die Nachforschungen umfassender sein, wenn es beispielsweise um die Entnahme von Knochenmaterial für Ausbildungszwecke ging.⁵³⁶ Jedenfalls zumutbar war, zu überprüfen, ob der Verstorbene einen Widerspruch bei sich trug und ob es Angehörige gibt, deren Widerspruch relevant wäre. Ansonsten durfte die Person, die im Besitz der Leiche war, selbst beim geringsten Verdacht auf eine Ablehnung der Entnahme (religiöse oder philosophische Gesinnung) seitens des Verstorbenen oder seines Ehegatten die Explantation nicht genehmigen.⁵³⁷ Insofern konnte man die britische Regelung, die von 1961 bis Ende 2006 in Kraft war, als Widerspruchslösung ansehen.

Obwohl es vielleicht untypisch erscheinen mag, enthielt der Human Tissue Act 1961 keinerlei Sanktionen für eventuelles Fehlverhalten. Denkbar wäre eine zivilrechtliche Klage gewesen: Hätte ein naher Angehöriger aufgrund fehlender oder mangelhafter Nachforschungen der *person in lawful possession* keine Möglichkeit gehabt, eine Organentnahme zu verhindern und wäre im Anschluss mit einem verstümmelten Leichnam konfrontiert gewesen, hätte er uU einen erlittenen psychischen

⁵³⁴ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1101.

⁵³⁵ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 493, Rz 14.37.

⁵³⁶ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 250.

⁵³⁷ *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 251.

Schaden geltend machen können. Zwar gab es in Schottland vereinzelt erfolgreiche Kläger, die einen *affront to feelings* (Gefühlsschaden) geltend gemacht hatten, ob eine solche Klage in England erfolgreich gewesen wäre, ist jedoch fraglich, die zivilrechtliche Verantwortlichkeit wurde an keinem englischen Gerichtshof geprüft.⁵³⁸ Dieses Problem könnte nach dem neuen Human Tissue Act 2004 weiterbestehen, da auch hier lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit normiert ist.

Die Verwendung der entnommenen Organe war nicht nur zu Transplantationszwecken gestattet, sondern überdies auch für andere medizinische Zwecke oder zu Ausbildungs- und Forschungszwecken. Der Patient konnte im Rahmen seiner Zustimmung die Arten der Verwendung seiner Organe jedoch einschränken. Die verfügbungsberechtigte Person war bei Erteilung der Entnahmeerlaubnis an diese Einschränkung gebunden.⁵³⁹

Aufgrund des Alters des Human Tissue Acts fanden neuere gesellschaftliche Entwicklungen keine Berücksichtigung: Beispielsweise hatten Ehepartner nach diesen Regelungen ein Widerspruchsrecht, Lebensgefährten wurden ihnen jedoch nicht einmal ansatzweise gleichgestellt, obwohl diese Form des Zusammenlebens heute weit verbreitet ist. Als besonders schwerwiegend wurde auch das Fehlen jeglicher Konsequenzen für den Fall eines Zuwiderhandelns gegen den Human Tissue Act 1961 empfunden.⁵⁴⁰

Auch in medizinischer Hinsicht gab es weitreichende Erkenntnisse, die durch Forschung und neue technische Möglichkeiten das Transplantationswesen deutlich verbesserten. Die Forschung konzentrierte sich dabei nicht nur auf die Verpflanzung menschlicher Organe, sondern auch auf die Verwendung künstlicher und tierischer Organe. Rasch stellte sich heraus, dass der Bedarf an Spenderorganen nicht zuletzt durch die neuen medizinischen Möglichkeiten stetig im Steigen begriffen war und die Diskrepanz zwischen verfügbaren und benötigten Spenderorganen immer größer wurde.⁵⁴¹

⁵³⁸ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 493, Rz 14.38, FN 74.

⁵³⁹ Section 1 subsection 1 HT Act 1961; *Skegg*, Law, Ethics and Medicine, 243.

⁵⁴⁰ *Liddell/Hall*, Beyond Bristol and Alder Hey: The future regulation of human tissue, MedLRev 2005/13, 170 (170f).

⁵⁴¹ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1101.

In den 1990ern wurde die Kritik am bestehenden System lauter und häufiger: Die Regelungen seien zu vage, zu komplex, nicht klar verständlich und veraltet. Weder auf juristischer noch auf medizinischer Seite wurde das Gesetz gutgeheißen. Daher wollte man den Human Tissue Act 1961 durch ein neues, einfacheres und klareres Regelwerk ersetzen. Dieses sollte die Bereiche der Entnahme, der Lagerung und des Gebrauchs von menschlichen Organen und Geweben abdecken. Dabei sollte das Gewicht auf folgenden Punkten liegen: auf der Zustimmung, die vom Patienten selbst, andernfalls von seiner Familie einzuholen ist; auf einer Überwachungsbehörde, die einerseits die neuen Regelungen präziser definieren und andererseits auf einigen Gebieten wie Obduktionen eigene Vorschriften erlassen soll⁵⁴²; auf Sanktionen, mit denen auf Fehlverhalten, wie beispielsweise die Nichteinholung der Zustimmung, reagiert werden kann.⁵⁴³

Aber nicht nur die Rechtslage, sondern auch die medizinische Praxis und die mediale Beachtung des Themas wurden kritisiert. So berichtete der Transplantationschirurg *Sells* 1980, dass vermutlich 90 Prozent der Angehörigen nach umfassender Aufklärung und Beratung einer Organentnahme zustimmen würden. Den Grund dafür, dass in der Praxis dennoch zu wenig Organe vorhanden sind, vermutete *Sells* im zu geringen Einsatz seitens der Ärzte und in der Abneigung der Medien, dieses heikle Thema zu diskutieren.⁵⁴⁴ Ein gravierender Missstand, der das Vertrauen der Bevölkerung in die Transplantationsmedizin negativ beeinflusste bestand darin, dass immer wieder Organe und Gewebe ohne die geforderte Zustimmung entnommen, gelagert und verwendet wurden.⁵⁴⁵

⁵⁴² Explanatory Notes on the Human Tissue Act 2004, 4; siehe:

www.opsi.gov.uk/acts/en2004/2004en30.htm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁴³ *Liddell/Hall*, *Beyond Bristol and Alder Hey*, *MedLRev* 2005/13, 170 (172).

⁵⁴⁴ *Sells*, *Let's not opt out: kidney donation and transplantation*, *JMedEthics* 1979/5, 165 (167f); *Mason/McCall Smith*, *Law and Medical Ethics*, 175.

⁵⁴⁵ *Department of Health*, *The use of human organs and tissue. An interim statement*, 2003, 3.

2. Die Anlassfälle

2001 kam eine Vorgehensweise ans Tageslicht, die zur allgemeinen Beunruhigung schon länger praktiziert wurde: An Krankenhäusern in Bristol (Royal Infirmary) und Liverpool (Alder Hey) wurden verstorbenen Kindern ohne Zustimmung der Eltern Organe entnommen, um diese zu lagern oder in anderer Weise für Forschungszwecke zu verwenden. Die Einholung der elterlichen bzw mütterlichen Zustimmung war für solche Vorgehensweisen seit dem Polkinghorne Report 1989 vorgesehen.⁵⁴⁶ In den meisten Fällen wurde die Zustimmung der Eltern jedoch gar nicht oder nur durch Unterzeichnung eines Formulars ohne umfassende Aufklärung und Bedenkzeit eingeholt.⁵⁴⁷ Die entnommenen und einbehaltenen Organe wurden allerdings zum überwiegenden Teil gar nicht verwendet.⁵⁴⁸ Öffentliche Untersuchungen zu diesen Vorfällen ergaben, dass die Vorkommnisse in diesen beiden Krankenanstalten keine Einzelfälle waren, auch an anderen Krankenanstalten in Oxford, Southampton oder Cardiff wurden ähnliche Vorgehensweisen entdeckt.⁵⁴⁹ Üblicherweise wurden Herzen und Lungen bzw Proben davon entnommen und gelagert, doch im Alder Hey Children's Hospital wurde in den Jahren 1988 bis 1995 praktisch jedes Organ zu Aufbewahrungszwecken entnommen.⁵⁵⁰ Durch Professor Dick van Velzen (Professor für Fötal- und Kinderpathologie), der für die Lagerung von enormen Mengen an Organen verantwortlich war, wurde diese Zeitspanne unter dem Begriff der „van Velzen years“ bekannt.⁵⁵¹

Das Aufsehen in der Öffentlichkeit war groß und rief eine Diskussion rund um das Thema Organentnahmen und die weitere Verwendung der Organe hervor. Medienwirksam wurde von Eltern berichtet, die zwei Begräbnisse für ihr verstorbenes Kind ausrichteten, um die fehlenden Organe nachträglich auch noch beizusetzen.⁵⁵² In diesem Zusammenhang entbrannte eine grundlegende Diskussion über den Hu-

⁵⁴⁶ Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, Liverpool 2001, 171ff, Rz 31.1ff.

⁵⁴⁷ Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, 22, Rz 2.4.

⁵⁴⁸ Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, 6, Rz 1.2ff.

⁵⁴⁹ Samuels, Organ Removal and Retention, Medico-Legal Journal 2005/73, 73 (73).

⁵⁵⁰ Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, 155, Rz 10.3.

⁵⁵¹ Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, 146, Rz 22.1.

⁵⁵² <http://www.news-medical.net/?id=11217> vom 21. 6. 2005 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1150416.stm> vom 2. 2. 2001 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

man Tissue Act 1961, der allgemein als veraltet galt.⁵⁵³ Nicht nur das Gebiet der Organtransplantationen, sondern auch die Regelungen in anderen Bereichen wie beispielsweise Lagerung und Verwendung von Organen, Organteilen und Gewebe, gerichtsmedizinische Untersuchungen, Import und Export von Körperteilen oder Verfügungsrechte über menschliches Gewebe sollten einer Reform unterzogen werden.⁵⁵⁴ Deutlich zu erkennen war, dass es in einigen Bereichen Unsicherheiten gab: Beispielsweise darüber, ob Organe nach dem Tod einer Person zu Ausbildungs- und Forschungszwecken entnommen und verwendet werden durften, ohne vorher die Zustimmung erhalten zu haben. Während ein Teil der Lehre der Meinung war, nach dem Tode bestünden keine berücksichtigungswürdigen Interessen des Toten in Bezug auf Teile des Körpers, betonten andere mögliche religiöse oder kulturelle Interessen, die es bei der Behandlung des Verstorbenen zu beachten galt.⁵⁵⁵

Das britische Gesundheitsministerium veröffentlichte 2002 einen Bericht, in dem auf die rechtliche Lage bezüglich menschlicher Organe und Gewebe eingegangen wurde und umfassende Reformvorschläge präsentiert wurden.⁵⁵⁶ Deutlich wurde darauf hingewiesen, dass der Human Tissue Act 1961 oft so ausgelegt wurde, dass eine Organentnahme zulässig sei, wenn zwar keine Zustimmung, aber auch kein Widerspruch seitens des Spenders vorliegt, und Nachforschungen, ob Angehörige eine Entnahme ablehnten, als undurchführbar erachtet wurden. Das Gesundheitsministerium stellte jedoch fest, dass den Anforderungen des Gesetzes nur durch die Einholung des *informed consent* entsprochen werden kann.⁵⁵⁷ In Ermangelung einer Zustimmung des Verstorbenen sollten sich die Ärzte künftig aktiv um die Zustimmung der nächsten Angehörigen bemühen müssen.⁵⁵⁸ In diesem Zusammenhang schlug das Gesundheitsministerium die Einführung des Begriffes „*next of kin*“ (die nächsten Verwandten) vor, unter den nicht nur die allernächsten Angehörigen wie Eltern, Ehegatte und Kinder zu subsumieren seien, sondern beispielsweise auch Lebensgefähr-

⁵⁵³ Department of Health, Proposals for new legislation on human organs & tissue, 1; http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4070190 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁵⁴ Department of Health, Proposals for new legislation on human organs & tissue, 2; http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4070190 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁵⁵ McHale/Cox/Gunn/Wilkinson, Health care law², 1102.

⁵⁵⁶ Department of Health, Human Bodies, Human Choices.

⁵⁵⁷ Department of Health, Human Bodies, Human Choices, 35f, Rz 6.6ff.

⁵⁵⁸ Department of Health, Human Bodies, Human Choices, 40, Rz 7.7.

ten oder homosexuelle Partner.⁵⁵⁹ Die Bedeutung der elterlichen Zustimmung zu Organentnahmen bei verstorbenen Kindern verdiene angesichts der Skandale in Bristol und Liverpool besonderes Augenmerk.⁵⁶⁰ In Zukunft sollte ein einziges Gesetz die Bereiche des Human Tissue Acts 1961, des Anatomy Acts 1984 und des Human Organ Transplant Acts 1989 vereinheitlichen und möglicherweise auch die Regelungen des Coroners Acts 1988 umfassen.⁵⁶¹ Im Bereich der Transplantationsmedizin wurde die rechtliche Definition des Todes⁵⁶² sowie die Einführung von Sanktionen bei Verstößen gegen das Transplantationsrecht gefordert.⁵⁶³ Eine Aufsichtsbehörde (oder auch eine Gruppe von mehreren spezialisierten Behörden) sollte geschaffen werden, um jegliche Aktivitäten mit menschlichen Organen und Geweben zu beaufsichtigen.⁵⁶⁴

Im Jahre 2003 lag die Zahl der Spenderorgane in Großbritannien bei 12 Organen pro einer Million Einwohner.⁵⁶⁵ Diese geringe Quote und Studien, die belegten, dass 2003/2004 Angehörige in 42 Prozent der Fälle einer Organentnahme nicht zustimmten, gaben Anlass, Möglichkeiten zu suchen, wie man die Zahl der verfügbaren Spenderorgane steigern könnte.⁵⁶⁶ Häufig wurden sogar Überlegungen angestellt, von der Zustimmungslösung abzugehen und die Widerspruchslösung bzw eine abgeschwächte Form davon einzuführen: In manchen europäischen Staaten wie Frankreich oder Spanien (und natürlich auch Österreich) gilt zwar die Widerspruchslösung, trotzdem werden Angehörige vor der Entnahme informiert und ihre allfällige Ablehnung gegenüber einer Explantation berücksichtigt.⁵⁶⁷ Die Einführung eines solchen Modells wurde im britischen Parlament heftig debattiert, schlussendlich jedoch abgelehnt.⁵⁶⁸

2004 lag schließlich ein Entwurf für ein neues Gesetz vor. Die Human Tissue Bill 2003 sollte das bisher geltende Transplantationsrecht in England, Wales und Nordirland ersetzen. Für Schottland sollten eigene, ergänzende Regelungen in Kraft

⁵⁵⁹ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 40, Rz 7.7.

⁵⁶⁰ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 43, Rz 7.12ff; 134ff, Rz 15.1ff.

⁵⁶¹ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 77, Rz 11.1.

⁵⁶² *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 106, Rz 13.3ff.

⁵⁶³ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 27, Rz 4.2; 91ff, Rz 12.1ff.

⁵⁶⁴ *Department of Health*, Human Bodies, Human Choices, 82f, Rz 11.14f.

⁵⁶⁵ *Parliamentary Office of Science and Technology*, Postnote. Organ transplants, London 2004, 3.

⁵⁶⁶ *Barber/Falvey/Hamilton/Collett/Rudge*, Potential for organ donation in the United Kingdom: audit of intensive care records, BMJ 2006/332, 1124 (1124).

⁵⁶⁷ *Parliamentary Office of Science and Technology*, Postnote. Organ transplants, 2f.

⁵⁶⁸ Hansard 28. 6. 2004, Vol 423, Col 26-123f.

treten. Die Zustimmung des Organspenders bzw dessen Angehöriger war hierbei ein wesentlicher Punkt. Außerdem sollten Maßnahmen zur Erhaltung der Organe zulässig sein, während versucht wird, die Zustimmungserklärung des Verstorbenen zu finden bzw jene seiner Angehörigen zu erhalten.⁵⁶⁹ Am ersten September 2006 trat das Gesetz nach einigen Änderungen als Human Tissue Act 2004 in Kraft. In Schottland hat dieses Gesetz keine Geltung. Der Human Tissue (Scotland) Act 2006 wurde etwas später entwickelt und deckt sich bis auf wenige Details, die für die vorliegende Arbeit nicht relevant sind (zB Kontrolle über entnommene Gewebesteile von lebenden Personen), mit dem Human Tissue Act 2004.

⁵⁶⁹ *Parliamentary Office of Science and Technology*, Postnote. Organ transplants, 2.

II. Die heutige Rechtslage

In England, Wales und Nordirland trat mit dem Human Tissue Act 2004 ein umfassendes Regelwerk in Kraft, das die Entnahme, die Lagerung und die Verwendung von Teilen des menschlichen Körpers regelt.⁵⁷⁰ Dabei werden sowohl der lebende als auch der verstorbene Spender berücksichtigt. Zentrales Instrument ist die Zustimmung des Spenders, die für bestimmte Verwendungszwecke vorliegen muss. Darunter fallen ua auch Transplantationen. Einer verstorbenen Person dürfen grundsätzlich keine Organe entnommen werden, es sei denn, es liegt eine Zustimmungserklärung vor. Diese kann vom Patienten selbst zu Lebzeiten erklärt worden sein⁵⁷¹, oder von einer von ihm zu Lebzeiten ernannten Person⁵⁷² bzw von einer Person, die zu ihm in einem besonderen Verhältnis stand, abgegeben werden⁵⁷³. Im ersten Fall gibt es keinerlei formale Beschränkungen⁵⁷⁴, lediglich die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit muss gegeben sein. Durch die Einrichtung eines Zustimmungsregisters des National Health Service (NHS) im Jahr 1994 ist die Möglichkeit zur Zustimmung wesentlich vereinfacht worden. Der zweite Fall ist nur für erwachsene Organspender relevant, Kinder können keine Person beauftragen, die Entscheidung zu treffen, ob Organe entnommen werden dürfen oder nicht. Sollten sie noch nicht selbst zustimmen können, so obliegt diese Entscheidung ihren Eltern. Personen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, können jedoch eine oder mehrere Personen ermächtigen, im Falle ihres Ablebens die Zustimmung zur Organentnahme abzugeben. Die dritte Variante kommt nur dann zur Anwendung, wenn der potentielle Spender selbst keine Zustimmungserklärung abgegeben und auch keine andere Person dazu ermächtigt hat. Das Gesetz sieht hierfür eine Reihenfolge vor, nach der bestimmte, dem Verstorbenen nahe stehende Personen zur Erklärung der Zustimmung berufen sind.⁵⁷⁵ Liegt die erforderliche Zustimmungserklärung vor, dürfen die Organe, nachdem zwei Ärzte den eingetretenen Tod festgestellt haben, entnommen werden.

Einige Themen sind häufig Gegenstand von Diskussionen. So gilt in Großbritannien zwar ein grundsätzliches Handelsverbot für menschliche Organe, allerdings

⁵⁷⁰ Der Human Tissue Act trat am 1. 9. 2006 in Kraft; siehe: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20061260.htm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁷¹ Section 3 subsection 6 par a HT Act 2004.

⁵⁷² Section 3 subsection 6 par b HT Act 2004.

⁵⁷³ Section 3 subsection 6 par c HT Act 2004.

⁵⁷⁴ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1. Consent, 2009, Rz 74ff.

⁵⁷⁵ Section 27 subsection 4 HT Act 2004.

wird die (teilweise) Legalisierung des kommerziellen Handels diskutiert.⁵⁷⁶ Außerdem könnte sich die britische Rechtsprechung zukünftig dahingehend entwickeln, dass Organe allein aufgrund ihres besonderen Nutzens (als Transplantat für eine andere Person) zum Gegenstand von Eigentumsrechten werden könnten.⁵⁷⁷

Als Aufsichtsbehörde wurde die Human Tissue Authority ins Leben gerufen, die ua den Human Tissue Act 2004 durch Codes of Practice näher ausführt. Im Gegensatz zum Human Tissue Act 1961 ist die heutige Gesetzeslage den gesellschaftlichen Erfordernissen angepasster und insgesamt abgeschlossener – so sieht das neue Gesetz etwa auch die lange geforderten Sanktionen bei Verstößen vor – aber gleichzeitig auch etwas kompliziert⁵⁷⁸ und teilweise immer noch verbesserungswürdig. Beispielsweise wird die Reihung der Personen, die zum Organspender in einem bestimmten Naheverhältnis standen, kritisiert⁵⁷⁹, aber auch die Zustimmungslösung an sich wurde bereits im Rahmen der Entstehung des heutigen Gesetzes in Frage gestellt⁵⁸⁰, nicht zuletzt deshalb, weil der Organmangel in Großbritannien wesentlich gravierender ist als in anderen Staaten.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ Siehe beispielsweise: <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=27500> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁷⁷ Siehe: *R v Kelly and another* [1998] 3 All ER, 741 (750).

⁵⁷⁸ Siehe auch: *Ladyman*, Hansard 15. 1. 2004, Vol 416, Col 1043.

⁵⁷⁹ *Human Tissue Authority*, Consultation on Codes of practice prepared under the Human Tissue Act 2004: A rationale, 4.

⁵⁸⁰ Hansard 28. 6. 2004, Vol 423, Col 26ff.

⁵⁸¹ *Parliamentary Office of Science and Technology*, Postnote. Organ Transplants, 2.

III. Die gesetzliche Regelung im Detail

1. Anwendungsbereich

1.1 Menschliche Organe und Gewebe

Der Anwendungsbereich des Human Tissue Acts 2004 umfasst nicht nur Organtransplantationen. Er besteht aus drei Teilen, wobei der erste die Entnahme, die Lagerung und die Verwendung von menschlichen Organen und Gewebe regelt. Im zweiten Teil finden sich die Bestimmungen über Aufbau und Funktionen der Human Tissue Authority sowie Regelungen bezüglich Explantationen von lebenden Patienten und ein Verbot des Organhandels. Der dritte Teil enthält allgemeine und ergänzende Vorschriften, beispielsweise dürfen die notwendigsten Maßnahmen getroffen werden, um die Organe eines Verstorbenen zu erhalten, während die für eine Entnahme erforderliche Zustimmung eingeholt wird.⁵⁸² Der Human Tissue Act 2004 regelt viele Bereiche des Umgangs mit *human material*, sei es nun die Transplantationsmedizin, DNA-Analysen oder die Verwendung von Organen oder menschlichem Gewebe zu Ausbildungs- oder Forschungszwecken. Hier soll jedoch nur auf die transplantationsmedizinisch relevanten Teile im Zusammenhang mit Organentnahmen vom verstorbenen Patienten eingegangen werden.

Der erste Teil des Human Tissue Acts 2004 ist in 12 Abschnitte (*sections*) unterteilt. Im ersten Abschnitt findet sich eine Aufzählung unterschiedlicher Arten der Lagerung und Verwendung eines menschlichen Körpers und der Entnahme von einzelnen Teilen davon (*relevant material*) zu bestimmten Zwecken (*scheduled purposes*). Voraussetzung ist immer die Einholung der entsprechenden Zustimmung (*appropriate consent*).⁵⁸³ Die Zwecke, zu denen Organe und Gewebesteile entnommen, gelagert und/oder verwendet werden dürfen, sind im ersten und zweiten Teil des ersten Anhangs definiert. Der erste Teil dieses Anhangs enthält die Aufzählung jener Aktivitäten, die immer einer Zustimmung bedürfen. Im zweiten Teil finden sich jene Zwecke, die zustimmungsbedürftig sind, sofern das entnommene Material von einem

⁵⁸² Section 43 HT Act 2004.

⁵⁸³ Siehe unten Kap E. III. 12.

Verstorbenen stammt. Sämtliche Teile, die aus menschlichen Zellen bestehen oder solche beinhalten, sind unter den Begriff des „Gewebes“ zu subsumieren. Davon ausgenommen sind Keimzellen, Embryonen, die sich außerhalb des menschlichen Körpers befinden, sowie Haare und Nägel einer lebenden Person.⁵⁸⁴

1.2 Entnahme von fötalem Gewebe

Fötales Gewebe wird als Gewebe der Mutter behandelt. Daher ist die Zustimmung der Mutter einzuholen, sollte Gewebe des Fötus zu einem in Schedule 1 aufgelisteten Zweck entnommen werden.⁵⁸⁵ Ist das Kind bereits soweit herangewachsen, dass seine Organe so entwickelt sind, dass sie transplantiert werden können, kann auch ein schwer geschädigtes Kind als Organspender in Frage kommen. Totgeburten sind häufig schon weit entwickelt und könnten daher durchaus auch als Spender in Frage kommen. Unter Totgeburten sind Kleinkinder ab der 24. Schwangerschaftswoche zu verstehen, bei denen nach Austritt aus dem Mutterleib weder Atmung noch andere Lebenszeichen beobachtet werden konnten.⁵⁸⁶ Um das Fehlen der Atmung feststellen zu können, muss eine gewisse Zeit verstreichen. In dieser Zeit werden die kleinen Organe des Kindes jedoch nicht mit Sauerstoff versorgt, wodurch die Transplantationsfähigkeit der Organe beeinträchtigt wird. Daher stehen nur wenige Organe von Totgeburten zur Verfügung. Daraus folgt, dass die Organe lebend zur Welt gekommener und dann verstorbener Neugeborener zur Transplantation besser geeignet sind.⁵⁸⁷

Wie oben bereits erläutert⁵⁸⁸ kann es vorkommen, dass schwer missgebildete Kinder zur Welt kommen. Besonders bei anencephalen Säuglingen stellt sich das Problem, auf welche Weise der Hirntod festgestellt werden kann, da diesen große Teile des Gehirns fehlen. Da ein Anencephalus jedoch ein Recht auf einen natürlichen Tod hat (der meist schon nach Stunden, spätestens nach wenigen Tagen eintritt) und ebenfalls gegen Tötungsdelikte unter dem Schutz der Gesetze steht, muss

⁵⁸⁴ Section 53 HT Act 2004; Ausführlich dazu siehe unten Kap E. III. 2.

⁵⁸⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 157.

⁵⁸⁶ *NHS Direct*, <http://www.nhsdirect.nhs.uk/articles/article.aspx?articleId=2143> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁵⁸⁷ *Mason/McCall Smith*, *Law and Medical Ethics*⁷, 506, Rz 14.68.

⁵⁸⁸ Kap D. III. 1.2.

der Tod ordnungsgemäß festgestellt werden, bevor Organe entnommen werden.⁵⁸⁹ 1986 wurde in Großbritannien erstmals das Herz eines Neugeborenen transplantiert. Zu dieser Zeit herrschte noch Unsicherheit, wie der Hirntod bei Neugeborenen festgestellt werden kann. Schließlich ist die Regenerationsfähigkeit des Gehirns eines Neugeborenen wesentlich größer als bei Erwachsenen.⁵⁹⁰ Die *Working Party of the Medical Royal Colleges on Organ Transplantation in Neonates* hielt 1988 fest, dass Tests zur Feststellung des Hirntodes für Erwachsene ausgelegt und deshalb auf anencephale Kinder nicht anwendbar sind. Daher wird bei diesen der Tod anhand des Atemstillstandes festgestellt. Einem Anencephalus dürfen Organe entnommen werden, nachdem sich zwei Ärzte einig sind, die nicht Mitglieder des Transplantationssteams sind, dass die Spontanatmung des kleinen Patienten irreversibel ausgefallen ist.⁵⁹¹ Begründet wird diese Vorgangsweise damit, dass beim Erwachsenen der Hirntod und der Atemstillstand nachgewiesen werden müssen. Beim Anencephalus werden das überwiegende Fehlen des Hirns und der Nachweis des Atemstillstandes analog behandelt. Im Report von 1988 wird die Vermutung festgehalten, dass jährlich etwa 20 Organe zur Verfügung stehen könnten, würden anencephale Kinder Organe spenden.⁵⁹² Mittlerweile stellen sich diese Probleme nur noch sehr selten, da die pränatalen Untersuchungen technisch verfeinert und verbessert werden konnten und Diagnosen daher immer genauer werden.⁵⁹³ Diese Art des Todesnachweises bleibt jedoch in jenen Fällen anwendbar, in denen Kinder während des Geburtsvorganges tödliche Hirnschädigungen erleiden und evtl als Organspender in Frage kommen.⁵⁹⁴

Die Organe von anencephalen Kindern leiden aufgrund der immer wieder aussetzenden Atmung enorm. Daher wurden auch in England Überlegungen angestellt, ob man in solchen Fällen vom Hirnstammtodkonzept abweichen und derart missgebildete Kinder von vornherein für tot erklären sollte, um wenigstens die Interessen der potentiellen Organempfänger bestmöglich zu unterstützen. Vereinzelt wird die Meinung vertreten, anencephale Kinder seien keine „Personen“, da ihnen die

⁵⁸⁹ *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 506, Rz 14.70.

⁵⁹⁰ *Salaman, Anencephalic organ donors. Guidelines available from Britain and North America, BMJ* 1989/298, 622 (622).

⁵⁹¹ Report of the Working Party of the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom on Organ Transplantation in Neonates, London 1988; abgedruckt in: *Department of Health, Guidelines for the management of potential organ and tissue donors, Draft for consultation* – 14. 5. 2006, Section 2, 9 (17).

⁵⁹² *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson, Health care law*², 1111.

⁵⁹³ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson, Health care law*², 1112.

⁵⁹⁴ *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 506, Rz 14.70.

wichtigsten Fähigkeiten fehlen, um ihre Umwelt wahrzunehmen und mit ihr in Kontakt zu treten.⁵⁹⁵ Diese Ansicht ist jedoch allgemein abzulehnen, da sie nicht nur das Leben von anencephalen Patienten, sondern in weiterer Folge etwa auch jenes von anderen schwer behinderten Menschen abwerten.⁵⁹⁶ Alle diese Menschen haben, unabhängig von ihrer Überlebenschance das Recht auf Leben (Art 2 EMRK), weshalb auch in diesen Fällen der Eintritt des Todes vor invasiven Eingriffen wie Organentnahmen sorgfältig überprüft werden muss.⁵⁹⁷

Zumindest eine Frage bleibt bislang ungeklärt: Sollte festgestellt werden, dass ein Ungeborenes schwerst geschädigt oder möglicherweise ein Anencephalus ist, kann eine Mutter sich dann dafür entscheiden, das Kind auszutragen, um dessen Organe als Spenderorgane zur Verfügung zu stellen? *Mason* und *McCall Smith* behaupten, dass ein Veto gegen eine solche Entscheidung nicht nur die potentiellen Organempfänger benachteiligen würde, sondern überdies die Mutter in ihrem Recht zur Kontrolle über ihren eigenen Körper einschränken würde. ME sollte eine werdende Mutter, die sich aufgrund von Nächstenliebe oder anderer Motive für eine Schwangerschaft entscheidet, in dem Wissen, dass das Kind – sofern es nicht schon früher verstirbt – nach der Geburt de facto keinerlei Überlebenschancen hat, sondern „nur“ als Organspender dient, ausführlich beraten werden und eine Bedenkzeit einhalten. Schließlich sind die enormen psychischen Belastungen und möglicherweise auch psychische Folgen zu bedenken. Üblicherweise würde eine solche Schwangerschaft beendet werden, da schwere Missbildungen auch in Großbritannien den Abbruch der Schwangerschaft rechtfertigen: Ähnlich wie in Österreich ermöglicht auch der britische Abortion Act 1976, der durch Section 37 des Human Fertilisation and Embryology Acts 1990 abgeändert wurde, einen straffreien Schwangerschaftsabbruch, sofern er innerhalb der ersten 24 Schwangerschaftswochen vorgenommen wird, die Fortführung der Schwangerschaft das Leben oder die Gesundheit der Mutter gefährden würde oder das Kind mit erheblichen körperlichen oder geistigen Behinderungen zur Welt kommen würde. Die Missbildung muss dabei von zwei Ärzten festgestellt werden.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1111.

⁵⁹⁶ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 507, Rz 14.70.

⁵⁹⁷ Schon 1988 vertrat *Davis* die Ansicht, dass anencephale Kinder Individuen mit entsprechenden Rechten sind und dass kein Grund besteht, sie anders zu behandeln; *Davis*, The status of anencephalic babies: should their bodies be used as donor banks?, JMedEth, 1988/14, 150 (151f).

⁵⁹⁸ Section 1 Abortion Act 1967 iVm Section 37 Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

1.3 Das Schicksal des nasciturus nach dem Tod der Mutter

Stirbt eine werdende Mutter, so muss das nicht zwangsläufig den Tod des nasciturus bedeuten. In einzelnen Fällen wurde der Kreislauf von Frauen, bei denen der Hirntod festgestellt worden war, aufrecht erhalten, um so das Überleben des Kindes zu ermöglichen. Ob diese Vorgangsweise möglich ist, hängt einerseits vom Entwicklungsstadium des Kindes ab und andererseits davon, ob die Frau sich zu Lebzeiten dazu geäußert hat, wie in dieser Situation agiert werden sollte. In aller Regel werden seitens der Patientin keinerlei Wünsche bezüglich einer solchen Situation vorliegen. Daher erscheint es fraglich, ob ein Eingreifen in den Sterbeprozess und damit in die Privatsphäre der Mutter gerechtfertigt werden kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Kind im Leib der Mutter als Patient behandelt werden muss und als menschliches Individuum ein Recht auf Leben hat, während die Rechtspersönlichkeit der Mutter mit ihrem Tod endete. Trotzdem müssen bestimmte Interessen einer Person (zB auf eine respektvolle Behandlung) auch nach deren Ableben berücksichtigt werden.⁵⁹⁹

Sollte die werdende Mutter zu Lebzeiten den Wunsch geäußert haben, um ihres Kindes willen künstlich beatmet zu werden, so ist dieser Wunsch mE zu respektieren.⁶⁰⁰ Sollte sie sich aber ausdrücklich gegen ein solches Vorgehen ausgedrückt haben, so könnte der Arzt, der den Tod des Kindes (wunschgemäß) zulässt, in Konflikt mit dem Infant Life (Preservation) Act 1929 kommen.⁶⁰¹ Eine derartige Situation lässt sich unter keinen der *scheduled purposes* des Human Tissue Acts 2004 subsumieren. Möglicherweise sollte in solchen Fällen das Gespräch mit den Angehörigen, va allem mit jenen Personen, die die Obsorge für das Kind übernehmen würden, gesucht werden, um eine richtige Entscheidung für den Einzelfall treffen zu können.⁶⁰²

⁵⁹⁹ *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 474, Rz 13.24.

⁶⁰⁰ Zweifelnd: *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 475, Rz 13.25.

⁶⁰¹ Section 1 subsection 1 Infant Live (Preservation) Act 1929 verbietet die Tötung eines ungeborenen Kindes. Geschieht die Handlung, die zum Tod des Kindes führt, in der Absicht, das Leben der Mutter zu retten, wird dies als Rechtfertigungsgrund angesehen.

⁶⁰² So auch: *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 475, Rz 13.26.

1.4 Entnahme bei Verstorbenen mit nicht-britischer Staatsbürgerschaft

Sowohl der Human Tissue Act 2004 als auch die Lehre schweigen zum Thema Organentnahme bei Personen mit nicht-britischer Staatsbürgerschaft. Nach dem Territorialitätsprinzip fällt auch ein in Großbritannien verstorbener Ausländer unter die britische Rechtsordnung und daher ua unter das britische Transplantationsrecht. Kommt ein Ausländer in Großbritannien ums Leben, ist also auch er prinzipiell kein Organspender, es sei denn, es lässt sich eine Zustimmungserklärung innerhalb der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit finden. Regelmäßig wird eine nicht in Großbritannien lebende Person der Entnahme von Organen zu Transplantationszwecken nicht in einer nach britischem Recht adäquaten Form zugestimmt haben. Das britische Transplantationsrecht sieht eine Nachforschungspflicht der behandelnden Ärzte vor, um nicht im Zustimmungsregister oder in der Krankengeschichte dokumentierte Zustimmungserklärungen zu erhalten.⁶⁰³ Im Falle eines ausländischen Patienten können diese Nachforschungen erfolgreich sein, beispielsweise dann, wenn der potentielle Spender Angehörige hat, die sich ebenfalls in Großbritannien aufhalten. Andernfalls wird es idR nicht möglich sein, die Angehörigen innerhalb angemessener Zeit ausfindig machen und um ihre Zustimmung bitten zu können. In diesem Fall wäre eine Organentnahme mangels vorliegender Zustimmung rechtswidrig.

2. Gegenstand der Entnahme

Der Human Tissue Act 2004 erlaubt bei vorliegender Zustimmungserklärung die Entnahme, Lagerung und Verwendung von Teilen des menschlichen Körpers (*relevant material*). Der Begriff *relevant material* ist im dritten Teil dieses Gesetzes in Section 53 definiert. Darunter ist jegliche Substanz zu verstehen, die sich aus menschlichen Zellen zusammensetzt oder solche enthält. Ausgenommen sind Keimzellen, Embryonen außerhalb des menschlichen Körpers sowie Nägel und Haare einer lebenden Person.⁶⁰⁴ Keimzellen und Embryonen fallen unter den Anwendungsbereich des Human Fertilisation and Embryology Act 1990, während die Lagerung

⁶⁰³ Siehe Kap E. III. 12.7.

⁶⁰⁴ Section 53 HT Act 2004.

und die Verwendung von Haaren und Nägeln weitestgehend ungeregt ist.⁶⁰⁵ Damit fallen unter den weiten Begriff des *relevant material* sowohl Organe wie etwa Herz, Lunge, Leber, Pankreas, Niere, als auch Gewebe, wie Binde-, Muskel- oder Knochengewebe etc sowie Blut.⁶⁰⁶ Aufgrund der Formulierung in Section 53 des Human Tissue Acts 2004 kann jeglicher Teil des menschlichen Körpers entnommen werden, der sich für die Verwendung zu den *scheduled purposes* eignet. Demnach steht auch der Entnahme von ganzen Extremitäten nichts entgegen, vorausgesetzt, es liegt eine gültige Zustimmungserklärung vor. Künstlich eingesetzte Teile wie Herzschrittmacher oder Prothesen können nicht unter den Begriff *relevant material* subsumiert werden, da sie keine menschlichen Zellen beinhalten.

Die Transplantation tierischer Organe (Xenotransplantation) wird im Human Tissue Act 2004 nicht erwähnt. Obwohl sich viele ethische Fragen und medizinische Probleme ergeben, werden Xenotransplantate grundsätzlich als mögliche Alternative für Transplantationen angesehen. Dazu sei bemerkt, dass etwa der Einsatz von Herzklappen von Schweinen zwar zur medizinischen Praxis gehört⁶⁰⁷, die Transplantation ganzer Organe vom Tier auf den Menschen befindet sich jedoch noch im experimentellen Stadium, da die Risiken für den Empfänger groß sind.⁶⁰⁸ Großbritannien fördert die Forschung auf diesem Gebiet⁶⁰⁹, die bereits einige Erfolge aufweisen kann. So wurden Schweine genetisch derart behandelt, dass ihre Organe vom menschlichen Körper toleriert werden könnten.⁶¹⁰ Organe von Primaten wären immunologisch grundsätzlich besser geeignet, allerdings ist die Verwendung von Organen dieser Tiere – aufgrund ihres hohen Entwicklungsgrades – umstritten. Kritiker lehnen die Verwendung dieser Tiere als bloße „Organquellen“ ab. Daher hat man sich auf Schweine spezialisiert, da diese nicht zu den Primaten zählen und die Größe und Anatomie eines Schweineherzens jener eines menschlichen Herzens ähnelt.⁶¹¹

Eines der größten Risiken bei Xenotransplantationen besteht darin, dass Krankheiten, die im tierischen Körper unbemerkt bleiben, auf den Menschen übertra-

⁶⁰⁵ Shaun/Pattinson, *Medical Law & Ethics*¹, 421.

⁶⁰⁶ Da die Übertragung von Blut nicht generell unter den Begriff der Transplantation fällt, sondern als Transfusion bezeichnet wird, ist Blut in Section 54 subsection 3 HT Act 2004 ausdrücklich erwähnt.

⁶⁰⁷ *Advisory Group on the Ethics of Xenotransplantation 1996*, Animal tissue into humans, London 1997, 3.

⁶⁰⁸ Shaun/Pattinson, *Medical Law & Ethics*¹, 462f.

⁶⁰⁹ *Department of Health, Xenotransplantation Guidance*, London 2006, 1.

⁶¹⁰ *Advisory Group on the Ethics of Xenotransplantation 1996*, Animal tissue into humans, 3.

⁶¹¹ *Advisory Group on the Ethics of xenotransplantation 1996*, Animal tissue into humans, 16.

gen werden, dort zum Ausbruch kommen und möglicherweise eine Epidemie auslösen. Daher sind vor der Transplantation eines tierischen Organs strenge Auflagen zu erfüllen⁶¹²: Danach ist der Empfänger genau zu beobachten und bei Bedarf unter Quarantäne zu stellen.⁶¹³ Der potentielle Empfänger müsste über all diese Risiken aufgeklärt werden und anschließend seine Zustimmung erklären. Derzeit werden Organe von Schweinen in Großbritannien noch nicht auf Menschen, sondern lediglich auf Primaten übertragen. Für deren Schutz sorgt der Animal (Scientific Procedures) Act 1986. Als beratendes Organ wurde UKXIRA (United Kingdom Xenotransplant Interim Regulatory Authority) gegründet. Diese Institution hat bereits einen Entwurf für eine rechtliche Regelung von Xenotransplantationen entworfen.⁶¹⁴

3. Umfang der Entnahme

Wie viele Organe entnommen werden dürfen, ist gesetzlich nicht geregelt. Somit ist der Umfang der Organentnahme grundsätzlich unbeschränkt. Natürlich werden aus medizinischen Gründen nur jene Organe entnommen, die gesund und transplantierbar sind. 2008 bis 2009 wurden durchschnittlich 3 bis 4 Organe pro Spender entnommen, meist handelte es sich um eine Niere und zumindest ein weiteres Organ.⁶¹⁵ Hat ein Patient nur der Entnahme eines bestimmten Organs zugestimmt oder seine Zustimmung mit Ausnahme bestimmter Organe erteilt, so muss dies berücksichtigt werden.⁶¹⁶ Bezüglich der Transplantation von Organen bzw Körperteilen, die nicht lebensnotwendig sind, gibt es jedoch Bedenken. Die Übertragung von Bauchwand, Kehlkopf sowie Zunge wurde bereits erfolgreich durchgeführt. Aber auch Hand- und Gesichtstransplantationen sind heutzutage möglich.⁶¹⁷ Der Human Tissue Act 2004 sieht keine Regelung vor, die die Verunstaltung des Leichnams verbieten würde, obwohl eine bestmögliche Wiederherstellung des äußeren Erscheinungsbildes gefordert wird.⁶¹⁸ Außerdem sind keinerlei umfangmäßige Beschränkun-

⁶¹² Ausführlich dazu: *Department of Health*, Xenotransplantation Guidance, 2ff.

⁶¹³ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 465.

⁶¹⁴ *British Transplant Society*, Standards for solid organ transplantation in the United Kingdom, London 2003, 49, Rz 10.2.

⁶¹⁵ *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 9, Rz 2.3.

⁶¹⁶ Specific consent: *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 35.

⁶¹⁷ *The Royal College of Surgeons of England*, Facial Transplantation. Working Party Report, London 2003, 3.

⁶¹⁸ *Human Tissue Authority*, Directions 001/2006, 11, Rz 29.e; *British Transplant Society*, Standards for solid organ transplantation, 13, Rz 2.2.1.4.

gen zu beachten, daher ergeben sich de lege diesbezüglich keine Bedenken. Allerdings ist es schwieriger, die Zustimmung der Angehörigen für die Abnahme einer Hand oder gar des Gesichts des Verstorbenen zu erhalten, als für die Entnahme innerer Organe. Derartige Übertragungen sind freilich selten, da auf Empfängerseite das Risiko bei Transplantationen von Extremitäten oder Teilen des Gesichts wesentlich größer ist, weil die Dosierung der Immunsuppressiva wesentlich höher sein muss. Dies zieht erhebliche Nebenwirkungen nach sich: Nicht nur das Risiko einer Infektion ist höher, sondern auch jenes eines erhöhten Blutdrucks, von Diabetes und Krebs steigt durch die enorme medikamentöse Behandlung.⁶¹⁹ Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige Transplantationen nicht erfolgreich verlaufen, ist also insgesamt höher. Im Oktober 2006 erhielt der britische Chirurg Peter Butler die Genehmigung des Ethikkomitees am Royal Free Hospital in London für vier vollständige Gesichtstransplantationen.⁶²⁰ Das Royal College of Surgeons äußerte Bedenken, da die immunologischen Folgen beim Menschen noch nicht beobachtet werden konnten.⁶²¹ Schätzungen zu Folge könnte es bei einem von zehn Patienten bereits innerhalb der ersten sechs Wochen zu einer akuten Abstoßung des transplantierten Gesichts kommen, bei etwa der Hälfte der Transplantationsempfänger könnte es sogar zu einer chronischen Abstoßung nach erst etwa einem Jahr kommen.⁶²² Die medizinischen und psychologischen Folgen eines solchen Verlusts können derzeit nur erahnt werden. Daher forderte das College die Einhaltung von Mindeststandards, die es 2006 in einem Report festgelegt hat.⁶²³ Die Übertragung eines ganzen Gesichts befindet sich weiterhin in der Planungsphase. Durch Weiterentwicklungen auf diesem speziellen Gebiet könnten solche Operationen häufiger durchgeführt werden.

⁶¹⁹ Shaun/Pattinson, *Medical Law & Ethics*¹, 433.

⁶²⁰ <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1532394/Full-face-transplant-gets-go-ahead.html> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁶²¹ http://observer.guardian.co.uk/uk_news/story/0,,1800266,00.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁶²² <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6083148.stm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010); *The Royal College of Surgeons of England*, Facial Transplantation. Working Party Report², London 2006, 11.

⁶²³ *The Royal College of Surgeons of England*, Facial Transplantation², 37.

4. Entnahmezweck

4.1 Scheduled purposes

1995 hielt das Nuffield Council fest, dass eine Gewebsentnahme von einem Leichnam eine Entwürdigung darstellt, sofern sie nicht zu therapeutischen Zwecken oder aufgrund spezieller Riten im Rahmen eines Begräbnisses vorgenommen wird.⁶²⁴ Dem folgend ist die Entnahme, Lagerung und Verwendung von Gewebe nur zu bestimmten Zwecken erlaubt, die in Schedule 1 des Human Tissue Acts 2004 aufgelistet sind. Man unterscheidet zwei Gruppen. Zur ersten gehören: anatomische Untersuchungen, die Ermittlung der Todesursache, die Feststellung der Wirksamkeit eines Medikamentes oder einer Behandlung nach dem Ableben des Patienten, der Erwerb wissenschaftlicher oder medizinischer Erkenntnisse über den betroffenen (lebenden oder verstorbenen) Patienten, die für andere Personen von Bedeutung sein könnten, öffentliche Ausstellung, Forschung über Krankheiten oder die Funktionsweise des Körpers sowie Transplantationen.⁶²⁵ Für diese Zwecke ist jedenfalls eine Zustimmung einzuholen. Für anatomische Untersuchungen, die ebenfalls zu dieser Gruppe zählen, sind weitere Anforderungen zu erfüllen.⁶²⁶ Die zweite Gruppe umfasst Aktivitäten, für die die Zustimmung nur dann vonnöten ist, wenn das entnommene Material von einer verstorbenen Person stammt. Zu dieser Gruppe gehört entnommenes Material, das für klinische Prüfungen, zur Ausbildung und Schulung in Bezug auf die menschliche Gesundheit, zur Leistungsüberprüfung, zur Überwachung der öffentlichen Gesundheit oder zur Qualitätssicherung verwendet werden soll.⁶²⁷ Die Aufbewahrung und Verwendung für solche Zwecke ist auch ohne Zustimmung rechtmäßig, wenn es sich um Material von einer lebenden Person handelt.⁶²⁸ Begründet wird dies damit, dass dadurch die ordnungsgemäße Durchführung der Behandlung des Patienten gewährleistet werden kann.⁶²⁹

⁶²⁴ Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue. Ethical and Legal Issues, London 1995, 49, Rz 6.29.

⁶²⁵ Schedule 1 Part 1 HT Act 2004.

⁶²⁶ Section 1 subsections 2, 3 HT Act 2004.

⁶²⁷ Schedule 1 Part 2 HT Act 2004.

⁶²⁸ Section 1 subsection 10 lit a, b HT Act 2004.

⁶²⁹ Explanatory Notes on the Human Tissue Act 2004, 3, Rz 13; nachzulesen unter: www.opsi.gov.uk/acts/en2004/2004en30.htm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

4.2 Organbanken

Bestimmte Gewebstypen wie Knochengewebe, Hornhaut oder Herzklappen lassen sich auch über einen etwas längeren Zeitraum aufbewahren. Bei Organen wie Herz, Lunge oder Nieren stellt sich die Frage der Lagerung in Organbanken nicht, da ihre Ischämietoleranz⁶³⁰ nur einige Stunden (4 bis 48 Stunden) beträgt. Daher werden Organbanken in Großbritannien richtigerweise als *tissue banks* (Gewebebanken) bezeichnet. In einem eigenen Code of Practice⁶³¹ verankerte das Gesundheitsministerium genaue Vorschriften, die Organbanken bei der Lagerung, Qualitätskontrolle, Empfängerenauswahl, Dokumentation etc zu beachten haben. Für die Lagerung von Hornhäuten stehen in Bristol und Manchester *Eye Banks* des *Corneal Transplant Service* zur Verfügung. Im Zeitraum von 2008 bis 2009 wurden beinahe alle Hornhauttransplantate über diese Einrichtung vermittelt.⁶³² Hornhaut kann auch bis zu 48 Stunden nach Eintritt des Kreislaufstillstandes entnommen und anschließend bis zu 30 Tage aufbewahrt werden.⁶³³ In diesem Bereich liegt die Versorgung mit Spendergewebe sogar bei 45 Transplantaten pro eine Million Einwohner.⁶³⁴

4.3 Intravitalkonservierung

Der behandelnde Arzt kann die Kreislauffunktionen aufrecht erhalten, um die Qualität der Organe für die geplante Transplantation zu erhalten. Im Falle, dass der Verstorbene keine Zustimmungserklärung abgegeben hat, können diese Funktionen ebenfalls aufrecht erhalten werden, obwohl sich die Ärzte erst um die Zustimmung der Angehörigen bemühen müssen.⁶³⁵ Erlaubt ist jedoch nur das Mindestmaß an Maßnahmen, die unbedingt nötig sind, um die Funktion der Organe nicht zu gefährden.⁶³⁶ Nachdem die Stabilisierung des Patienten intensivmedizinischer Betreuung bedarf, kann die Behandlung also nicht auf die bloße Beatmung beschränkt werden, wenn zusätzliche Maßnahmen notwendig sind. Die Behandlung darf jedenfalls nicht

⁶³⁰ Erklärung siehe oben Kap B. V. 4.

⁶³¹ *Department of Health, A Code of practice for Tissue Banks providing tissues of human origin for therapeutic purposes*, 2001.

⁶³² *NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009*, 39f, Rz 7.2.

⁶³³ *Price, Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge 2002, 25, FN 13.

⁶³⁴ *NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009*, 41, Rz 7.4.

⁶³⁵ Section 43 subsections 1, 2, 5 par a HT Act 2004.

⁶³⁶ *Human Tissue Authority, Code of practice 2*, Rz 128ff.

über das notwendige Ausmaß gehen. Sollten verschiedene Methoden zur Verfügung stehen, ist die am wenigsten invasive zu wählen.⁶³⁷ Sobald klar ist, dass die Zustimmung nicht erlangt werden kann, ist jede weitere Behandlung nicht mehr gerechtfertigt.⁶³⁸ Nachdem mit Hilfe der heutigen medizinischen Möglichkeiten die Stabilisierung des Patienten für durchschnittlich 4 bis 6 Stunden (max für 16 bis 18 Stunden)⁶³⁹ möglich ist, ist eine Intravitalkonservierung nicht lange durchführbar. Der Zeitrahmen, der für die Einholung der Zustimmung bleibt, ist also recht gering.

5. Eigentumsrechte an Spenderorganen

Die im Human Tissue Act 1961 erwähnte *person lawfully in possession of the body* ist va dann bemerkenswert, wenn man die Rechtsprechung auf diesem Gebiet betrachtet. Außer in Ausnahmefällen lehnt diese die Existenz von Eigentumsrechten an der Leiche ab.⁶⁴⁰ Die *no-property rule* hat sich im Laufe der Jahre gefestigt. Die Idee, dass der menschliche Körper nicht Gegenstand von Eigentumsrechten ist, scheint auf das Jahr 1644 zurückzugehen, als Sir Edward Coke behauptete, der Leichnam gehöre niemandem. Einige folgten seinen Ansichten. Doch wie sich herausstellte, waren die Argumente gegen mögliche Eigentumsrechte am Leichnam auf Grundlagen gestützt, die entweder nichts mit Toten zu tun hatten oder aber lediglich feststellten, dass Tote kein Eigentum besitzen konnten.⁶⁴¹ Obwohl also die Begründung dieser Auffassung fragwürdig ist, wurde sie durch die Gerichte immer wieder übernommen, und durch zahlreiche *obiter dicta* wurde im common law nach und nach akzeptiert, dass es keinerlei Eigentumsrechte am Leichnam gibt.⁶⁴²

Obwohl die *person in lawful possession* in den Regelungen des Human Tissue Acts 2004 nicht mehr existiert, verstummt die Diskussion um mögliche Eigentumsrechte am Leichnam nicht. Um die Frage der Existenz von Eigentumsrechten an menschlichen Leichnamen oder Körperteilen zu klären, wurde das Nuffield Council

⁶³⁷ Section 43 subsection 2 HT Act 2004.

⁶³⁸ Section 43 subsection 3 HT Act 2004.

⁶³⁹ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

⁶⁴⁰ *Williams v Williams* (1882) 20 Ch D, 659; *Dobson and another v North Tyneside Health Authority and another* [1996] 4 All ER, 474.

⁶⁴¹ Ausführlich dazu: *Grubb*, 'I, me, mine': Bodies, parts and property, *Medical Law International* 1998/3, 299 (307).

⁶⁴² *Grubb*, 'I, me, mine', *Medical Law International* 1998/3, 299 (307); *Skegg*, *Medical Uses of Corpses and the 'No Property' Rule*, *MedSciLaw* 1992/32, 311 (311f).

on Bioethics ins Leben gerufen, das 1995 seinen Bericht „Human Tissue. Ethical and Legal Issues“ veröffentlichte. Das Nuffield Council erläutert in seinem Bericht, dass Organspender idR kein Interesse daran haben, Eigentumsrechte über die Organe geltend zu machen, da das Wort „Spende“ ja schon darauf hindeutet, dass die Überlassung ein „Geschenk“ (*gift*) ist.⁶⁴³ Andererseits impliziert die bloße Zustimmung zur Entnahme noch keinen Verzicht auf die entnommenen Organe/Gewebe.⁶⁴⁴ Andere wiederum behaupten gar, dass der menschliche Körper als Leihgabe der Natur gesehen werden sollte und daher jegliche Annahme von Eigentumsrechten abzulehnen sei.⁶⁴⁵ Eine weitere Theorie besagt, dass Organe und Gewebe mit dem Zeitpunkt der Entnahme in das Eigentum jener Person übergehen, von der diese entnommen wurden. Diese kann die entnommenen Organe natürlich spenden, Voraussetzung ist jedoch, dass – zumindest für kurze Zeit – Eigentumsrechte daran entstanden sind.⁶⁴⁶

Im Fall *Dobson v North Tyneside Health Authority*⁶⁴⁷ wurde die Frage erläutert, ob Angehörigen Eigentumsrechte an Leichenteilen des Verstorbenen zukommen. In diesem Fall wurde das Gehirn des Verstorbenen zur genaueren Untersuchung entnommen. Zwei Jahre später wollten die Angehörigen das entnommene Gewebe als Beweis in einem Rechtsstreit wegen eines möglichen Fehlverhaltens des damals behandelnden Arztes verwenden. Mittlerweile waren die fraglichen Proben jedoch entsorgt worden. Der Court of Appeal urteilte, dass Angehörige keine Eigentumsrechte am Leichnam oder an Teilen davon haben.⁶⁴⁸ Überdies wurde in diesem Urteil dargelegt, dass sich der Leichnam bis zum Zeitpunkt der Beerdigung unter der Aufsicht und im Besitz des Testamentsvollstreckers bzw des Nachlassverwalters oder einer anderen Person, die für die Beerdigung verantwortlich ist, befindet. Angehörige haben dieses Recht nur dann, wenn sie für die Beerdigung verantwortlich sind.⁶⁴⁹ Darüber hinaus haben die Angehörigen keinerlei Eigentumsrechte in Bezug auf den Leichnam.⁶⁵⁰ Im Fall *R v Kelly*⁶⁵¹ wurde die Frage der Diebstahlsfähigkeit und der damit verbundenen Eigentumsrechte am menschlichen Körper und an seinen Einzel-

⁶⁴³ Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue, 68, Rz 9.4.

⁶⁴⁴ Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue, 69, Rz 9.7.

⁶⁴⁵ Emson, It is immoral to require consent for cadaver organ donation, JMedEth 2003/29, 125 (125).

⁶⁴⁶ Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue, 69, Rz 9.7.

⁶⁴⁷ *Dobson v North Tyneside Health Authority and another* [1996] 4 All ER, 474.

⁶⁴⁸ *Dobson v North Tyneside Health Authority and another* [1996] 4 All ER, 474.

⁶⁴⁹ *Dobson v North Tyneside Health Authority and another* [1996] 4 All ER, 474 (478); Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 527, Rz 15.25; Skegg, Medical Uses of Corpses and the 'No Property' Rule, MedSciLaw 1992/32, 311 (312).

⁶⁵⁰ Grubb, 'I, me, mine', Medical Law International 1998/3, 299 (309).

⁶⁵¹ *R v Kelly and another* [1998] 3 All ER, 741.

teilen erläutert. Vorerst wurde das grundsätzliche Prinzip, dass weder der menschliche Körper noch Teile davon Gegenstand von Eigentumsrechten sind, betont. Unter bestimmten Umständen kann es jedoch zu Ausnahmen kommen. Der Court of Appeal stützte sich in diesem Fall auf das Urteil *Doodeward v Spence*⁶⁵² des Australischen High Court sowie auf die Dobson-Entscheidung und bestätigte erneut die allgemeine Regel des common law, dass grundsätzlich keine Eigentumsrechte an menschlichen Körperteilen bestehen. Werden aber bestimmte Techniken angewendet, die besondere Fachkenntnis voraussetzen (Einbalsamierung, Sezierung, Konservierung für Ausstellungs- oder Ausbildungszwecke), können Eigentumsrechte am behandelten Organ erworben werden.⁶⁵³ Diese Rechte stehen demjenigen zu, der die Arbeit verrichtet hat.⁶⁵⁴

Im Kelly-Urteil wurde eine Vermutung angestellt, die auch Spenderorgane betreffen könnte: Nachdem sich das common law durchaus weiterentwickeln kann, könnten Teile des menschlichen Körpers (zB Organe) Gegenstand von Eigentumsrechten werden, auch ohne spezielle Eigenschaften aufgrund von Verfahren zu erlangen, die spezielle Fachkenntnisse erfordern. Dies könnte dann der Fall sein, wenn ihre Existenz einen bestimmten Nutzen bzw eine besondere Bedeutung hat, beispielsweise dann, wenn sie Transplantationszwecken dienen.⁶⁵⁵ Offen bleibt jedoch, wer im Besitz dieser Rechte sein soll. *Mason* und *McCall Smith* sind der Meinung, dass diese Rechte eindeutig ihrem „Entdecker“ zustehen. Darunter sollte wohl der Transplantationschirurg zu verstehen sein. Sollte sich die Rechtsprechung dahingehend entwickeln, wären entfernte Teile des Körpers von der generellen Regel der *no-property rule* ausgenommen.⁶⁵⁶ ME bleibt in diesem Fall zu bedenken, dass die Organe binnen relativ kurzer Zeit transplantiert werden müssen. Daher müssen die Eigentumsrechte – wem auch immer sie zustehen sollen – nach kurzer Zeit wieder aufgegeben werden, da sich die Organe im Körper des Empfängers befinden. Ab diesem Zeitpunkt können die Organe nicht mehr Gegenstand von Eigentumsrechten eines Dritten sein.

⁶⁵² *Doodeward v Spence* (1908) 6 CLR, 406, Aust HC.

⁶⁵³ Diese Ausnahmeregelung ist auch unter dem Begriff *Doodeward exceptions* bekannt, benannt nach dem australischen Fall *Doodeward v Spence* (1908) 6 CLR, 406, Aust HC.

⁶⁵⁴ *Mason/McCall Smith*, *Law and Medical Ethics*⁷, 527, Rz 15.26; *A B and Others v Leeds Teaching Hospital NHS Trust and Cardiff and Vale NHS Trust* [2004] EWHC 644 (QB), *Lloyd's Law Reports* 2005, 2.

⁶⁵⁵ *R v Kelly and another* [1998] 3 All ER, 741 (750).

⁶⁵⁶ *Grubb*, 'I, me, mine', *Medical Law International* 1998/3, 299 (312).

Im Fall *A B v Leeds Teaching Hospital NHS Trust*⁶⁵⁷ erhoben Angehörige eines Verstorbenen ua Klage wegen psychischer Schäden, die sie aufgrund einer Entnahme erlitten hatten; die Klage blieb jedoch erfolglos. Denkbar wäre jedoch, dass nachweisbar aufgetretene psychische Schäden bei Verwandten und anderen Nahestehenden, die diese aufgrund der Verstümmelung des Spenders erlitten haben, in einer Klage münden könnten. Sofern eine tatsächliche Auswirkung auf den psychischen Zustand festgestellt werden kann, könnte eine solche Klage Erfolg haben.⁶⁵⁸ Bisher ist eine solche Entwicklung durch die Rechtsprechung jedoch bloß angedacht, aber noch nicht umgesetzt.

Der Human Tissue Act 2004 nimmt nur an einer Stelle Bezug zu Eigentumsrechten an menschlichen Körperteilen. Gewebe, das aufgrund von der Anwendung spezieller Techniken, deren Anwendung besonderes Fachwissen erfordert, Gegenstand von Eigentumsrechten wurde, ist vom generellen Handelsverbot von Organen und Geweben zu Transplantationszwecken ausgenommen.⁶⁵⁹ Damit folgt dieses Gesetz der in Dobson und Kelly entwickelten Rechtsmeinung. Die Formulierung nimmt zwar Körperteile, die auf diese Art und Weise zu Eigentum geworden sind, vom allgemeinen Handelsverbot aus, verbietet aber nicht den Erwerb von Eigentumsrechten auf andere Weise. Daher bleibt das Gesetz gegenüber neuen Rechtsentwicklungen auf diesem Gebiet offen.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ *A B and Others v Leeds Teaching Hospital NHS Trust and Cardiff and Vale NHS Trust* [2004] EWHC 644 (QB), Lloyd's Law Reports 2005, 1.

⁶⁵⁸ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1120.

⁶⁵⁹ Section 32 par lit c Human Tissue Act 2004.

⁶⁶⁰ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 473.

6. Entnahmeort

Die Gemeinnützigkeit ist in Großbritannien kein Kriterium für Entnahmekrankenanstalten. Viele der im Human Tissue Act 2004 erwähnten *scheduled purposes* dürfen nur von Personen durchgeführt werden, die von der Human Tissue Authority eine dementsprechende Lizenz erhalten haben. Die Transplantation von Organen fällt jedoch nicht darunter⁶⁶¹, nur die Lagerung von Leichen oder menschlichem Gewebe bedarf einer solchen Lizenz.⁶⁶² Im Bereich der Transplantationsmedizin gilt dies also lediglich für Organbanken, nicht für Krankenanstalten, an denen Entnahmen durchgeführt werden. Wird bei einem Patienten in einer Krankenanstalt der Hirnstammtod festgestellt und wurde eine allfällig notwendige Zustimmung der Angehörigen eingeholt, wird der potentielle Spender an UK Transplant gemeldet.⁶⁶³ Diese Aufgabe wird durch den Spender-Transplantationskoordinator erledigt, der auch während des gesamten Entnahmeprozesses anwesend ist und sicherstellt, dass den Wünschen der Angehörigen entsprochen wird.⁶⁶⁴ Die Krankenanstalt, an der die Entnahme des Organs oder der Organe vorgenommen wird, muss für einen derartigen Eingriff geeignet sein. Das heißt, es muss sichergestellt sein, dass das Risiko einer Verunreinigung mit Bakterien oder Ähnlichem während der Entnahme minimal ist.⁶⁶⁵

Die Entnahme des Organs bzw der Organe wird von einem Transplantations-team eines Transplantationszentrums durchgeführt. Jedes dieser Zentren ist für einen geographisch definierten Bereich zuständig und entsendet das Entnahmeteam bei Bedarf in die jeweilige Krankenanstalt.⁶⁶⁶ Diese Teams unterscheiden sich in Zusammensetzung und Größe, auch die Art der Finanzierung dieser Teams variiert. Da die Mitglieder solcher Teams häufig auch noch andere Verpflichtungen haben, stehen ihre Dienste nicht immer zur Verfügung. Vielfach können sie das Spenderkrankenhaus nicht frühzeitig bei der medizinischen Betreuung des Spenders unterstützen. Deshalb sind diese Entnahmeteams mehr oder weniger auf die Hilfe des lokalen

⁶⁶¹ Section 16 HT Act 2004.

⁶⁶² Section 16 subsection 2 par e HT Act 2004.

⁶⁶³ http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/organ_allocation_more.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁶⁶⁴ UK Transplant, Donor Retrieval Process for Hearts and Lungs, Bristol 2005, 3.1.2. Weiteres zu den Transplantationskoordinatoren unten Kap E. III. 7.3.

⁶⁶⁵ Human Tissue Authority, Directions 001/2006, 11, Rz 30.

⁶⁶⁶ Organ Donation Taskforce, Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Task Force, London 2008, 24, Rz 2.13.

medizinischen Personals des Spenderkrankenhauses angewiesen.⁶⁶⁷ In Schottland wurde 2004/2005 versuchsweise ein für sämtliche Organentnahmen zuständiges Organentnahmeteam eingesetzt. Die Ergebnisse zeigten, dass die Arbeit des Anästhesisten, der das Spenderkrankenhaus schon frühzeitig bei der Betreuung des Spenders unterstützte, sich positiv auswirkte und die Ergebnisse dieses Teams bemerkenswert waren.⁶⁶⁸ Aktuelle Überlegungen strengen eine Optimierung des Entnahmeprozesses durch selbständige Entnahmeteams an, die keine Unterstützung vom Spenderkrankenhaus benötigen. Diese sollten rund um die Uhr zur Verfügung stehen, gut ausgebildet und optimal koordiniert sein.⁶⁶⁹

7. Verteilung der Organe

7.1 Organmangel

Der Fortschritt in der Transplantationsmedizin macht es möglich, dass nicht nur mehr verschiedene Organtypen transplantiert werden können, sondern auch, dass die Spenderorgane vom Körper des Empfängers besser angenommen werden können und über beachtlich lange Zeit funktionstüchtig bleiben. Wegen dieser medizinischen Erfolge werden immer mehr Transplantationen durchgeführt, weshalb sich das Problem des Organmangels zusätzlich verstärkt. Gerade in Staaten wie Großbritannien, in denen aufgrund der Gesetzeslage weniger Organe „gewonnen“ werden können, ist dieses Problem gravierend. Außerdem warten – aufgrund der erweiterten Transplantationsmöglichkeiten – mehr Menschen auf Spenderorgane als früher. Die optimale Versorgung wäre – wie oben⁶⁷⁰ bereits erwähnt – bei 30 Organspendern pro einer Million Einwohner gewährleistet. In Großbritannien kommen auf eine Million Einwohner jedoch nur 14,9 Spender.⁶⁷¹ Ein beträchtlicher Teil der Spenderorgane von Toten stammt dabei von meist relativ jungen Verkehrsoffern. Aufgrund der verbesserten Verkehrssicherheit ist auch die Zahl dieser potentiellen Spender im Sinken begriffen. Überdies bleibt das Problem, dass Organe von solchen gesunden Men-

⁶⁶⁷ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 45f, Rz 4.42.

⁶⁶⁸ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 24f, Rz 2.16.

⁶⁶⁹ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 46, Rz 4.44.

⁶⁷⁰ Kap D. III. 7.1.

⁶⁷¹ *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 10, Table 2.4.

schen oftmals nicht entnommen werden können, weil zu Lebzeiten keine Zustimmungserklärung abgegeben wurde.⁶⁷² Daher ist man zusätzlich bemüht, Alternativen zu finden, die dazu beitragen könnten, den Bedarf an Spenderorganen zu decken.⁶⁷³

Der von der britischen Regierung entworfene *Plan for the Future*⁶⁷⁴ reicht nach Meinung von *Mason* und *McCall Smith* nicht weit genug, um die Verfügbarkeit von Transplantaten zu verbessern. Der *Plan for the Future* beinhaltet beispielsweise eine Passage, wonach Organe aufgrund des Widerspruches von Angehörigen unabhängig von der geltenden Rechtslage auch künftig nicht entnommen werden sollen.⁶⁷⁵ Hat aber ein Patient der Entnahme seiner Organe zugestimmt, so ist diesem Willen grundsätzlich Folge zu leisten. In der Praxis scheinen Ärzte es jedoch zu vermeiden, darauf zu bestehen, dass diesem Willen ungeachtet der Wünsche der Angehörigen nachgekommen wird. Diese Vorgangsweise ist jedoch abzulehnen, da keine Rechtfertigung dafür besteht, den Willen des Verstorbenen derart zu missachten.⁶⁷⁶

Der Mangel an verfügbaren Spenderorganen gibt immer wieder Anlass für Vorschläge und Programme, um die Versorgung der Patienten, die auf ein Spenderorgan warten, zu verbessern. Einerseits wird ständig nach verbesserten medizinischen Methoden gesucht, wie man Transplantationen unterstützen kann – zB durch verbesserte Praktiken, Organe zu gewinnen und in einem optimalen Zustand zu erhalten, die Forschung nach Alternativen, wie dem Einsatz künstlicher oder tierischer Organe⁶⁷⁷, wird massiv gefördert. Andererseits wurde mehrfach eine Änderung der rechtlichen Regelungen auf diesem Gebiet vorgeschlagen. Bisher konnten sich diese Vorschläge jedoch größtenteils nicht durchsetzen. 1999 sprach sich die British Medical Association deutlich für die Einführung der Widerspruchslösung aus⁶⁷⁸, doch bis zum heutigen Tag konnte sich der britische Gesetzgeber nicht zu dieser grundlegenden Änderung durchringen.

⁶⁷² *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 496, Rz 14.46f.

⁶⁷³ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 421.

⁶⁷⁴ *Department of Health*, Draft Consultation Document for Comment. Organ and Tissue Transplantation. A Plan for the Future, 2001.

⁶⁷⁵ *Department of Health*, A Plan for the Future, par 28.

⁶⁷⁶ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 498, Rz 14.49.

⁶⁷⁷ Ausführlich dazu: *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 457ff.

⁶⁷⁸ *Beecham*, BMA wants presumed consent for organ donors, BMJ 1999, 319 (319).

Emson vertritt sogar die Ansicht, dass jegliche Zustimmung zur Entnahme von Organen überflüssig sei, da der Bedarf der Organempfänger schwerer wiegt als das Interesse der Angehörigen bzw des Verstorbenen selbst an einem unversehrten Leichnam. Besonders die Zustimmung der Angehörigen sei va dann unnötig, wenn der Verblichene zu Lebzeiten zugestimmt oder sich zu diesem Thema nicht geäußert hat. Dem potentiellen Empfänger ein lebenswichtiges Organ vorzuenthalten sei nicht mit dem Schutz der Familie des Verblichenen vor psychischer Beeinträchtigung durch den Eingriff am Leichnam zu rechtfertigen. Obwohl *Emson* jegliche Form der Zustimmung für unmoralisch hält, räumt er richtigerweise ein, dass aufgrund des Selbstbestimmungsrechtes des einzelnen zumindest ein Widerspruch gegen Organentnahmen gesetzlich vorgesehen sein muss. Letztendlich spricht er sich ebenfalls für die Einführung der Widerspruchslösung aus.⁶⁷⁹

Cronin bezweifelt die Existenz von über den Tod reichenden Persönlichkeitsrechten, da ein Toter nicht mit der Person gleichzusetzen ist, die er einmal war. Überdies sei es nicht einzusehen, warum die Interessen der Angehörigen gegenüber jenen des potentiellen Organempfängers höher zu bewerten seien. *Cronin* spricht sich für eine verpflichtende Organspende aus, wodurch den Angehörigen des Spenders auch die schmerzhaft Auseinandersetzung mit dem Thema der Organentnahme erspart werden könnte. Eine tote Person habe keinerlei Selbstbestimmungsrechte mehr, weshalb auch die Missachtung der Wünsche bezüglich der Unversehrtheit des Leichnams durch die höher zu bewertenden Interessen des Organempfängers gerechtfertigt seien.⁶⁸⁰ Die Verwirklichung dieser Ansicht käme jedoch der Realisierung der Notstandslösung⁶⁸¹ gleich, was aus grundrechtlichen Überlegungen nicht zu rechtfertigen wäre.

Um das Spenderorganaufkommen zu erhöhen, wurde versucht, die Bevölkerung mit dem Thema der Organspende vertraut zu machen und ihr die Möglichkeit zur Zustimmung möglichst zu vereinfachen. 1994 wurde ein Register ins Leben gerufen, in das sich Personen, die bereit sind Organe zu spenden, eintragen lassen können. Verwaltet wird dieses Register durch die United Kingdom Transplant Support

⁶⁷⁹ *Emson*, It is immoral to require consent for cadaver organ donation, JMedEth 2003/29, 125 (126f).

⁶⁸⁰ *Cronin*, Transplants save lives, defending the double veto does not: a reply to Wilkinson, JMedEth 2007/33, 219 (219).

⁶⁸¹ Siehe Kap C. IV.

Services mit Sitz in Bristol, wo auch die Datenbank der auf ein Spenderorgan wartenden Patienten geführt wird. Das Spenderregister steht den Transplantationskoordinatoren rund um die Uhr zu Verfügung.⁶⁸² Mittlerweile ist es sogar möglich, den Wunsch, seine Organe im Falle des Ablebens zur Verfügung zu stellen, im Führerschein vermerken zu lassen. Dieser Vermerk wird zusätzlich an das Spenderregister weitergeleitet.⁶⁸³ Auf diese Weise wird – zumindest theoretisch – jeder Bürger, der einen Führerschein ausgestellt bekommt, mit der Thematik konfrontiert und muss sich nicht zusätzlich um den Eintrag in das Register kümmern.

In manchen Fällen lehnen Angehörige eines potentiellen Organspenders die Entnahme ab, obwohl der verstorbene Patient einer solchen zugestimmt hat. *Mason* und *McCall Smith* vermuten den Grund hierfür im mangelnden Verständnis des Hirntodkonzeptes. Immerhin scheint es doch eine Barriere zu sein, Organentnahmen zuzustimmen, wenn der Verstorbene noch zu atmen scheint. Daher fordern sie Aufklärungsmaßnahmen und hoffen auf die Tätigkeit der Transplantationskoordinatoren, die vor allem Multiorganspenden fördern sollten.⁶⁸⁴ Weiters hat das Gesundheitsministerium empfohlen, die Angehörigen über das Ergebnis der Transplantation zu informieren.⁶⁸⁵

7.2 Suche nach Alternativen

Auf medizinischem Sektor wird nach verschiedenen Methoden gesucht, um mehr Spenderorgane zu erhalten. Eine mittlerweile verbotene Praktik war die sogenannte „*elective ventilation*“: Dabei wurden Patienten, die bereits im tiefen Koma lagen und bei denen Hirnblutungen festgestellt wurden, mit Zustimmung ihrer Angehörigen von der normalen Station auf die Intensivstation verlegt. Dort wurden sie solange künstlich beatmet, bis der Hirntod festgestellt wurde. Tatsächlich konnten dadurch mehr Transplantationsorgane gewonnen werden, allerdings stellte sich heraus, dass diese Methode einige Schwierigkeiten mit sich brachte: Medizinische Maßnahmen für einen geschäftsunfähigen Patienten können im common law nur nach Zustimmung in seinem besten Interesse ergriffen werden, die Zustimmung seiner Angehörigen ist

⁶⁸² *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1163.

⁶⁸³ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1163.

⁶⁸⁴ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 503, Rz 14.59.

⁶⁸⁵ *Department of Health*, A Plan for the Future, par 13.

unbeachtlich.⁶⁸⁶ Die *elective ventilation* konnte nicht als Teil einer Transplantation betrachtet werden und die Verlegung auf die Intensivstation geschah auch nicht im bloßen Interesse des Patienten, sondern genau genommen nur aus dem Grund, dass sich dieser Patient als Spender eignen würde.⁶⁸⁷ Durch die künstliche Beatmung wurde das Leben des betroffenen Patienten unnötigerweise verlängert, was das House of Lords in der Entscheidung *Bland* als unrechtmäßig erachtete.⁶⁸⁸ Überdies wurden dadurch Betten in der Intensivstation belegt, die eventuell dringend von Patienten gebraucht werden konnten, die Genesungsaussichten hatten.⁶⁸⁹

Ferner wurde versucht, auf die Interessen der Angehörigen einzugehen, indem man ihnen ermöglichte, die endgültige Verwendung der entnommenen Organe zu bestimmen. Schließlich bedeutete nach der alten Rechtslage unter dem Human Tissue Act 1961 eine Zustimmung zur Organspende, dass das entnommene Material nicht nur für Transplantationszwecke, sondern auch für Forschungs- und Unterrichtszwecke verwendet werden konnte. Durch die *conditional donation* (bedingte Spende) sollten die Angehörigen Einfluss auf die endgültige Bestimmung der entnommenen Organe erhalten. Als 1998 jedoch Angehörige eines Verstorbenen die Bedingung anführten, nur weiße Empfänger sollten die Organe erhalten, schritt das Gesundheitsministerium ein: Rassistische Diskriminierungen haben in einer demokratischen Gesellschaft schließlich keinen Platz. Rassistischen Wünschen nachzukommen würde einen Verstoß gegen den Race Relations Act 1976 darstellen. Daher wurde jegliche Form der bedingten Spende aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der Nächstenliebe, das bei Transplantationen maßgeblich sei, abgelehnt.⁶⁹⁰ Spenderorgane müssen an jene vergeben werden, die ihrer am nötigsten bedürfen.⁶⁹¹ Diese grundsätzliche Ablehnung der bedingten Spende wird von *Mason* und *McCall Smith* zurückgewiesen, zumindest unter bestimmten Voraussetzungen könnte man diese in Erwägung ziehen.⁶⁹² Denkbar wäre beispielsweise die Spende unter der Bedingung, dass das Organ einem Verwandten implantiert wird. Weiters könnten Bedingungen unter dem Vorbehalt akzeptiert werden, dass der Empfänger nicht nur die gewünsch-

⁶⁸⁶ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 427.

⁶⁸⁷ *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 502, Rz 14.58.

⁶⁸⁸ *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] 1 All ER, 821 (822).

⁶⁸⁹ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 427f.

⁶⁹⁰ *Department of Health*, An Investigation into Conditional Organ Donation, 2000, 23f, Rz 5.3.

⁶⁹¹ *Department of Health*, Conditional Organ Donation, 25, Rz 6.1.

⁶⁹² *Mason/McCall Smith*, Law and Medical Ethics⁷, 505, Rz 14.66.

te Bedingung erfüllt, sondern auch den größten Bedarf danach hat.⁶⁹³ Dies kann me nur dann zielführend sein, wenn die Zustimmung zur Organentnahmen ohne die damit verbundene Bedingung verweigert würde, da andernfalls die Zahl der Spenderorgane weiter vermindert würde. Auch *Wilkinson* vermutet, dass der Grund für die generelle Ablehnung von *conditional organ donations* in der möglichen negativen Auswirkung auf die Zahl der verfügbaren Spenderorgane liegt.⁶⁹⁴

Es lässt sich nicht verleugnen, dass durch die Zustimmungslösung wesentlich weniger Organe zur Verfügung stehen, als bei der Widerspruchslösung.⁶⁹⁵ Deshalb wird die Forderung nach einer Abkehr von diesem System und nach der Einführung der Widerspruchslösung – zumindest in einer abgeschwächten Form – regelmäßig geäußert und diskutiert. 1993 gab es sogar den Versuch, durch die Transplantation of Human Organs Bill 1993 die Widerspruchslösung gesetzlich zu verankern. Doch bisher lehnte der britische Gesetzgeber eine dahingehende Änderung immer wieder ab.⁶⁹⁶

Auf der Suche nach einer neuen rechtlichen Regelung von Organspenden, die möglicherweise zu einer Quantitätssteigerung der Spenderorgane führen könnte, beobachten britische Wissenschaftler die Rechtslage und deren Auswirkungen in anderen Staaten. Österreich wird immer wieder als Beispiel für die Anwendung der Widerspruchslösung (*presumed consent*) in ihrer ursprünglichen Version angeführt.⁶⁹⁷ Eine abgeschwächte Form existiert in Belgien: Hier wird prinzipiell jeder Verstorbene, der zu Lebzeiten nicht widersprochen hat, als potentieller Organspender betrachtet, es sei denn, seine Angehörigen lehnen dies ab. Es besteht jedoch keine Verpflichtung der Ärzte, die Angehörigen nach ihrem Willen zu fragen, diese müssen von sich aus aktiv werden. In Frankreich und Spanien verhindert jeglicher informeller Widerspruch die Organentnahme: Das heißt, die Ärzte sind zumeist gezwungen, die Angehörigen zu fragen, ob der Verstorbene zu Lebzeiten seinen Willen geäußert hat, keine Organe spenden zu wollen. Offiziell werden die Angehörigen also nach den Wünschen des Verstorbenen gefragt, tatsächlich können diese natürlich in seinem Na-

⁶⁹³ *Wilkinson*, What's wrong with conditional organ donation?, JMedEth 2003/29, 163 (163f).

⁶⁹⁴ *Wilkinson*, What's wrong with conditional organ donation?, JMedEth 2003/29, 163 (164).

⁶⁹⁵ *The Chief Medical Officer*, Annual Report 2006, London 2007, 30, Figure 6.

⁶⁹⁶ *New/Solomon/Dingwall/McHale*, A Question of Give and Take. Improving the supply of donor organs for transplantation, King's Fund Institute, London 1994, 56f.

⁶⁹⁷ Beispielsweise: *The Chief Medical Officer*, Annual Report 2006, 31.

men ihren eigenen Willen kundtun.⁶⁹⁸ Obwohl die Widerspruchslösung für einige attraktiv zu sein scheint, bleiben einige Bedenken und etwas Skepsis bestehen. Schließlich könne keine Form der Widerspruchslösung garantieren, dass der Wunsch des Verstorbenen berücksichtigt würde.⁶⁹⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Zustimmungslösung die unbedingte Beachtung der Wünsche des einzelnen nicht versichern kann. Immerhin zeigen Statistiken, dass die Mehrheit der Bevölkerung in Großbritannien Organspenden befürwortet, die Einträge im Zustimmungsregister zeigen jedoch, dass nur wenige davon die Mühe auf sich nehmen, um aktiv zuzustimmen, selbst wenn dies ihr ausdrücklicher Wunsch wäre.⁷⁰⁰

Der Berücksichtigung der Interessen und Gefühle der Angehörigen eines potentiellen Organspenders ist nach Meinung der Konferenz der Europäischen Gesundheitsminister bei der Widerspruchslösung größeres Gewicht zuzugestehen als bei der Zustimmungslösung. Immerhin handelt es sich im ersten Fall nicht um den ausdrücklichen Willen des Verstorbenen, sondern nur um den vermuteten, während die ausdrückliche Zustimmung wohl eindeutig den Willen des Patienten erkennen lässt. *New, Solomon, Dingwall und McHale* befürchten aufgrund dieser beiden Argumente – die Berücksichtigung der Wünsche des Verblichenen könne nicht sichergestellt werden und die Interessen der Angehörigen werden nicht gebührend einbezogen – negative Auswirkungen auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Medizin.⁷⁰¹ Ferner führen sie ein Beispiel aus Frankreich an, um die Bedeutung des Gesprächs mit den Angehörigen zu erläutern: 1979 wurde die Hornhaut einer Frau transplantiert, die kurz vor ihrem Tod mit Tollwut infiziert wurde, wodurch diese Krankheit an den Empfänger übertragen wurde. *New, Solomon, Dingwall und McHale* betonen, dass dies hätte verhindert werden können, indem man die Angehörigen, die von dieser Erkrankung wussten, befragt hätte.⁷⁰² ME ist es jedoch in Staaten, die sich für die Widerspruchslösung entschieden haben, nicht ausgeschlossen, mit den Angehörigen in Kontakt zu treten. Außerdem wäre in diesem Fall zu prüfen, ob die vor der Transplantation durchgeführten Untersuchungen ausreichend waren, oder weshalb die Erkrankung unentdeckt blieb.

⁶⁹⁸ *New/Solomon/Dingwall/McHale*, A Question of Give and Take, 57.

⁶⁹⁹ *New/Solomon/Dingwall/McHale*, A Question of Give and Take, 61.

⁷⁰⁰ *The Chief Medical Officer*, Annual Report 2006, 30, Figure 5.

⁷⁰¹ *New/Solomon/Dingwall/McHale*, A Question of Give and Take, 62.

⁷⁰² *New/Solomon/Dingwall/McHale*, A Question of Give and Take, 62.

Obwohl die Einführung der Widerspruchslösung von medizinischer Seite aus willkommen wäre, sind Rechtswissenschaftler überwiegend skeptisch: Das System des *presumed consent* wäre nur unter bestimmten Bedingungen denkbar. Oberste Priorität hätte die umfassende Information der Bevölkerung; Angehörige müssten sich darauf verlassen können, die Möglichkeit eines Widerspruchs wahrnehmen zu können, der von den behandelnden Ärzten zu berücksichtigen ist; die Widerspruchsmöglichkeit müsste so einfach wie möglich gestaltet sein und bei bestimmten Personengruppen wie etwa geistig behinderten Menschen oder Angehörigen bestimmter Religionen dürften die Regeln des *presumed consent* keine Anwendung finden.⁷⁰³ Diese und andere Bedenken werden regelmäßig diskutiert. Doch bevor es eine Änderung der Gesetzeslage geben soll, empfiehlt das Gesundheitsministerium die genaue Beobachtung und Analyse der Meinung in der Bevölkerung und der medizinischen Experten.⁷⁰⁴

Auch andere Modelle wie das amerikanische *required request/routine enquiry* werden kritisch beobachtet. In Amerika müssen die Angehörigen potentieller Organspender befragt werden, ob sie die Entnahme von Organen zulassen würden (*required request*) oder der Patient und/oder seine Familie werden über die Möglichkeit der Organspende informiert (*routine enquiry*).⁷⁰⁵ Diese Lösung scheint aber nicht überzeugend, da sie einerseits ineffektiv und andererseits aus ethischer Sicht problematisch ist. Die Anzahl der Zustimmungserklärungen ist gering, wenn die Angehörigen bloß danach gefragt werden, und die psychische Belastung der Ärzte ist enorm.⁷⁰⁶ Diesbezüglich ist die Situation in Staaten, die sich für die Zustimmungslösung entschieden haben, allerdings ähnlich. Liegt keine Zustimmung des Patienten vor, werden die Angehörigen darum gebeten. Die äußerst schwierige Situation, die Angehörigen um die Erlaubnis zur Organentnahme zu bitten, kurz nachdem ein Familienmitglied verstorben ist, ist und bleibt problematisch.

Festgehalten werden muss, dass va die Bemühungen von NHS Blood and Transplant zu positiven Ergebnissen geführt haben: Der Anteil der im Zustimmungsregister eingetragenen Personen beträgt mittlerweile etwas mehr als 25 Prozent der

⁷⁰³ New/Solomon/Dingwall/McHale, A Question of Give and Take, 63, Box 8.

⁷⁰⁴ Department of Health, A Plan for the Future, 7f, Rz 27.

⁷⁰⁵ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 432.

⁷⁰⁶ Price, Legal and ethical aspects of organ transplantation, 103ff; New/Solomon/Dingwall/McHale, A Question of Give and Take, 63.

Bevölkerung und durch die Heranziehung von wesentlich mehr Lebendspendern und *non-heart beating donors* konnte die Zahl der Spenderorgane wesentlich erhöht werden. Die Zahl der Spenden von Patienten, deren Tod mit Hilfe der Hirnstammtodeskriterien festgestellt wurde, ist im gleichen Zeitraum jedoch gesunken.⁷⁰⁷ Zur Verbesserung der momentanen Situation in der britischen Transplantationsmedizin wurde die Errichtung einer Organ Donation Organisation vorgeschlagen, die für das Spendedeschehen in ganz Großbritannien verantwortlich sein soll⁷⁰⁸ und die Arbeit der Transplantationskoordinatoren unterstützen soll.⁷⁰⁹

7.3 UK Transplant

Die Verteilung der Spenderorgane wird in Großbritannien von der NHS Blood and Transplant koordiniert. Dieses Gremium hat die Aufgabe sicherzustellen, dass die verfügbaren Organe nach gerechten und ethischen Grundsätzen verteilt werden. Diese Organisation wurde 1991 als UK Transplant Supply Service gegründet und im Jahr 2000 in UK Transplant umbenannt.⁷¹⁰ Bis 2005 teilten sich UK Transplant und die National Blood Authority die Überwachung der gerechten Verteilung der verfügbaren Spenderorgane, 2005 wurden sie zusammengelegt und sind heute als eine einheitliche Organisation tätig, die NHS Blood and Transplant genannt wird.⁷¹¹ UK Transplant tritt jedoch nach wie vor unter ihrem eigenen Namen als Teil von NHS Blood and Transplant in Erscheinung.

UK Transplant verteilt die Spenderorgane mit Hilfe einer nationalen *transplant database*, in der die Daten von Patienten, die auf ein Spenderorgan warten bzw eines erhalten haben, sowie die Daten der Spender verwaltet werden.⁷¹² Mit Hilfe des Computersystems wird der am besten geeignete Empfänger ermittelt bzw jenes Transplantationszentrum, dem das Organ angeboten werden soll.⁷¹³ Je nach Organ sind unterschiedliche medizinische Kriterien ausschlaggebend dafür, welcher Emp-

⁷⁰⁷ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 4f, Rz 1.9f.

⁷⁰⁸ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 31f, Recommendation 1.

⁷⁰⁹ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 42, Recommendation 9.

⁷¹⁰ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 438.

⁷¹¹ National Blood Authority and UK Transplant (Abolition) Order 2005, SI 2005/2352.

⁷¹² http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/organ_allocation.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁷¹³ http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/organ_allocation.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

fänger die besten Voraussetzungen für ein Transplantat hat. Obwohl einige Organe – wie beispielsweise die Leber – nur kurze Zeit außerhalb des lebenden Organismus überleben können, werden solche Organe nicht automatisch im Entnahmekrankenhaus transplantiert. Ein entnommenes Organ muss jedenfalls über UK Transplant vermittelt werden, da Spender mit einem high urgency-Status – also solche, die ohne Transplantat nur noch wenige Stunden bis Tage zu leben haben – Vorrang haben. Sollten keine derart dringenden Fälle vorliegen, werden besonders empfindliche Organe an das nächstgelegene Transplantationszentrum übergeben. Sollte dies nicht das Entnahmekrankenhaus sein, wird das Organ national angeboten und nach einem Punktesystem vergeben, das je nach Organ Unterschiede aufweisen kann. Bei Spendernieren beispielsweise werden Kinder bevorzugt, da deren Wachstum durch die Dialysebehandlung erheblich beeinträchtigt werden kann.⁷¹⁴ Zu den weiteren Aufgaben von UK Transplant zählt beispielsweise der Transport von Spenderorganen zwischen Entnahme- und Transplantationszentrum, oder die Ergreifung von Maßnahmen zur Steigerung der Zahl an Spenderorganen und Transplantationen.⁷¹⁵

Eine wichtige Rolle bei der Verteilung der Spenderorgane spielen die Transplantationskoordinatoren, die es in Großbritannien seit den 1970er Jahren gibt. Derzeit stehen in Großbritannien etwa 100 Spender-Transplantationskoordinatoren, die in 18 Teams tätig sind, zur Verfügung. Die meisten sind bei einem Transplantationszentrum angestellt. 12 weitere sogenannte „in-house co-ordinators“ sind in der Notfallmedizinischen Abteilung einer Krankenanstalt tätig, aber gleichzeitig Mitglied eines Transplantationskoordinations-Teams. Die Aufgaben eines Koordinators sind mannigfaltig und zeitintensiv: Sobald er von einem Krankenhaus, indem sich ein potentieller Spender befindet, gerufen wurde, prüft er primär die Eignung des Patienten als Spender, ist meist in die Kommunikation mit dessen Angehörigen involviert und erhebt alle relevanten Daten des Spenders, um schließlich die Vergabe des Organs/der Organe vorbereiten zu können. Weiters bereitet er die Entnahme vor und bemüht sich dabei nicht nur um die notwendigen Vorkehrungen vor Ort, sondern arrangiert auch die Anreise des Entnahmeteams. Bis zu dessen Eintreffen überwacht er den Zustand des Spenders und ist schließlich bei der Entnahme anwesend. Er

⁷¹⁴

[http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/kidney_\(renal\)/kidney_\(renal\).jsp](http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/kidney_(renal)/kidney_(renal).jsp) (letzter Zugriff. 18. 01. 2010).

⁷¹⁵ UK Transplant, United Kingdom Hospital Policy for Organ and Tissue Donation, Bristol 2006.

stellt sicher, dass den Wünschen der Angehörigen nachgekommen wird und die Organverteilung ordnungsgemäß abläuft, bis er schlussendlich den Transplantationsprozess mit der notwendigen Dokumentation abschließt.⁷¹⁶ Diese Vielzahl von organisatorischen und medizinischen Aufgaben, die enorme Verantwortung und die Dauer dieses Prozesses führen zu wenig zufriedenstellenden Ergebnissen. Schließlich ist der Koordinator bis zu 24 Stunden durchgehend im Einsatz. Um diesen Zustand zu entschärfen, entwarf die Organ Donation Taskforce ein Konzept, nach dem bis zu drei Koordinatoren für einen Spender zuständig sein sollen, wobei die Aufgaben unter ihnen genau aufgeteilt werden.⁷¹⁷ Durch ein verbessertes System der Transplantationskoordinatoren erwartet man eine Steigerung der Zustimmungsrates von 60 auf 70 Prozent.⁷¹⁸

8. Todesfeststellung

8.1 Notwendigkeit des juristischen Todesbegriffes

Wie bereits erwähnt⁷¹⁹, ist es essentiell, einen Zeitpunkt zu finden, der als Todeszeitpunkt definiert werden kann. Im Falle einer geplanten Organentnahme liegt die Bedeutung darin, die Entnahme zum ehest möglichen Zeitpunkt durchführen zu können, um die Funktionsfähigkeit der Organe bestmöglich zu bewahren. Zu einem gewissen Zeitpunkt muss es den behandelnden Ärzten erlaubt sein, Organe zu entnehmen bzw die lebenserhaltenden Maschinen abzustellen, ohne Gefahr zu laufen, für den Tod des Patienten verantwortlich gemacht zu werden. Der Todesbegriff ist in Großbritannien nicht gesetzlich definiert, die rechtliche Definition des Todesbegriffes wurde durch die Gerichte geprägt. Die Entscheidungen *R v Malcherek* und *R v Steel*⁷²⁰ waren entscheidend: Kommt ein Arzt nach Anwendung der allgemein anerkannten Methoden zu dem Ergebnis, dass der Patient verstorben ist, und seine Vitalfunktionen lediglich maschinell aufrecht erhalten werden, dann ist es zulässig, die Behandlung abubrechen. In *Re A*⁷²¹ wurde bestätigt, dass eine Person, deren Hirn-

⁷¹⁶ *Organ Donation Taskforce*, *Organs for Transplants*, 43, Rz 4.38.

⁷¹⁷ Ausführlich dazu: *Organ Donation Taskforce*, *Organs for Transplants*, 44, Rz 4.39.

⁷¹⁸ *Organ Donation Taskforce*, *Organs for Transplants*, 13, Rz 1.40.

⁷¹⁹ Kap D. III. 8.1.

⁷²⁰ *R v Malcherek*; *R v Steel* [1981] 2 All ER, 422 (429).

⁷²¹ *Re A (a minor)* [1993] 3 MedLRev, 303.

stamm tot ist, sowohl im medizinischen als auch im juristischen Sinne als tot angesehen werden kann.

Obwohl der Hirntod somit anerkannt ist, bleibt die Frage offen, wann der Tod exakt eingetreten ist. Unabhängig davon, ob man der Meinung ist, dass der Todeszeitpunkt gleichzusetzen ist mit jenem, an dem der Hirntod diagnostiziert wird oder an dem die Behandlung abgebrochen wird, so muss dieser Zeitpunkt nach dem eigentlichen Todeseintritt liegen. Schließlich kann man den Hirntod nur feststellen, wenn der Hirnstamm bereits tot ist und die Geräte, die den Kreislauf aufrecht erhalten, dürfen erst nach dieser Diagnose abgestellt werden. Tatsächlich lässt sich der genaue Eintritt des Todes also nicht exakt feststellen.⁷²²

Medizinische Standards können sich sehr rasch entwickeln und verändern. Im Vergleich dazu sind Gesetzesänderungen sehr zeitintensiv, weshalb der Gesetzgeber auf neue medizinische Erkenntnisse nur langsam reagieren kann. Daher erscheint es nicht sehr sinnvoll, den Todesbegriff oder die Art der Todesfeststellung gesetzlich zu normieren. Schließlich sollte ein Arzt immer nach dem neuesten Stand der Wissenschaft vorgehen, ohne dabei Gefahr zu laufen, gesetzwidrig zu handeln.⁷²³ Daher wurde bewusst auf die verbindliche Normierung des Todesbegriffes verzichtet.

8.2 Kriterien der Todesfeststellung

Wie oben bereits genauer ausgeführt⁷²⁴ ist der Tod kein bestimmter Zeitpunkt, sondern ein Prozess. Daher ist man bemüht, den Zeitpunkt des Todeseintrittes in diesem Prozess zu definieren. Bis Mitte des 20. Jahrhunderts bezeichnete man einen Menschen erst dann als tot, wenn die Sauerstoffversorgung des Körpers dauerhaft versagt hatte. Das Problem lag darin, den Begriff „dauerhaft“ zu definieren. Wenn die Sauerstoffversorgung nicht mehr funktioniert, leben die Organe weiter, bis sie den restlichen Sauerstoff, der sich noch im Körper befindet, verbraucht haben. Diese „Überlebensdauer“ ist von Organ zu Organ unterschiedlich. Die Gehirnzellen reagie-

⁷²² Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 472, Rz 13.18f.

⁷²³ Siehe: Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 476, Rz 13.29.

⁷²⁴ Kap D. III. 8.1.

ren besonders empfindlich auf Sauerstoffmangel und überleben nur wenige Minuten. Die Medizin ist jedoch so weit fortgeschritten, dass der Kreislauf im Körper aufrecht erhalten werden kann. Trotz allem leiden die Organe und vor allem die Gehirnzellen unter jeder Unterbrechung der Sauerstoffzufuhr. Daher kann es zum Absterben des Gehirns kommen, obwohl die Sauerstoffzufuhr wiederhergestellt wurde.⁷²⁵

Die für die Hirntoddiagnose durchzuführenden Tests wurden erstmals 1976 in einer Erklärung der Conference of Medical Colleges⁷²⁶ aufgelistet und 1983 im Code of Practice des Gesundheitsministeriums⁷²⁷ veröffentlicht. Letzterer stellte den Zusammenhang zwischen Hirntod und Organtransplantation her, wurde 1998 überarbeitet und durch den Code of Practice for the Diagnosis of Brain Stem Death ersetzt, der wiederum 2001 überprüft wurde. Der Human Tissue Act 2004 enthält keine Todesdefinition. Damit bleibt die Möglichkeit offen, auf neue medizinische Erkenntnisse rasch zu reagieren und diesen Code bei neuen Erkenntnissen zu adaptieren.⁷²⁸ Ende 2008 gab die Academy of Medical Royal Colleges einen Code of Practice über die Diagnose und den Nachweis des Todes heraus. Auch hier wird zwischen Hirnstammtod und Eintritt des Herz-Kreislaufstillstandes unterschieden.⁷²⁹

Die Human Tissue Authority unterscheidet zwischen *heart beating donors* und *non-heart beating donors*. Für erstere sind die Kriterien des Hirnstammtodes maßgeblich, für letztere der Herz-Kreislaufstillstand.⁷³⁰ Da das Konzept des Hirnstammtodes in Großbritannien anerkannt ist⁷³¹, scheint es auf den ersten Blick bedenklich, dass bei manchen Patienten auf den „alten“ Todesbegriff mittels Feststellung des Herz-Kreislaufstillstandes zurückgegriffen wird. 1994 wurden in Maastricht vier Kategorien festgelegt, in die *non-heart beating donors* einzuteilen sind. 2004 wurde noch eine fünfte Kategorie angefügt.⁷³²

⁷²⁵ Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 464f, Rz 13.1ff.

⁷²⁶ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in United Kingdom, Diagnosis of brain death, London 1976, siehe: BMJ 1976, 1187.

⁷²⁷ Department of Health, Cadaveric Organs for Transplantation: A Code of Practice Including the Diagnosis of Brain Death, 1983 HMSO.

⁷²⁸ Ausführlich zu den Kriterien der Todesfeststellung siehe Kap B. V. 3.

⁷²⁹ Ausführlich dazu: Academy of Medical Royal Colleges, A code of practice for the diagnosis and confirmation of death, 2008.

⁷³⁰ Human Tissue Authority, Code of practice 2, Glossary.

⁷³¹ Organ Donation Taskforce, Organs for Transplants, 22, Rz 2.8.

⁷³² Intensive Care Society, Guidelines for Adult Organ and Tissue Donation, 44f.

Demnach unterscheidet man:

- Kategorie 1: Patienten, die bei Ankunft im Spital bereits tot sind,
- Kategorie 2: Patienten, die nicht mehr wiederbelebt werden können,
- Kategorie 3: Patienten, bei denen der Herzstillstand zu erwarten ist,
- Kategorie 4: Hirnstammtote Patienten, die einen Herzstillstand erleiden,
- Kategorie 5: Unerwarteter Herzstillstand bei schwer kranken Patienten.⁷³³

In die erste Kategorie sind beispielsweise Unfallopfer oder auch Selbstmörder einzuordnen, die gefunden wurden und bei denen eine Wiederbelebung aufgrund der Verletzungen zwecklos wäre.⁷³⁴ In die zweite Kategorie fallen Patienten, die plötzlich einen Herzstillstand erleiden und auf dem Weg in die Krankenanstalt wiederbelebt werden, allerdings erfolglos. Bei einigen Patienten, die auf der Intensivstation betreut werden, kann zwar der Hinstammtod (noch) nicht festgestellt werden, es kann jedoch aufgrund der schlechten Prognose nur mehr der Todeseintritt erwartet werden. Diese Patienten fallen in die dritte Kategorie und werden wegen der vergleichsweise guten Vorhersehbarkeit des Todeseintrittes auch *controlled non-heart beating donors* genannt. Vielfach handelt es sich hierbei um Patienten, bei denen die lebenserhaltenden Maschinen im Einvernehmen mit den Angehörigen abgeschaltet werden. Wurde der Hirnstammtod diagnostiziert, so kann der Herzstillstand trotzdem unerwarteterweise eintreten. Da solche Patienten intensivmedizinisch betreut werden und die Ärzte daher schnell reagieren können, könnte man diese vierte Kategorie ebenfalls zu den *controlled non-heart beating donors* zählen. Patienten, die sich zwar in einem kritischen Zustand befinden, bei denen ein Herzstillstand jedoch nicht zu erwarten ist, können einen solchen trotzdem überraschend erleiden, daher wurde die fünfte Gruppe den Maastrichter Kategorien beigelegt.⁷³⁵

Wie schon ausführlich erläutert⁷³⁶, tritt der Hirntod erst einige Minuten nach Eintritt des Herz-Kreislaufstillstandes ein. Daher muss eine gewisse Zeit verstrichen sein, bevor mit der Entnahme lebenswichtiger Organe begonnen wird. Diese darf jedoch nicht allzu lang sein, da die Qualität der Organe im nicht durchbluteten Zu-

⁷³³ *British Transplant Society*, Guidelines relating to solid organ transplants from non-heart beating donors, London 2004, 6; *Gardiner/Riley*, Non-heart-beating organ donation, *Anaesthesia* 2007/62, 431(431).

⁷³⁴ *Brook et al*, A report on the activity and clinical outcomes of renal non-heart beating donor transplantation in the United Kingdom, *Clin Transplant* 2004/18, 627 (627f).

⁷³⁵ *Gardiner/Riley*, Non-heart-beating organ donation, *Anaesthesia* 2007/62, 431(431).

⁷³⁶ Kap B. V. 2.

stand leidet.⁷³⁷ In Anlehnung an amerikanische Standards wird empfohlen, mindestens fünf Minuten verstreichen zu lassen.⁷³⁸ Vielfach werden den Angehörigen weitere fünf Minuten gewährt, um sich zu verabschieden.⁷³⁹ In Maastricht wurden zehn Minuten als adäquate Zeitspanne empfohlen⁷⁴⁰, manche schlagen sogar fünfzehn Minuten vor.⁷⁴¹ Angesichts der Tatsache, dass die Wiederbelebungszeit einiger Hirnregionen bis zu zehn Minuten beträgt⁷⁴², scheint es sinnvoll zu sein, vor der Organentnahme eine Zeitspanne von zehn Minuten verstreichen zu lassen. Eine Verkürzung dieser Zeit ist jedenfalls nicht angebracht, da jedenfalls sichergestellt werden muss, dass das Hirn in einem Ausmaß geschädigt ist, sodass der Verlust des Bewusstseins und der Spontanatmung irreversibel ist.⁷⁴³

Das Zustimmungsregister unterscheidet nicht, ob die Spende vom hirstamm-toten Patienten oder von einem *non-heart beating donor* (NHBD) stammt. Eine Zustimmung ist daher beachtlich, unabhängig davon, ob der Tod des Patienten anhand der Hirnstammtod-Kriterien festgestellt wird, oder ob der Patient in eine der Maastricht-Kategorien fällt und der Herz-Kreislaufstillstand als Todeskriterium maßgeblich ist. Die Zahl der NHBDs steigt stetig⁷⁴⁴, so stammten im Zeitraum 2008-2009 beispielsweise 42 Prozent mehr Nieren von NHBDs als im Zeitraum 2007-2008.⁷⁴⁵ Obwohl die Statistiken zeigen, dass die Zahl der NHBDs mittlerweile einen beträchtlichen Anteil der Organspender ausmachen⁷⁴⁶, ist deren Heranziehung nicht generell akzeptiert: Das Risiko, dass das transplantierte Organ seine Funktion nicht oder erst später aufnimmt oder sofort abgestoßen wird, ist höher als bei Organen von Spendern, deren Herz-Kreislauffunktion künstlich aufrecht erhalten wurde.⁷⁴⁷ Außerdem

⁷³⁷ Brook et al, Renal non-heart beating donor transplantation in the United Kingdom, Clin Transplant 2004/18, 627 (628).

⁷³⁸ British Transplant Society, Guidelines relating to solid organ transplants from non-heart beating donors, 11.

⁷³⁹ Gardiner/Riley, Non-heart-beating organ donation, Anaesthesia 2007/62, 431(431).

⁷⁴⁰ Price, Legal and ethical aspects of organ transplantation, 75.

⁷⁴¹ Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 501, Rz 14.57.

⁷⁴² Siehe Kap B. V. 2.

⁷⁴³ British Transplant Society, Guidelines relating to solid organ transplants from non-heart beating donors, 11; Siehe auch: Gardiner/Riley, Non-heart-beating organ donation, Anaesthesia 2007/62, 431(432f).

⁷⁴⁴ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 7, Figure 2.2.

⁷⁴⁵ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 11, Table 2.6.

⁷⁴⁶ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 8, Table 2.2.

⁷⁴⁷ Gardiner/Riley, Non-heart-beating organ donation, Anaesthesia 2007/62, 431(431); Sudhindran et al, Outcome of transplantation using kidneys from controlled (Maastricht category 3) non-heart-beating donors, Clin Transplant 2003/17, 93 (94).

sind einige Organe (Herz, Lunge, Leber), wenn sie erst nach dem Herzkreislaufstillstand entnommen wurden, nicht für Transplantationszwecke geeignet.⁷⁴⁸

8.3 Der den Tod feststellende Arzt

Zur Feststellung des Hirnstammtodes müssen zumindest zwei erfahrene Ärzte herangezogen werden. Als erfahren werden jene Ärzte angesehen, die auf diesem Gebiet spezialisiert sind und ihre Zulassung seit mehr als fünf Jahren haben. Sie dürfen nicht Mitglieder des Transplantationsteams sein. Ein persönlicher Bezug zu Empfänger oder Spender schadet nicht. Beide Ärzte müssen die Hirnstamm-Tests unabhängig voneinander oder auch gemeinsam durchführen. Wichtig ist jedoch, dass die Tests zweimal durchgeführt werden. Welcher Zeitraum zwischen den beiden Untersuchungen liegt, wird im Einzelfall entschieden. Ausschlaggebend hierfür ist zB der klinische Verlauf der Krankheit. Obwohl der Tod erst nach der zweiten Testserie feststeht, wird der Zeitpunkt der ersten Feststellung des Hirnstammtodes als Todeszeitpunkt angesehen.⁷⁴⁹

9. Gewinnverbot

9.1 Handelsverbot für Transplantationsorgane

Ein generelles Verbot, mit Teilen des menschlichen Körpers Handel zu treiben, existiert in Großbritannien nicht, obwohl es teilweise für bestimmte Bereiche Beschränkungen gibt. In den meisten Fällen wurden diese jedoch als mehr oder weniger direkte Reaktionen auf aktuelle Geschehnisse geschaffen. In den 80ern des 20. Jahrhunderts war ein Skandal Anlass für ein Verbot des Organhandels, das schlussendlich im Human Organ Transplants Act 1989 festgehalten wurde. Damals wurden Menschen aus der Türkei nach Großbritannien gebracht, die Organe gegen eine finanzielle Gegenleistung spendeten. Dies geschah, obwohl es Ärzten in Großbritannien verboten war, die Behandlung durchzuführen, wenn der Organspender für

⁷⁴⁸ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 21, Rz 2.4.

⁷⁴⁹ *Department of Health*, A code of practice for the diagnosis of brain stem death, 6.

seine Spende bezahlt wurde.⁷⁵⁰ Etwa £ 3.000 wurden für eine Niere bezahlt.⁷⁵¹ Dieser *Turkish organ sale scandal* erregte großes öffentliches Aufsehen, derartige Praktiken sollten nachhaltig verboten werden. Der Human Organ Transplants Act 1989 sah Sanktionen für den Handel von Organen vor, die sogar das Ausmaß einer Haftstrafe von bis zu drei Monaten erreichen konnten.⁷⁵² Durch den Human Tissue Act 2004 wurde der Human Organ Transplants Act 1989 jedoch zur Gänze außer Kraft gesetzt⁷⁵³, der gewerbliche Handel mit Organen oder Geweben zu Transplantationszwecken ist nunmehr durch Section 32 Human Tissue Act 2004 verboten.⁷⁵⁴

Im Gegensatz zu den Regelungen in der Human Tissue Bill 2003 wurde das Verbot jedoch auf den Bereich der Transplantation eingeschränkt. Nach der Human Tissue Bill 2003 war noch jeglicher Handel mit Gewebe aus menschlichen Zellen mit Ausnahme von Keimzellen, Embryonen, Haaren, Nägeln und Material, das mit Eigentumsrechten belegt ist⁷⁵⁵, verboten. Nunmehr fallen Gewebe aus menschlichen Zellen (*controlled material*), die einer Person entnommen wurden oder werden sollen und für Transplantationszwecke verwendet werden sollen, unter das Verbot des Human Tissue Acts 2004. Das Verbot wurde auf Haare und Nägel ausgedehnt. Stammt das fragliche Gewebe von einem Verstorbenen, so ist der gesamte Körper als *controlled material* zu behandeln, darf also nicht Gegenstand von gewerblichem Handel sein.⁷⁵⁶ Untersagt ist nicht nur der Erhalt, sondern auch das Angebot oder die tatsächliche Entrichtung eines Entgelts. Darunter ist jeder finanzielle oder sonstige materielle Vorteil zu verstehen.⁷⁵⁷ Sogar die (bloße) Suche nach einer Person, die Organe oder Gewebe gegen die Zahlung eines bestimmten Betrages bereitstellen würde, stellt einen Verstoß dar. Jegliche Einleitung oder Verhandlung einer Vereinbarung, die die Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand hat, ist ebenso gesetzwidrig wie die Mitwirkung in einer Gesellschaft, die sich (ua) mit derartigen Vereinbarungen beschäftigt.⁷⁵⁸ Überdies darf nicht für Geldleistungen für Spenderorgane oder

⁷⁵⁰ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1150.

⁷⁵¹ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 450.

⁷⁵² Section 1 subsection 5 Human Organ Transplants Act 1989.

⁷⁵³ Schedule 7 part 1 HT Act 2004.

⁷⁵⁴ Hier sind Sanktionen in Form einer Geldstrafe, einer Haftstrafe bis zu drei Jahren oder beidem vorgesehen.

⁷⁵⁵ Dazu siehe Kap E. III. 5.

⁷⁵⁶ Section 32 subsections 8-10 HT Act 2004.

⁷⁵⁷ Section 32 subsection 11 HT Act 2004.

⁷⁵⁸ Section 32 subsection 1 HT Act 2004.

-gewebe geworben werden.⁷⁵⁹ Gerechtfertigt sind die genannten Aktivitäten nur, wenn sie von einer Person ausgeführt werden, die von der Human Tissue Authority dazu ermächtigt wurde.⁷⁶⁰ So darf NHS Blood and Transplant Blut aus dem Ausland kaufen.⁷⁶¹ Als Sanktionen für Verstöße gegen das Handelsverbot kommen die Verhängung von Geldbußen sowie Haftstrafen von bis zu 51 Wochen (für Werbetätigkeiten), von 12 Monaten oder von 3 Jahren oder von einer Kombination aus Geld- und Haftstrafe in Frage.⁷⁶²

Nicht als verbotenes Entgelt betrachtet werden Gegenleistungen für Vorbereitungs-, Entnahme-, Lagerungs- und Transportkosten. Voraussetzung ist, dass der Empfänger der Zahlung im Besitz einer Genehmigung der Human Tissue Authority zur Lagerung von menschlichem Gewebe oder von Leichen⁷⁶³ ist und die Human Tissue Authority die Entgegennahme solcher Leistungen nicht untersagt.⁷⁶⁴ Als Inhaber einer solchen Genehmigung kommen etwa Organbanken in Frage.⁷⁶⁵ Erlaubt sind weiters Entschädigungsleistungen und Zahlungen zur Kostentragung für Vorbereitungs-, Entnahme-, Lagerungs- und Transportkosten sowie Verbindlichkeiten, die in diesem Zusammenhang Dritten gegenüber entstehen oder die an den Inhaber der gerade erwähnten behördlichen Genehmigung zu zahlen sind.⁷⁶⁶

9.2 Diskussion um die Abschaffung des Organhandelsverbotes

Nachdem das primäre Problem in der Transplantationsmedizin der Mangel an verfügbaren Spenderorganen ist, wurde in Großbritannien bereits mehrfach die Aufhebung des Verbotes von Organhandel zu Transplantationszwecken angedacht. Gerechtfertigt würde dieser legale Organhandel mit dem Selbstbestimmungsrecht des einzelnen, schließlich würde eine finanzielle Gegenleistung einige motivieren, Organe wie eine Niere zu spenden, oder die Zustimmung zur Entnahme von Organen eines verstorbenen Angehörigen zu geben. Um die klinischen Standards zu kontrollieren und Missbrauch zu verhindern, stellten *Erin* und *Harris* ein Modell vor, in dem

⁷⁵⁹ Section 32 subsection 2 HT Act 2004.

⁷⁶⁰ Section 32 subsection 3 HT Act 2004.

⁷⁶¹ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 451.

⁷⁶² Section 32 subsections 4, 5 HT Act 2004.

⁷⁶³ Section 16 subsection 2 par e HT Act 2004.

⁷⁶⁴ Section 32 subsection 6 HT Act 2004.

⁷⁶⁵ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 451.

⁷⁶⁶ Section 32 subsection 7 HT Act 2004.

Spender ihre Organe an eine staatliche Behörde „verkaufen“ könnten, die diese dann nach medizinischen Kriterien verteilen würde. Dieses Modell sei jedoch nur für Organe von Lebendspendern gedacht, den Handel mit Leichenspenden lehnen die beiden ab.⁷⁶⁷

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Einzelne über seine Organe auf diese Art und Weise gleichsam uneingeschränkt verfügen kann. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Gegenleistung für Organspenden vom toten Spender hauptsächlich die Angehörigen motivieren würde, einer Entnahme zuzustimmen. Daher ist das Argument der Selbstbestimmung und des Verfügungsrechtes des Patienten über seine Organe nur bedingt zutreffend. Manche sprechen sogar von einer Degradierung der Menschlichkeit.⁷⁶⁸ Das Argument, dass die in Art 8 EMRK enthaltenen Rechte auf Privatsphäre und Familienleben durch das generelle Verbot, seine Organe zu veräußern, gefährdet wären, kann nicht aufrecht erhalten werden, da der Ausnahmetatbestand des Art 8 Abs 2 EMRK zu beachten ist. Demnach ist ua der Schutz der öffentlichen Gesundheit und Moral sowie der Rechte anderer gegenüber diesen Rechten vorrangig.⁷⁶⁹

Möglicherweise würden sich vor allem Menschen zu einer Spende bereit erklären, die bzw deren Angehörige jede finanzielle Unterstützung annehmen (müssen). Die Befürchtung liegt nahe, dass es dadurch zu ungewolltem Druck auf diese Bevölkerungsgruppen kommen könnte, da diese sich uU zu einer Organspende gedrängt fühlen würden. Andererseits müsste man aber auch gesetzlich Vorsorge treffen, damit nicht nur reiche Bürger sich Spenderorgane „leisten“ können. Hier wäre wiederum die Zwischenschaltung einer staatlichen Behörde sinnvoll.⁷⁷⁰ Schwierig zu beurteilen ist, wie viel für ein bestimmtes Organ bezahlt werden soll. Soll der Preis je nach Organ unterschiedlich hoch sein? Nach welchen Kriterien könnte eine solche „Preisliste“ erstellt werden (Größe, Gewicht...)? Oder sollte die Gegenleistung stattdessen darin bestehen, dass die Kosten des Begräbnisses ersetzt bzw übernommen werden? ME ist die Überlegung, eine finanzielle Gegenleistung als Anreiz für Organspenden einzuführen, mit großen Risiken verbunden. Das Missbrauchsrisiko ist hoch

⁷⁶⁷ *Erin/Harris*, An Ethical Market in Human Organs, JMedEth 2003/29, 137 (137).

⁷⁶⁸ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1170.

⁷⁶⁹ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 451.

⁷⁷⁰ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 452; *Erin/Harris*, An Ethical Market in Human Organs, JMedEth 2003/29, 137 (137).

und nicht zu unterschätzen: Es bleiben beispielsweise Fälle zu bedenken, in denen die Angehörigen des potentiellen Spenders mit dem Verstorbenen im Streit gelebt haben. Hat letzterer einer Organspende nicht zugestimmt, weil er eine solche ablehnte, werden die Angehörigen um ihre Zustimmung gebeten.⁷⁷¹ Diese würden möglicherweise zustimmen, obwohl sie die ablehnende Haltung des Verstorbenen kennen. Daher erscheint das Angebot der finanziellen Gegenleistung für Organspenden auf den ersten Blick zwar für die Allgemeinheit günstig, weil dadurch mehr Spenderorgane erhalten werden könnten, auf den zweiten Blick sind jedoch erhebliche Bedenken zu erkennen. *Erin* und *Harris* befürworten zwar den Handel mit Organen, die von einem lebenden Spender entnommen wurden, halten den Handel mit Leichenspenden jedoch für unökonomisch und befürchten sogar eine daraus resultierende verminderte Versorgung mit Spenderorganen.⁷⁷²

Die Legalisierung des Organhandels wird auch zur Prävention von illegalem Organhandel gefordert. Im Februar 2007 rief der britische Nierenspezialist *Stein* dazu auf, den Handel mit Organen zuzulassen, da das Geschäft mit Organen „in vielen asiatischen Privatkliniken geradezu boomt“⁷⁷³. Die meisten Nieren würden von pakistanischen Spendern kommen, die umgerechnet 700 Euro dafür erhalten, so *Stein*. Um im Falle der Legalisierung des Organhandels in Großbritannien zu vermeiden, dass das angebotene Geld lediglich die Angehörigen zur Zustimmung zu einer Organentnahme motiviert, wurde die Idee der *future markets* entwickelt: Der potentielle Organspender soll demnach die Geldleistung bereits zu Lebzeiten erhalten und somit selbst in den Genuss der Gegenleistung für „seine“ Organe kommen. Es besteht jedoch die Gefahr, dass es zwischen „Verkäufer“ und „Käufer“ zu Interessenskonflikten kommt, schließlich möchte ersterer den maximalen Nutzen aus dem Verkauf erzielen, während letzterer ein einklagbares Recht auf den Erhalt des Organs erwerben möchte.⁷⁷⁴ Vor allem im Falle, dass der Spender erkrankt und das betreffende Organ nicht mehr transplantabel ist, käme es zu erheblichen Schwierigkeiten und Unklarheiten: Trifft den potentiellen Spender eine besondere Sorgfaltspflicht (darf er keinen Alkohol trinken, wenn er seine Leber verkaufen möchte)? Was passiert, wenn erst nach dem Tod des Spenders feststeht, dass das Organ nicht verwendbar ist, kann

⁷⁷¹ Sofern der Verstorbene keine Person bestimmt hat, die in dieser Sache entscheidungsbefugt sein soll. Siehe unten Kap E. III. 12.2.

⁷⁷² *Erin/Harris*, An ethical market in Human Organs, JMedEth 2003/29, 137 (137).

⁷⁷³ <http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=27500> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁷⁷⁴ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 452.

der Empfänger sein Geld von den Erben zurückfordern? Einige kommen daher zu dem Schluss, dass Gegenleistungen – wenn überhaupt – nur nach dem Tod zugestanden werden sollten.⁷⁷⁵

10. Schweigepflichten

Der Human Tissue Act 2004 selbst enthält keinerlei Hinweise auf die Verschwiegenheitspflicht des medizinischen Personals, diese ergibt sich aus dem case law. Sie ist Inhalt von Verhaltenscodes und Bestandteil des Beschäftigungsvertrages von Mitarbeitern in Krankenhäusern des National Health Service. Sollte die Verschwiegenheitspflicht verletzt werden, drohen disziplinarische Konsequenzen.⁷⁷⁶ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit die Schweigepflicht der Mediziner Spender und Empfänger einer Transplantation betrifft. Schließlich berühren sich in diesem Fall die Krankengeschichten zweier Personen, wobei geregelt werden muss, wie viel Informationen sie über den jeweils anderen erhalten dürfen.

Der Empfänger des Organs hat nach Section 7 subsection 1 Data Protection Act 1998 ein Recht auf Einsicht in seine Krankenakte. Dem Patient selbst, oder seinem gesetzlichen Vertreter, kann dieses Recht nur aus zwei Gründen verweigert werden: Wenn der Inhalt der Krankengeschichte dem Patienten oder einer anderen Person physischen oder psychischen Schaden zufügen würde, oder wenn darin Informationen über eine dritte Person enthalten sind.⁷⁷⁷ Letzteres trifft für die Krankengeschichte eines Organempfängers regelmäßig zu. Dem Patienten ist dennoch Einsicht in seine Krankengeschichte zu gewähren, allerdings muss sichergestellt werden, dass sie keinerlei Hinweise auf die Identität des Spenders enthält.⁷⁷⁸ Auf die Tilgung der Daten kann nur dann verzichtet werden, wenn die dritte Person ein Arzt ist, der der Krankengeschichte etwas beigefügt hat oder an der Behandlung des Patienten beteiligt war, oder wenn der Dritte der Offenlegung der Informationen zuge-

⁷⁷⁵ Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, 452.

⁷⁷⁶ Department of Health, Confidentiality. NHS Code of Practice, 7.

⁷⁷⁷ Part 3 section 3 Data Protection Act 1998; Department of Health, Guidance for Access to Health Records Requests under the Data Protection Act 1998, London 2003, 10; http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4035194.pdf (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁷⁷⁸ Department of Health, Guidance for Access to Health Records Requests, 11.

stimmt hat, oder aus einleuchtenden Gründen eine Zustimmung nicht nötig ist.⁷⁷⁹ Letztere Ausnahme ist jedoch mit äußerster Vorsicht anzuwenden und daher nur in den wenigsten Fällen relevant.⁷⁸⁰ In Bezug auf den Fall der Organtransplantation ist daher nur die zweitgenannte Ausnahme von Bedeutung, wobei man wohl eher nicht davon ausgehen kann, dass ein Organspender zu Lebzeiten explizit der Offenlegung von persönlichen Daten zustimmt. Sollte sich der Organempfänger bei der Familie des Spenders bedanken wollen, so kann dies anonym durch den Transplantationskoodinator weitergeleitet werden.⁷⁸¹

Im Falle einer Leichenspende können auf Spenderseite lediglich die Angehörigen ein Interesse an derartigen Auskünften haben. Den Angehörigen eines Organspenders wird zwar mitgeteilt, dass die Organe des Verbliebenen transplantiert wurden, nähere Informationen stehen ihnen jedoch nicht zu.⁷⁸² Gem Section 3 subsection 1 lit f Access to Health Records Act 1990 haben die Angehörigen das Recht, Einsicht in die Krankengeschichte des Verstorbenen zu erhalten.⁷⁸³ Auch dieses Recht kann verweigert werden, wenn einem Dritten durch die Offenlegung Schaden entstehen bzw dessen Identität preisgegeben würde.⁷⁸⁴ Die Preisgabe der Identität eines Dritten ist nur dann zulässig, wenn dieser der Offenlegung zugestimmt hat, oder wenn es sich um ein Mitglied des medizinischen Sektors handelt, der in die Pflege des Patienten involviert war.⁷⁸⁵ Die Identität von Spender und Empfänger muss also gegenüber dem jeweils anderen geheim gehalten werden, außer derjenige, dessen Identität aufgedeckt werden soll, stimmt der Offenlegung zu.⁷⁸⁶

⁷⁷⁹ Part 3 section 3 Data Protection Act 1998; *Department of Health*, Guidance for Access to Health Records Requests, 12; http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_4035194.pdf (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁷⁸⁰ Siehe *Department of Health*, Guidance for Access to Health Records Requests, 12.

⁷⁸¹ *British Transplant Society*, Standards for solid organ transplantation, 14, Rz 2.2.1.6.

⁷⁸² *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 439.

⁷⁸³ Der Access to Health Records Act 1990 ist nur mehr in Bezug auf verstorbene Patienten anzuwenden; *Department of Health*, Guidance for Access to Health Records Requests, 4.

⁷⁸⁴ Section 5 subsection 1 lit a Access to Health Records Act 1990.

⁷⁸⁵ Section 5 subsection 2 lit a, b Access to Health Records Act 1990.

⁷⁸⁶ *Human Tissue Authority*, Directions 001/2006, 6, Rz 18.

11. Dokumentation

Eine mündlich geäußerte Zustimmungserklärung des Patienten wird in seiner Krankengeschichte dokumentiert.⁷⁸⁷ Neben persönlichen Daten wie Name, Alter, Geschlecht etc wird auch die Zustimmungserklärung des Organspenders aufgezeichnet. Im Zusammenhang damit wird ebenfalls dokumentiert, für welchen Zweck/welche Zwecke er seine Organe zur Verfügung stellen möchte.⁷⁸⁸ Die beiden durchzuführenden klinischen Untersuchungen zur Feststellung des Hirnstammtodes werden in der Krankengeschichte des Patienten vermerkt und die Ergebnisse der Untersuchungen von beiden Ärzten unterzeichnet.⁷⁸⁹ Die Aufzeichnungen über die vorgenommene Entnahme sind 30 Jahre aufzubewahren.⁷⁹⁰ Ist die Zustimmung der Angehörigen einzuholen, so werden Aufzeichnungen über das Gespräch mit den Angehörigen und dessen Ergebnis in der Krankengeschichte des potentiellen Spenders festgehalten.⁷⁹¹ Bei jeder Organspende werden Datum und Ort der Entnahme dokumentiert, in welcher Organisation die Entnahme stattgefunden hat und um welche Spendeart es sich handelt (Toten- oder Lebendspende, Einzel- oder Multiorganspende). Anschließend bekommt jedes Transplantat eine eindeutige Nummer zugewiesen.⁷⁹² Schließlich wird die endgültige Zuteilung mit Datum und Bezeichnung der Transplantationskrankenanstalt festgehalten.⁷⁹³

Auf nationaler Ebene dokumentiert UK Transplant das Transplantationsgeschehen und berichtet regelmäßig über die aktuelle Situation. Dadurch kann man beispielsweise Fortschritte aufgrund von Initiativen zur Förderung der Zustimmungquote beobachten und mögliche negative Faktoren herausfinden.

⁷⁸⁷ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 58.

⁷⁸⁸ *Human Tissue Authority*, Directions 001/2006, 12, Rz 33.

⁷⁸⁹ *UK Transplant*, United Kingdom Hospital Policy for Organ and Tissue Donation, 6, Rz 11.3.4.

⁷⁹⁰ *Department of Health*, Records Management. NHS Code of Practice Part 2, 2nd edition, 2009, 2f.

⁷⁹¹ *UK Transplant*, United Kingdom Hospital Policy, 2, Rz 3.

⁷⁹² *Human Tissue Authority*, Directions 002/2006, 35f, Rz 70.a.

⁷⁹³ *Human Tissue Authority*, Directions 002/2006, 36, Rz 70.c.

12. Die Zustimmung

12.1 Allgemeines

Wie bereits erwähnt⁷⁹⁴, dürfen in Großbritannien grundsätzlich keine Organe entnommen werden, wenn keine dementsprechende Zustimmung vorliegt. Eine Zustimmung kann für einen oder mehrere Zwecke gegeben werden. Sinnvoll und zumindest aus medizinischer Sicht erstrebenswert ist natürlich die Zustimmung zu mehreren Verwendungsarten entnommener Gewebe und Organe. Stimmt ein Patient der Transplantation seiner Organe nach seinem Ableben zu, so werden die behandelnden Ärzte möglicherweise versuchen, beispielsweise auch seine Zustimmung für Forschungszwecke zu erhalten.⁷⁹⁵ Überdies kann die Zustimmungserklärung allgemein oder speziell gehalten sein.⁷⁹⁶

Die Zustimmungslösung in Großbritannien wurde wiederholt in Frage gestellt.⁷⁹⁷ Schließlich wurde 2005 eine grundlegende Gesetzesänderung zugunsten der Widerspruchslösung im britischen Parlament vorgeschlagen. Doch auch dieser sehr gut ausgearbeitete Entwurf – bekannt als Human Tissue Act 2004 (Amendment) Bill – konnte sich letztendlich nicht durchsetzen.⁷⁹⁸

12.2 Zustimmungsberechtigte

Abschnitt 1 des HT Acts 2004 verlangt für die rechtmäßige Verwendung von Organen für Transplantationszwecke das Vorliegen eines „*appropriate consent*“. Darunter ist prinzipiell die Zustimmung des Spenders selbst zu Lebzeiten zu verstehen.⁷⁹⁹ Ein erwachsener Mensch kann einer Entnahme zustimmen, vorausgesetzt, er ist soweit informiert und geistig dazu in der Lage, die Tragweite dieser Entscheidung abschätzen zu können.⁸⁰⁰ Die Entscheidung des Verstorbenen ist für die Angehöri-

⁷⁹⁴ Siehe oben Kap E. II.

⁷⁹⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 105f.

⁷⁹⁶ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 35.

⁷⁹⁷ Vgl Kap E. III. 7.2.

⁷⁹⁸ *Shaun/Pattinson*, *Medical Law & Ethics*¹, 436, FN 93.

⁷⁹⁹ Sections 2, 3 HT Act 2004.

⁸⁰⁰ *Human Tissue Authority*, Code of practice 2, Rz 72.

gen unumstößlich. Auf diese Art und Weise kann der Patient davon ausgehen, dass sein Wunsch respektiert wird. Da etwa 40 Prozent der Verwandten die Zustimmung verweigern, sollte ihnen bei Vorliegen einer Zustimmung des Verbliebenen kein Veto-Recht eingeräumt werden.⁸⁰¹

Der Human Tissue Act 1961 traf keine Regelungen bezüglich der Zustimmungsfähigkeit von Kindern. Nach dem Human Tissue Act 2004 ist klar, dass auch Kinder und Jugendliche, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, zu Lebzeiten einer Organspende zustimmen können, vorausgesetzt, sie sind dazu fähig, eine solche Entscheidung zu treffen. Die Beurteilung der Zustimmungsfähigkeit des Kindes richtet sich nach dem Gillick-Test, der im Rahmen eines Gerichtsverfahrens entwickelt wurde.⁸⁰² Demnach muss ein Kind in der Lage sein, die Bedeutung und Tragweite seiner Zustimmung vollkommen zu verstehen. Diese Anforderungen können mit den Begriffen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit der österreichischen Rechtsordnung gleichgesetzt werden. Sie müssen in jedem Einzelfall geprüft werden und können nicht an ein bestimmtes Alter gebunden werden. Die Human Tissue Authority hat diese Kriterien im *Code of Practice 1 – Consent* übernommen.⁸⁰³ Die Human Tissue Authority fordert in diesem Zusammenhang jedoch ein Gespräch mit jenen Menschen, die die elterliche Verantwortung tragen.⁸⁰⁴ Fraglich ist, ob die Zustimmung des Kindes auf diese Weise übergangen werden kann. Sind die Eltern – anders als ihr Kind – gegen eine Organspende und bringen dies im Gespräch mit den behandelnden Ärzten zum Ausdruck, müssen letztere diesen Interessenskonflikt bewältigen. Kommen die Ärzte jedoch eindeutig zu dem Ergebnis, dass das Kind wohlüberlegt und im vollen Bewusstsein, welche Konsequenzen die Zustimmung hat, einer Transplantation zugestimmt hat, sollte diesem Wunsch mE unbedingt Folge geleistet werden.

Sollte das verstorbene Kind keine Zustimmung erklärt haben oder die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht besessen haben, so muss die Zustimmung eines Elternteils eingeholt werden, um Organe entnehmen zu können. Die Eltern sollten

⁸⁰¹ Shaun/Pattinson, *Medical Law & Ethics*¹, 434f.

⁸⁰² *Gillick v Norfolk and Wisbeach Area Health Authority and another* [1985] 3 All ER 402 (HL).

⁸⁰³ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 90.

⁸⁰⁴ Jene Personen, die die elterliche Verantwortung tragen, müssen nicht zwangsläufig die Eltern sein. Wer hierfür in Frage kommen kann, ist im Children Act 1989 festgelegt. In dieser Arbeit soll jedoch der Begriff „Eltern“ für jegliche Person mit der elterlichen Verantwortung stehen, da es sich in den meisten Fällen tatsächlich um die Eltern handelt; *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 93f.

sich untereinander, möglicherweise auch mit anderen Familienmitgliedern beratschlagen und früher geäußerte Wünsche des Kindes, dessen Alter und Entwicklungsstand vor seinem Tod berücksichtigen.⁸⁰⁵

Ein erwachsener Spender kann auch eine oder mehrere Person(en) ernennen, die im Falle seines Ablebens die Entscheidung zu treffen hat/haben, ob einer Entnahme von Organen zugestimmt werden sollte oder nicht. Minderjährigen wurde diese Option nicht eingeräumt. Für die Vertretungshandlung kann jegliche Person berufen werden, sie muss kein Familienmitglied sein. Dies ist vor allem dann von praktischer Bedeutung, wenn der Patient keine Familienangehörigen mehr hat oder aber aus persönlichen Gründen seiner Familie diese sensible Entscheidung nicht überlassen will.⁸⁰⁶ Diese Ernennung kann mündlich oder schriftlich erteilt werden. Im ersten Fall muss die Ernennung im zeitgleichen Beisein zweier Zeugen ausgesprochen werden. Im zweiten Fall kann die Ernennung vom Patienten selbst unterschrieben, oder im Beisein eines Zeugen an seiner Stelle unterschrieben worden sein. Auch die Eingliederung in ein Testament ist möglich.⁸⁰⁷ Wurden mehrere Personen zur Vertretung eingesetzt, entscheiden diese grundsätzlich getrennt, es sei denn, die Modalitäten im Rahmen der Ernennung legen fest, dass die Ernannten gemeinsam handeln müssen. Ist dies nicht der Fall, ist die Zustimmung eines Einzelnen für eine rechtmäßige Entnahme ausreichend.⁸⁰⁸ Seitens des potentiellen Spenders kann eine solche Ernennung widerrufen werden, umgekehrt kann aber auch der Ernannte von dieser Verpflichtung zurücktreten.⁸⁰⁹ Die Zustimmung des ernannten Vertreters kann nicht umgestoßen werden, selbst Familienmitglieder können nichts gegen eine solche Zustimmung unternehmen. Die Human Tissue Authority empfiehlt aber, eine Beratung und Diskussion aller Betroffenen zu ermöglichen. Die Ernennung kann nur dann außer Acht gelassen werden, wenn keiner der Ernannten zustimmen kann, wobei dies auch auf Fälle zutrifft, in denen der/die Zustimmungsberechtigte(n) in der verfügbaren Zeit nicht erreicht werden können.⁸¹⁰ In diesem Fall ist auf eine Person, die in besonderem Naheverhältnis zu dem Verstorbenen stand, zurückzugreifen.

⁸⁰⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 94f.

⁸⁰⁶ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1134.

⁸⁰⁷ Section 4 subsections 3ff HT Act 2004.

⁸⁰⁸ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 80; Explanatory Notes on the Human Tissue Act 2004, 4, Rz 19; nachzulesen unter: www.opsi.gov.uk/acts/en2004/2004en30.htm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁸⁰⁹ Section 4 subsections 7, 9 HT Act 2004; *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 79.

⁸¹⁰ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 81f.

Im Falle, dass der verstorbene Patient keinerlei Andeutungen bezüglich der Entnahme von Organen gemacht hat und keine Person eingesetzt hat, die diese Entscheidung treffen kann, kann die Zustimmung durch eine Person gegeben werden, die kurz vor dem Tod des Patienten in einem besonderen Verhältnis (*qualifying relationship*) zu ihm stand.⁸¹¹ Die in Frage kommenden Personen ordnet der Human Tissue Act 2004 in folgender Reihenfolge:

- Ehegatte oder Lebensgefährte (auch gleichgeschlechtlicher Lebensgefährte), der mit dem Verstorbenen in familiärer Gemeinschaft gelebt hat
- Eltern oder Kind
- Bruder oder Schwester
- Großeltern oder Enkel
- Nichte oder Neffe
- Stiefmutter oder Stiefvater
- Halbbruder oder Halbschwester
- langjähriger Freund.⁸¹²

Diese Reihung soll vor allem als Richtschnur dienen, in welcher Reihenfolge nach einem Zustimmungsberechtigten gesucht werden soll. Die Zustimmung ist bevorzugt von Personen einzuholen, die nach dieser Liste höher gereiht sind. Trotzdem sollte die höchstgereimte Person dazu angehalten werden, mit den übrigen Familienmitgliedern Rücksprache zu halten.⁸¹³ Bei unverheirateten Personen, die in keiner Partnerschaft leben und deren Eltern bereits gestorben sind, sind die Kinder, subsidiär die Geschwister um die Zustimmung zu bitten. Sollte sich der Ehegatte zB weigern, sich mit diesem Thema zu befassen, oder nicht geschäftsfähig sein, können Eltern oder Kinder befragt werden. Gleiches gilt, wenn die höchstgereimte Person in der kurzen verfügbaren Zeit nicht erreichbar ist.⁸¹⁴ Personen, die nicht rechtzeitig erreicht werden können und deren Meinung daher trotz ihrer höheren Stellung außer Acht gelassen wird, könnten sich übergangen fühlen.⁸¹⁵

Die kumulative Zustimmung von zwei gleich gereihten Personen ist nicht notwendig, es genügt das Einverständnis einer einzelnen Person. Natürlich kann es vorkommen, dass zwischen den zur Entscheidung Befugten Uneinigkeit herrscht. Zu

⁸¹¹ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 83.

⁸¹² Section 27 subsection 4 HT Act 2004.

⁸¹³ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 84f.

⁸¹⁴ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 84, 88.

⁸¹⁵ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1135.

denken ist hierbei an Divergenzen zwischen dem geschiedenen Ehegatten und dem aktuellen Lebensgefährten oder zwischen den beiden geschiedenen Elternteilen etc. Stimmt eine Person jedoch zu, ist diese Erklärung ausreichend.⁸¹⁶ Um eine Entscheidung herbeizuführen, legt die Human Tissue Authority folgende Aspekte fest, die es zu beachten gilt: Oberste Priorität haben die Wünsche des Verstorbenen, die allerdings nicht immer ermittelt werden können. Die Ansichten des Höhergereihten haben grundsätzlich Vorrang gegenüber jenen der übrigen. Trotzdem müssen die Einzelheiten und die Auswirkungen der Entscheidung auf den seelischen Zustand der Beteiligten im Einzelfall berücksichtigt werden, besonders wenn Personen des gleichen Ranges unterschiedlicher Ansicht sind.⁸¹⁷

Handelt es sich bei dem potentiellen Spender um ein Kind, das keine Zustimmungserklärung abgegeben oder die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit dazu nicht besessen hat, sollte jedenfalls die elterliche Zustimmung eingeholt werden. Nur im Falle, dass niemand die elterliche Verantwortung trägt (beispielsweise, weil die Eltern bereits verstorben sind), kann eine der nächstgereihten Personen befragt werden.⁸¹⁸

Die Regelung bezüglich der Rangordnung unter den Angehörigen wurde trotz ihres kurzen Bestehens bereits skeptisch betrachtet. Die Human Tissue Authority hat Reaktionen auf ihre Codes of Practice gesammelt und ausgewertet. Darunter fanden sich auch einige Bedenken bezüglich der Reihung der berechtigten Personen.⁸¹⁹ Bemerkenswert ist beispielsweise, dass Stiefeltern und Halbgeschwister nach Nichten und Neffen gereiht sind, obwohl die Wahrscheinlichkeit, dass der Betroffene mit seinen Stiefeltern und/oder Halbgeschwistern im gleichen Haushalt aufgewachsen ist wesentlich größer ist, als dass er mit seinen Nichten und Neffen im selben Haushalt gewohnt hat.⁸²⁰ Trotzdem sind die nunmehrigen Regelungen wesentlich fortschrittlicher als die bis 2006 gültigen Normen und nehmen auf aktuelle Situationen im Gesellschaftsleben (Lebensgefährte, gleichgeschlechtliche Partner) Rücksicht. Außer-

⁸¹⁶ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 436f.

⁸¹⁷ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 83ff.

⁸¹⁸ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 96.

⁸¹⁹ *Human Tissue Authority*, Consultation on Codes of Practice prepared under the Human Tissue Act 2004: A rationale, 4.

⁸²⁰ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 436.

dem kann nicht nur die *person in lawful possession* einer Entnahme zustimmen, sondern es kann auf eine ganze Reihe von Personen zurückgegriffen werden.⁸²¹

12.3 Widerruf der Zustimmungserklärung

Im Human Tissue Act 2004 selbst finden sich keinerlei Angaben über die Möglichkeit des Widerrufs der Zustimmungserklärung. Ein *Code of Practice* der Human Tissue Authority besagt jedoch, dass die Zustimmung jederzeit widerrufen werden kann.⁸²² Ebenso wie die Eintragung im Zustimmungsregister, ist auch der Widerruf dieser Erklärung im Internet einfach gestaltet.⁸²³ Für Kinder ist kein Zustimmungsf formular erhältlich. Dies begründet sich darin, dass nur ein einsichts- und urteilsfähiger Mensch selbst zustimmen und diese Erklärung selbst widerrufen kann. Ist ein Kind noch nicht im Besitz dieser Fähigkeiten, werden die Eltern um ihre Zustimmung gebeten, die diese auch widerrufen können.

In vielen Fällen hat der potentielle Organspender es unterlassen, zu Lebzeiten seine Zustimmung zu Organentnahmen zu erklären. Daher werden die Angehörigen des Verstorbenen darum gebeten. Sobald mit der Explantation begonnen wurde, ist diese Zustimmung nicht mehr widerrufbar. Darum ist es wichtig, die Angehörigen auf diesen Umstand hinzuweisen.⁸²⁴

12.4 Umfassende Information der Angehörigen

Unabhängig davon, ob es sich bei der Person, die zustimmungsberechtigt ist, um eine vom Patienten ernannte Person oder um jemanden handelt, der zu ihm in einem besonderen Verhältnis stand, muss sichergestellt werden, dass eine umfassende Aufklärung stattfindet. Der Betroffene muss über sämtliche Fakten informiert werden, auf deren Basis er eine entsprechende Entscheidung treffen kann. Dazu gehört jedenfalls die Information über die geplante Entnahme und Konsequenzen

⁸²¹ *McHale/Cox/Gunn/Wilkinson*, Health care law², 1134.

⁸²² *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 39.

⁸²³ Siehe Anhang 2.

⁸²⁴ *Human Tissue Authority*, Interim guidance on withdrawal of consent and deceased organ donors 2007.

davon.⁸²⁵ Nach einem ehrlichen Gespräch, das über sämtliche Aspekte der geplanten Entnahme aufklären und die Möglichkeit bieten soll, offene Fragen zu beantworten, muss den entscheidungsbefugten Personen trotz der kurzen verfügbaren Zeit eine angemessene Frist zur Überlegung und Entscheidungsfindung zugestanden werden. Gegebenenfalls soll ihnen die Möglichkeit einer Unterredung mit anderen Familienmitgliedern gewährt werden und sofern benötigt, sollen sie auch psychologische Unterstützung erhalten.⁸²⁶ Nachdem die Rate der Zustimmungsverweigerung immer noch bei rund 40 Prozent liegt⁸²⁷, wird großer Wert auf die Schulung des medizinischen Personals gelegt, das das Aufklärungsgespräch mit den Angehörigen vornimmt. Wichtig ist, dass der Zustimmungsberechtigte verstanden hat, wozu er zustimmt, und nicht lediglich seine Unterschrift unter ein vorformuliertes Zustimmungsfeld setzt. Bereits 1989 konnte im Rahmen einer öffentlichen Kampagne rund um das Thema der Organtransplantation eine deutliche Erhöhung der Zustimmungsrates beobachtet werden.⁸²⁸ Daher scheint die Information wesentlich zur Entscheidung der Betroffenen beizutragen.

Nachdem das Gespräch mit den Angehörigen in aller Regel ausschlaggebend für deren Entscheidung ist, gibt es zahlreiche Bemühungen, dieses Gespräch optimal zu führen. Durch Studien versuchte man herauszufinden, welche Gründe ausschlaggebend für die Ablehnung einer geplanten Organentnahme sind: Der wichtigste Grund hierfür ist die bekannte negative Haltung des Verblichenen gegenüber einer Organspende. Doch auch andere Gründe wie religiöse, persönliche oder kulturelle Anschauungen, Unzufriedenheit in Bezug auf die Behandlung des Patienten bzw der Angehörigen in der Krankenanstalt sowie generelle Skepsis gegenüber dem medizinischen Sektor und die Angst, dass potentielle Organspender nicht optimal betreut werden, um ihre Organe schneller entnehmen zu können, können eine Verweigerung der Zustimmungserklärung bewirken. Deshalb gibt es intensive Bemühungen, diese Faktoren auszuschalten, das entscheidende Gespräch optimal zu führen und das Thema möglichst anschaulich (evtl mit Hilfe eines Videos etc) zu erklären.⁸²⁹ Das in

⁸²⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 29, 97.

⁸²⁶ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 99.

⁸²⁷ *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 68, Rz 10.4.

⁸²⁸ *Gore/Taylor/Wallwork*, Availability of transplantable organs from brain stem dead donors in intensive care units, *BMJ* 1991/302, 149 (151).

⁸²⁹ Ausführlich dazu: *Long*, Supporting families' decision-making about organ donation, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation*, 82 (95ff).

manchen Krankenanstalten praktizierte Angebot an die Angehörigen, bei der Feststellung des Hirntodes anwesend zu sein, scheint gerne angenommen zu werden.⁸³⁰

Die Tatsache, dass den Angehörigen des Verstorbenen in vielen Fällen die Entscheidung obliegt, ob eine Entnahme stattfindet oder nicht, ist ein wesentlicher Kritikpunkt an der britischen Regelung. Dies hat sogar zu Überlegungen zugunsten einer *presumed consent*-Regelung geführt. In den Augen einiger Kritiker ist es nicht einzusehen, dass die Rechte der Familie des Toten gegenüber jenen des potentiellen Organempfängers vorrangig sein sollen. Vergleicht man die Situation der Angehörigen auf Spender- und Empfängerseite, so gebe es keinen Anlass, eine dieser beiden Seiten bevorzugt zu behandeln. Dies würde durch ein Absehen von einer Explantation geschehen, da dadurch den Trauernden zusätzliches Leid erspart wird, während der Kummer der Angehörigen des Empfängers durch eine weitere Verlängerung der Wartezeit auf der Transplantationsliste verlängert wird.⁸³¹

12.5 Zeitpunkt der Zustimmungserklärung

Die Zustimmung zu einer Organentnahme spielt die zentrale Rolle im Gefüge des Human Tissue Acts. Daher erscheint es auch besonders wichtig, die Zustimmung nicht mit einer Unterschrift unter einen vorformulierten Text auf einem Formular gleichzusetzen, sondern den Menschen die Möglichkeit und Zeit zu geben, sich mit dem Thema zu befassen, andere Personen um Rat zu fragen und Ärzte um medizinische Auskunft zu bitten. Es handelt sich also um einen Prozess, obwohl der Zeitpunkt, zu dem die Zustimmung schließlich erklärt wird, festgehalten werden muss.⁸³² Natürlich muss die Zustimmung für Transplantationszwecke, wenn sie vom potentiellen Spender selbst erklärt wird, zu Lebzeiten erklärt werden. Hat er eine Person damit beauftragt, darüber zu entscheiden, ob die Zustimmung zur Entnahme von Organen erklärt werden soll, so trifft diese Person ihre Entscheidung erst nach Ableben des Vertretenen.⁸³³ Sollte ein Angehöriger dazu berufen sein, sollte die Entscheidung

⁸³⁰ Ausführlich dazu: Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation*, 82 (87ff).

⁸³¹ Cronin, Transplants save lives, defending the double veto does not: a reply to Wilkinson, *JMedEth* 2007/33, 219 (219).

⁸³² *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 44ff, 58.

⁸³³ Section 4 subsection 1 HT Act 2004.

unmittelbar vor dem Tod gefällt werden.⁸³⁴ IdR kann ein Gespräch über die Möglichkeit der Organspende schon vor dem Tod geführt werden⁸³⁵, die Zustimmung erfolgt meist erst nach Todeseintritt.

12.6 Form und Inhalt der Zustimmung

Die Form der Zustimmung ist in keiner Weise beschränkt. Sie muss jedoch kundgetan werden, bloßes Schweigen kann nicht als Zustimmung gewertet werden. Schriftlichkeit ist nicht erforderlich, obwohl es gerade bei Organspenden empfehlenswert ist, mündliche Erklärungen sollten zumindest in der Krankengeschichte vermerkt werden.⁸³⁶ Entscheidend ist, dass der Betroffene freiwillig zustimmt, zum Zeitpunkt der Erklärung ausreichend informiert ist und die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, um die Konsequenzen abschätzen zu können.⁸³⁷ Beim National Health Service (NHS) wurde 1994 ein Zustimmungsregister eingerichtet, das die Möglichkeit zur Zustimmung vereinfachen soll.⁸³⁸ Die Zustimmungserklärung kann sich lediglich auf einen der im Human Tissue Act 2004 genannten Zwecke, zB auf Transplantationszwecke, beziehen, oder auch auf mehrere. Die Zustimmung kann also auch allgemein formuliert sein und sich auf alle Zwecke beziehen.⁸³⁹ Es besteht die Möglichkeit, all seine Organe zu Transplantationszwecken zur Verfügung zu stellen oder auch nur einzelne.⁸⁴⁰ Nicht möglich ist, die Zustimmung an bestimmte Bedingungen zu knüpfen.⁸⁴¹

Mittlerweile ist die Zahl der Zustimmungsmöglichkeiten recht groß: So gibt es frei aufliegende Zustimmungsfomulare des Gesundheitsministeriums, die Zustimmung kann im Zuge eines Ansuchens um einen Führerschein, einen Reisepass, die Boots Advantage Card (Mitgliedskarte einer Drogeriekette) oder eine European Health Insurance Card oder beim praktischen Arzt abgegeben werden. Auch eine

⁸³⁴ Section 3 subsection 6 par c HT Act 2004; *Human Tissue Authority*, Interim guidance on withdrawal of consent and deceased organ donors 2007, 1.

⁸³⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 46.

⁸³⁶ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 58.

⁸³⁷ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 30.

⁸³⁸ <https://www.organdonation.nhs.uk/ukt/RegistrationForm.do?campaignCode=-1> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁸³⁹ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 24f, 35; *Human Tissue Authority*, Consent forms: http://www.hta.gov.uk/guidance/model_consent_forms.cfm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁸⁴⁰ Siehe Anhang 2.

⁸⁴¹ Siehe oben: Kap E. III. 7.2.

telefonische Zustimmung ist möglich. Als besonders effektiv zeigte sich die Zustimmung im Rahmen eines Antrags auf Ausstellung des Führerscheins: Mehr als die Hälfte der jährlichen Zustimmungserklärungen wird auf diese Weise abgegeben.⁸⁴²

Es obliegt den medizinischen Verantwortlichen, zu prüfen, ob eine Zustimmung vorliegt. Ist dies der Fall, sind die Angehörigen des Verstorbenen darüber zu informieren. Die Human Tissue Authority betont, dass hierbei besonders feinfühlig vorgegangen werden muss. Möglicherweise lehnen die Angehörigen des Verbliebenen eine Entnahme ab. In diesem Fall müssen sie darüber aufgeklärt werden, dass sie den Wunsch des Verstorbenen bzw die Entscheidung des ernannten Vertreters nicht außer Kraft setzen können. Trotz allem muss jeder Einzelfall gesondert betrachtet werden, um in besonderen Situationen doch auf die Wünsche der betroffenen Angehörigen eingehen zu können.⁸⁴³ Sollte keine Zustimmung vorliegen, soll der Transplantationskoordinator bzw ein Mitglied des Betreuungsteams des Verstorbenen an die Angehörigen herantreten und sie bezüglich der Wünsche des Patienten befragen.⁸⁴⁴

12.7 Empfang der Zustimmungserklärung

Primär wird routinemäßig im Zustimmungsregister des NHS überprüft, ob der potentielle Organspender einer Organentnahme zugestimmt hat.⁸⁴⁵ Danach trifft das medizinische Personal eine Nachforschungspflicht. Eventuell finden sich im Testament des Verstorbenen Bemerkungen bezüglich einer Organentnahme. Außerdem kann eine schriftlich oder im Beisein zweier Zeugen mündlich erklärte Zustimmung eines vom Verstorbenen ernannten Vertreters vorliegen. Ansonsten liegt es im Verantwortungsbereich des behandelnden Arztes (bzw des Ärzteteams), die Zustimmung des Patienten, seiner Eltern oder Angehörigen zu erhalten, da er idR die Geschichte und Problematik im Einzelfall am besten beurteilen kann. Manchmal kann es jedoch die Beratung durch einen anderen oder sogar mehrere Spezialisten erfor-

⁸⁴² *NHS Blood and Transplant*, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 63.

⁸⁴³ *Human Tissue Authority*, Code of practice 1, Rz 75; *Human Tissue Authority*, Code of practice 2, Rz 98, 100.

⁸⁴⁴ *Human Tissue Authority*, Code of practice 2, Rz 99.

⁸⁴⁵ *Human Tissue Authority*, Code of practice 2, Rz 98.

dern.⁸⁴⁶ Der zuständige Arzt kann diese Aufgabe jedoch an berechtigtes und geschultes medizinisches Personal, den Transplantationskoordinator oder ein Mitglied des psychologischen Betreuungsteams (*bereavement service team*) delegieren.⁸⁴⁷ Das Gespräch mit den Angehörigen verlangt – wie schon ausgeführt – viel Einfühlungsvermögen. Angesichts der Bedeutung dieser Gespräche setzt die Human Tissue Authority daher auf bestmögliche Schulung des medizinischen Personals.⁸⁴⁸ Religiöse und kulturelle Ansichten sollten Berücksichtigung finden, hier ist ebenfalls ein feinfühliges Vorgehen vonnöten.⁸⁴⁹ Personen, deren Muttersprache nicht Englisch ist, müssen in besonderer Weise unterstützt werden, indem sie beispielsweise unter Beiziehung eines Dolmetschers aufgeklärt werden.⁸⁵⁰

13. Die Human Tissue Authority

Durch den Human Tissue Act 2004 wurde die Human Tissue Authority geschaffen. Diese Behörde ist beispielsweise für die oben bereits häufig erwähnten *Codes of Practice* verantwortlich, die den Human Tissue Act 2004 genauer ausführen und zum besseren Verständnis dienen sollen. Ua überwacht die Human Tissue Authority auch die Entnahme, Verwendung, Lagerung sowie Import und Export von Leichen oder menschlichem Material (*relevant material*, ausgenommen Blut und aus Blut gewonnene Erzeugnisse) für *scheduled purposes*, also ua auch für Transplantationen. Weiters fällt die Entsorgung von Leichen und *relevant material*, die für solche Zwecke importiert, gelagert und/oder verwendet wurden, in ihren Aufgabenbereich.⁸⁵¹ Außerdem gehören etwa die Information der Bevölkerung sowie die Beobachtung aktueller Entwicklungen im Bereich der von ihr überwachten Tätigkeiten dazu.⁸⁵² Bestimmte Tätigkeiten bedürfen einer Genehmigung durch die Human Tissue Authority, darunter fällt auch die Lagerung von Leichen oder Organen für Transplantationszwecke⁸⁵³, nicht jedoch die Entnahme von Organen zu Transplantationszwecken.⁸⁵⁴ Die Genehmigung ist an eine bestimmte Person gerichtet, die der Human Tissue Authori-

⁸⁴⁶ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 48ff.

⁸⁴⁷ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 52.

⁸⁴⁸ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 54.

⁸⁴⁹ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 59.

⁸⁵⁰ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 60.

⁸⁵¹ Section 14 subsection 1 HT Act 2004.

⁸⁵² Section 15 HT Act 2004.

⁸⁵³ Section 16 subsection 2 par e HT Act 2004.

⁸⁵⁴ Section 16 subsection 2 par c HT Act 2004.

ty jedoch eine weitere Person bekannt geben kann, die für die Ausführung der fraglichen Tätigkeit geeignet ist und für die die Genehmigung ebenfalls gelten soll. Weitere Personen können unter der Leitung von einer dieser Personen die bewilligte Tätigkeit ebenfalls ausführen. Adressaten einer solchen Genehmigung müssen sicherstellen, dass angemessene Verfahrensweisen angewendet und die Bestimmungen der Bewilligung eingehalten werden.⁸⁵⁵

Bereits 2006 hat die britische Regierung angekündigt, die Human Tissue Authority mit der Human Fertilisation and Embryology Authority, die durch den Human Fertilisation and Embryology Act 1990 gegründet wurde, zur Regulatory Authority for Tissue and Embryos (RATE) zusammenzulegen.⁸⁵⁶

14. Rechtsfolgen unzulässiger Organentnahmen

Jede Entnahme, die nicht durch die Zustimmung des verstorbenen Patienten gerechtfertigt ist, stellt einen Verstoß gegen den Human Tissue Act 2004 dar. Gleiches gilt, wenn die Organe eines Patienten verpflanzt werden, obwohl er seine Zustimmung nur bezüglich eines anderen Verwendungszwecks – zB für Forschungszwecke – gegeben hat. Entschuldigbar ist ein solches Handeln nur, wenn der Handelnde berechtigterweise der Meinung war, die Zustimmung würde vorliegen, oder er würde eine Maßnahme vornehmen, die keiner Zustimmung bedarf.⁸⁵⁷ Eine Person, die eine andere fälschlicherweise glauben lässt, dass die Zustimmung des Patienten vorhanden bzw nicht nötig wäre, handelt jedoch rechtswidrig.⁸⁵⁸ Die angedrohten Sanktionen reichen von einer Geldbuße über maximal 3 Jahre Freiheitsstrafe bis hin zur Verhängung einer Kombination von beidem.⁸⁵⁹

Ein Verstoß gegen einen Code of Practice der Human Tissue Authority zieht an sich keine Sanktionen nach sich, wird aber von der Human Tissue Authority im Rahmen ihrer Überprüfungstätigkeiten registriert.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ Sections 17, 18 HT Act 2004.

⁸⁵⁶ *Department of Health*, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act, 2006, 5, Rz 2.3.

⁸⁵⁷ Section 5 subsection 1 HT Act 2004.

⁸⁵⁸ Section 5 subsection 2 HT Act 2004.

⁸⁵⁹ Section 5 subsection 7 HT Act 2004.

⁸⁶⁰ *Shaun/Pattinson*, Medical Law & Ethics¹, 437.

F. Der Vergleich

I. Vorbemerkungen

Die umfassende Aufarbeitung und Gegenüberstellung des österreichischen und des britischen Transplantationsrechts ermöglicht einen aussagekräftigen Vergleich der beiden Systeme. Dabei stellt sich heraus, dass es neben einigen Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten eine Vielzahl an Unterschieden gibt. Dies lässt sich einerseits damit begründen, dass die rechtliche Situation in Großbritannien – anders als in Österreich – durch die Praxis der Gerichte maßgeblich beeinflusst wird, und andererseits damit, dass sich die beiden Staaten für eine jeweils andere Lösung der rechtlichen Regelung von Organspenden von Toten entschieden haben. Vor allem Letzteres wirkt sich massiv auf die praktische Situation der Transplantationsmedizin und im Speziellen auf die Quantität der verfügbaren Spenderorgane aus. Weiters ist das britische Transplantationsrecht erst vor relativ kurzer Zeit reformiert worden, daher kann über langfristige Auswirkungen nur gemutmaßt werden. Im Gegensatz dazu ist die österreichische Regelung des Transplantationswesens schon seit mehr als 25 Jahren in Kraft, weshalb Vorteile und Nachteile bereits gut erkennbar sind.

Nach einer kurzen Gegenüberstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Transplantationsrechtes in Österreich und Großbritannien unterscheidet der nachstehende Vergleich zwischen Übereinstimmungen, Ähnlichkeiten, Unterschieden sowie staatenspezifischen Besonderheiten der beiden Systeme. Dabei wird auf das Überwiegen abgestellt: Ist ein bestimmter Bereich also überwiegend unterschiedlich geregelt, so wird er den Unterschieden zugeordnet, selbst wenn einzelne Aspekte Ähnlichkeiten aufweisen oder gar übereinstimmen.

II. Rechtlicher Rahmen

1. Die Rechtsentwicklung

Betrachtet man die Entwicklung der rechtlichen Regelungen bezüglich Organtransplantationen in Österreich und Großbritannien, so stellt man fest, dass die Anlassfälle gewisse Ähnlichkeiten aufweisen. In beiden Staaten wurde die Rechtmäßigkeit der Einbehaltung von Organen oder Gewebsteilen nach dem Tod von Patienten in Frage gestellt. In Österreich nahm man den darauf folgenden Prozess zum Anlass, 1982 erstmals eine gesetzliche Regelung für die Entnahme von Organen oder Teilen davon zu schaffen, da dieses Gebiet bisher ungeregelt war. Davor konnte man sich nur an den gesetzlichen Bestimmungen über die Obduktion orientieren, doch aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Transplantationsmedizin wuchs das Bedürfnis nach Rechtssicherheit auf diesem Gebiet. Dagegen existierte in Großbritannien bereits seit 1961 ein umfassendes Regelwerk (der Human Tissue Act 1961), das jedoch einige Unzulänglichkeiten und Lücken aufwies und zuletzt als generell veraltet angesehen wurde. Im Vergleich zum österreichischen Anlassfall zog der Skandal rund um die einbehaltenen Körperteile an Krankenanstalten in Bristol und Liverpool wesentlich größeres mediales Interesse auf sich. Der Druck der Öffentlichkeit war möglicherweise auch ein Grund dafür, dass die britische Regierung sich nicht zur Abkehr von der Zustimmungslösung durchringen konnte.

In beiden Staaten entwickelte sich infolge der Anlassfälle eine umfassende Diskussion zum Transplantationsrecht, wobei in Österreich von Anfang an die Interessen der Organempfänger im Vordergrund standen und in Großbritannien jene der Spender. Die österreichische Regierung befürwortete anfangs sogar die Notstandslösung⁸⁶¹, die die Interessen der Organspender vollkommen außer Acht lässt. Eine dahingehend formulierte Norm wäre aber verfassungsrechtlich nicht haltbar gewesen, da sie Art 8 und 9 EMRK sowie Art 14 StGG zuwider laufen würde. Schließlich entschied man sich 1982 für die Widerspruchslösung (auch *opt-out*-Lösung oder *presumed consent* genannt), die in das bestehende Krankenanstaltengesetz (KAG, seit 2002 KAKuG) eingegliedert wurde.

⁸⁶¹ Siehe Kap C. IV.

Der britische Gesetzgeber erarbeitete bis 2006 ein umfassendes Gesetz, das nicht nur den Bereich der Organtransplantationen, sondern auch verwandte Materien wie etwa die Lagerung oder Verwendung von Organen zu anderen Zwecken umfasst. Aufgrund des bestehenden Organmangels erörterte man auch die Möglichkeit, eine erweiterte Variante der Widerspruchslösung einzuführen, die die Wünsche der Angehörigen eines Verstorbenen ebenfalls berücksichtigen würde. Obwohl sich Experten wie etwa die British Medical Association ausdrücklich für die Widerspruchslösung einsetzten, wagte es der britische Gesetzgeber nicht, für diese Variante zu optieren. Schlussendlich entschied man sich erneut für die Zustimmungslösung (auch *opt-in*-Lösung oder *explicit consent* genannt), die Teil des Human Tissue Acts 2004 wurde.

2. Eingliederung in ein Gesetz

Das österreichische Transplantationsrecht ist im Wesentlichen in den §§ 62a-c KAKuG geregelt. Nur für einzelne Fragen wie beispielsweise die Dokumentations- und Schweigepflichten sowie Anforderungen an das Entnahmekrankenhaus müssen andere Gesetzesstellen herangezogen werden. Obwohl die relevanten Normen klar und übersichtlich sowie unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten weitgehend geklärt sind, ist das österreichische Transplantationsrecht nur ein verschwindend kleiner Teil im KAKuG. Die Regelung von Lebendspenden wurde gänzlich ausgespart. Eine etwas ausführlichere Behandlung etwa in einem eigenen Transplantationsgesetz, in dem auch die Lebendspende Beachtung findet, wäre wünschenswert.

Der Entnahme, Lagerung und Verwendung menschlicher Körperteile wurde in Großbritannien ein eigenes Gesetz gewidmet, in das das Transplantationsrecht eingegliedert wurde. Allerdings sind die relevanten Vorschriften teilweise etwas zersplittert und kompliziert formuliert, was sogar im britischen Parlament zugegeben werden musste.⁸⁶² Dies ist der Anwendung in der Praxis nicht unbedingt dienlich. Der Grund für den komplexen Aufbau des britischen Transplantationsrechts mag darin liegen, dass das neue Gesetz etliche Bereiche abdeckt, die davor in unterschiedlichen Gesetzen geregelt waren. Durch die bloße Eingliederung in ein Gesetz, das einige un-

⁸⁶² Ladyman, Hansard 15. 1. 2004, Col 1043.

terschiedliche Materien umfasst, sind Organtransplantationen nicht derart abschließend geregelt wie etwa in Österreich. Anders als in Österreich ist die Handhabung von Lebendspenden jedoch umfassend normiert.

In beiden Staaten gibt es also kein eigenes Transplantationsgesetz. Während das österreichische lediglich auf den verstorbenen Spender bezogene Transplantationsrecht in kompakter Form in einigen Paragraphen festgelegt wurde, sind Transplantationen vom Verstorbenen in Großbritannien gleich zu behandeln wie einige andere Themengebiete (zB gerichtsmedizinische Untersuchungen).

III. Übereinstimmungen

1. Verschwiegenheitspflicht

In beiden Staaten ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht des medizinischen Personals nicht direkt aus dem Transplantationsrecht. Der österreichische § 62b KA-KuG nennt sie zwar, ist aber nur in den wenigsten Fällen (etwa für Verwaltungsangestellte) anzuwenden, da die jeweilige standesrechtliche Schweigepflicht auch Informationen bezüglich Spender und Empfänger von Transplantaten umfasst. In Großbritannien ergibt sich die Pflicht zur Verschwiegenheit aus dem case law und wird vielfach festgehalten (va in Beschäftigungsverträgen und Verhaltensregeln). Auf Spenderseite darf den Angehörigen mitgeteilt werden, dass eine Organentnahme vorgenommen wurde – in Österreich ist dies untersagt, wenn der Patient nicht zugestimmt hat oder die Information seiner Angehörigen seinem mutmaßlichen Willen widersprechen würde. Bezüglich der Identität des Empfängers dürfen jedoch in beiden Staaten keinerlei Daten weitergegeben werden. Der Organempfänger selbst bzw sein gesetzlicher Vertreter hat nach § 11 Datenschutzgesetz bzw nach Section 7 subsection 1 Data Protection Act 1998 das Recht auf Einsicht in seine Krankengeschichte. Sollte diese jedoch Hinweise auf die Identität des Spenders enthalten, so sind diese vor Erlaubnis zur Einsichtnahme zu tilgen. In Großbritannien besteht hier eine Ausnahme: Hinweise auf die Person des Spenders können dann offengelegt werden, wenn der Spender (zu Lebzeiten) diesbezüglich seine Zustimmung erklärt hat. Die Regelung der Schweigepflicht des medizinischen Personals zeigt große Übereinstimmungen auf, die genannten staatspezifischen Ausnahmen sind von geringer Bedeutung.

2. Dokumentation

Die ausdrückliche Willenserklärung des Patienten – sei es die Zustimmung zu oder der Widerspruch gegen Organentnahmen – ist in beiden Staaten in der Krankengeschichte des Betroffenen zu vermerken. In Großbritannien wird überdies der Umfang der Zustimmungserklärung dokumentiert, da der Patient nicht nur die Zustimmung zur Entnahme auf bestimmte Organe beschränken kann, sondern sich au-

ßerdem auch mit der Verwendung seines Körpers für andere Zwecke (zB Forschungszwecke) einverstanden erklären kann. Ebenso ist in beiden Staaten die Vornahme der Entnahme in der Krankengeschichte des Spenders zu vermerken. Sogar die Aufbewahrungsfrist dieser Aufzeichnungen stimmt überein und beträgt sowohl in Österreich als auch in Großbritannien 30 Jahre.

Die britischen Vorschriften bezüglich der Dokumentation sehen einen Zusatz vor, der aufgrund der Zustimmungslösung notwendig ist: Liegt keine Zustimmungserklärung des Verstorbenen vor, ist mit den Angehörigen ein Gespräch zu führen, um deren Zustimmung für eine geplante Organentnahme zu erhalten. Unabhängig vom Ausgang dieser Unterredung sind die Eckpunkte festzuhalten. Überdies muss in Großbritannien jedes Transplantat mit einer eigenen Nummer versehen werden.

Auf nationaler Ebene beobachten und dokumentieren das österreichische ÖBIG und das britische UK Transplant das Transplantationsgeschehen. Aufschlussreiche Studien und Statistiken ermöglichen es, Missstände zu erkennen und möglichst rasch darauf zu reagieren sowie die Transplantationsmedizin durch gezielte Maßnahmen zu unterstützen.

IV. Ähnlichkeiten

1. Anwendungsbereich

Während das österreichische KAKuG nur die Leichenspende normiert, umfasst der britische Human Tissue Act 2004 auch die Lebendspende. Bezüglich der Organspende vom Toten sind jedoch beide Gesetze auf menschliche Organe und Gewebe anzuwenden.

Für die Entnahme von fötalem Gewebe ist in beiden Staaten die Zustimmung der Mutter notwendig. Die Begründung weist jedoch Unterschiede auf: Während Tot- und Fehlgeburten nicht unter das österreichische Transplantationsgesetz fallen und daher die Zustimmung der Mutter aufgrund des bürgerlichen Rechts einzuholen ist⁸⁶³, wird fötales Gewebe in Großbritannien als Gewebe der Mutter behandelt, weshalb letztere auch über die mögliche Entnahme entscheidet. Unter dem Begriff der Totgeburt sind Kinder zu verstehen, die nach dem Austritt aus dem Mutterleib keinerlei Lebenszeichen aufweisen. Die österreichische Definition knüpft an das Gewicht von mindestens 500g an, die britische an die Dauer der Schwangerschaft von mindestens 24 Wochen. Unter diesem Gewicht bzw in einem früheren Stadium ist die Leibesfrucht als Fehlgeburt anzusehen und kann aus medizinischen Gründen nicht als Organspender herangezogen werden.

Lebend zur Welt gekommene, schwer geschädigte Kinder, deren Überlebenschancen sehr gering sind, stehen sowohl in Österreich als auch in Großbritannien unter dem Schutz des Rechtes auf Leben und dürfen selbst bei Fehlen großer Teile des Gehirns nicht als Totgeburten behandelt werden. Als Todeszeitpunkt ist der Herz-Kreislaufstillstand maßgeblich.

Der Tod einer werdenden Mutter ist ein prekärer Fall, der zum Glück äußerst selten eintritt. Beide Rechtsordnungen sehen den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mutter durch das Lebensrecht des Kindes als gerechtfertigt an. Daher ist jedenfalls alles zu unternehmen, um das Leben des heranwachsenden Kindes zu retten.

⁸⁶³ Ausführlich dazu: *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation, 131ff.

Kommt eine Person, die keine österreichische bzw britische Staatsbürgerschaft besitzt in Österreich bzw Großbritannien zu Tode, so ist nach dem Territorialitätsprinzip österreichisches bzw britisches Recht anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass in Österreich de lege ohne Zustimmungserfordernis seitens des Verstorbenen oder seiner Angehörigen Organentnahmen vorgenommen werden dürfen, während in Großbritannien bei Fehlen einer angemessenen Zustimmung davon abgesehen werden muss. In Österreich führte dieser Umstand zu Diskussionen, da va Personen, die sich nur vorübergehend in Österreich aufhalten, idR nicht über das österreichische Transplantationsrecht informiert sind. Ein Teil der Lehre sieht im Zusammenhang mit Organentnahmen einen Eingriff in das Recht auf einen würdigen Tod, weshalb nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) vorzugehen sei, da es sich um keine rein öffentlich-rechtliche Angelegenheit handle. In solchen Fällen sei das Recht des Heimatstaates des potentiellen Spenders anzuwenden. Die praktische Handhabung solcher speziellen Fälle findet eine Art „Kompromiss“ zwischen der strengen Anwendung des Territorialitätsprinzips und der Annahme, es liege ein „Gemengelage“ vor⁸⁶⁴. Grundsätzlich werden in Österreich die Angehörigen eines ausländischen Patienten um ihre Zustimmung gebeten, sollten diese in einem angemessenen Zeitraum jedoch nicht erreichbar oder auffindbar sein, werden Organe entnommen.⁸⁶⁵

Verstirbt eine Person nicht-britischer Staatsangehörigkeit in Großbritannien, so kann das Zustimmungsregister bezüglich einer etwaigen Zustimmungserklärung befragt werden. Eine solche Erklärung wird im Regelfall, va bei Personen, die sich nur für kurze Zeit auf britischem Staatsgebiet aufhalten wollten, nicht vorliegen. Liegt auch keine auf andere Art und Weise geäußerte Erklärung vor (Spenderausweis oÄ) und können die Angehörigen nicht erreicht werden, wäre eine Organentnahme nach dem britischen Transplantationsrecht rechtswidrig.

Aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass in seltenen Fällen Kompatibilitätsschwierigkeiten zwischen der österreichischen und der britischen Rechtslage auftreten können. Kommt beispielsweise ein Österreicher während eines kurzen Aufenthaltes in Großbritannien zu Tode, wird er idR kein Organspender, da er höchstwahrscheinlich

⁸⁶⁴ Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, 13 (29).

⁸⁶⁵ Tscheliessnigg, 12. 10. 2007.

scheinlich keine adäquate Zustimmung zur Organentnahmen abgegeben hat. Aufgrund der österreichischen Rechtslage konnte er fix damit rechnen, ein Organspender zu werden, was ihm möglicherweise aus persönlichen Gründen wichtig war. In diesem Fall würde die britische Regelung ihren Zweck, die Spenderinteressen bestmöglich zu berücksichtigen, klar verfehlen.

2. Umfang der Entnahme

Keine der beiden hier diskutierten Transplantationsregelungen sieht eine zahlenmäßige Beschränkung in Bezug auf den Umfang der Entnahme vor. Grundsätzlich können also alle gesunden, transplantierbaren Organe zu Transplantationszwecken entnommen werden. In Österreich ist im Verunstaltungsverbot eine Grenze zu erkennen und die Formulierung, dass die Entnahme „einzelner“ Organe erlaubt ist, kann dahingehend interpretiert werden, dass jedenfalls nicht sämtliche Organe entnommen werden dürfen. Während die österreichische Lehre nach wie vor uneins ist, ob der Gesetzgeber 1982 eine umfangmäßige Grenze setzen wollte bzw wo diese Grenze anzusetzen ist, scheint diese Thematik in der britischen Lehre gar nicht auf. Hier ist allerdings häufig die Zustimmung der Angehörigen einzuholen, die va vor Transplantationen bestimmter Organe oder Körperteile (Gesicht, Hände) verweigert wird.

3. Entnahmezweck

3.1 Transplantationszweck – mehrere Zwecke

Nach dem österreichischen § 62a KAKuG ist die Entnahme eines Organs nur dann erlaubt, wenn sie für die darauffolgende Implantation desselben Organs vorgenommen wird. Bei sinngemäßer Interpretation dieser Vorschrift gelangt man zu dem Schluss, dass sie nicht nur zur eigentlichen Entnahme zu Transplantationszwecken berechtigt, sondern überdies alle dazu notwendigen Maßnahmen gestatten muss. Daher sind va Gewebsentnahmen zur Gewebstypisierung oder Blutabnahmen für diverse notwendige Untersuchungen zulässig, da diese im Vorfeld einer Transplanta-

tion unerlässlich sind. Entnahmen zu anderen Zwecken (etwa zur Herstellung von Arzneimitteln) sind im KAKuG nicht vorgesehen. Im Gegensatz dazu erlaubt der Human Tissue Act 2004 die Entnahme von Organen oder Geweben zu einer ganzen Reihe von Zwecken. Neben Entnahmen zur genaueren Untersuchung der Todesursache oder zu unterschiedlichen Forschungszwecken etc.⁸⁶⁶ fallen auch Transplantationen unter die eine Entnahme rechtfertigenden Verwendungszwecke. Allerdings benötigt man in Großbritannien die Zustimmung eines Zustimmungsberechtigten, um eine Entnahme überhaupt durchführen zu können. Ist nach der Zustimmung lediglich die Transplantation von den entnommenen Organen gedeckt, kommt man zum gleichen Ergebnis wie in Österreich: Eine Explantation zu Transplantationszwecken ist rechtmäßig, die Verwendung für andere Vorhaben ist mangels Legitimierung zu unterlassen.

3.2 Organbanken

Die englische Bezeichnung *tissue banks* ist besser gewählt als die deutsche, die die Annahme nahelegt, es würden tatsächlich Organe gelagert werden, um zu einem späteren Zeitpunkt transplantiert zu werden. Doch für die meisten Organe kommt eine Lagerung gar nicht in Frage, da ihre Überlebenszeit nur wenige Stunden beträgt. Bestimmte Gewebe wie Hornhaut oder Knochen (sogenanntes bradytrophes Gewebe, das einen langsameren Stoffwechsel aufweist⁸⁶⁷) überstehen eine Lagerung für einen bestimmten Zeitraum jedoch unbeschadet. Liegt also kein Widerspruch vor bzw wurde die notwendige Zustimmung erklärt, so können geeignete Gewebe entnommen und in Organbanken gelagert werden. In keinem der beiden hier besprochenen Transplantationsrechte ist ein Zeitraum angegeben, innerhalb dessen die Transplantation durchzuführen ist. Somit wird bei bestimmten Geweben der Entnahmezweck nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben und nicht vereitelt. Die legislative Aufarbeitung lässt in Österreich zu wünschen übrig, da nur in Vorarlberg Vorschriften für Organbanken existieren. Der umfangreiche Code of Practice des britischen Gesundheitsministeriums bietet hingegen umfassende Anweisungen bezüglich Qualitätskontrolle, Dokumentation, Empfängerauswahl etc.

⁸⁶⁶ Schedule 1 Part 1 HT Act 2004.

⁸⁶⁷ Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹.

3.3 Intravitalkonservierung

Die Aufrechterhaltung bestimmter Körperfunktionen, die ein Überleben der Organe im Körper des Verstorbenen ermöglichen sollen, ist in beiden Staaten zulässig. Da die gesetzlichen Bestimmungen keinen Zeitraum vorschreiben, der zwischen dem Eintritt des Todes und der tatsächlichen Entnahme überschritten werden darf, ist ein solches Vorgehen möglich. Aufgrund der Zustimmungslösung in Großbritannien muss eine derartige Behandlung abgebrochen werden, sobald feststeht, dass die nötige Zustimmung nicht vorliegt bzw eingeholt werden kann. In Österreich stellt sich diese Frage nur in seltenen Fällen, da ein Widerspruch idR im Widerspruchsregister eingetragen und dieser leicht abzufragen ist. Sollte das Vorliegen eines Widerspruches erst nach Todeseintritt bekannt werden, weil die Angehörigen beispielsweise einen schriftlichen Widerspruch finden, bevor die Entnahme vorgenommen wurde, so ist in Österreich die intensivmedizinische Behandlung des Toten ebenfalls abzubrechen. In Großbritannien muss der Umfang der Behandlung sich auf das Nötigste beschränken, allerdings stellt sich die Frage, auf wie viele Maßnahmen bei der an sich schon sehr schwierigen Aufrechterhaltung der notwendigen Körperfunktionen wirklich verzichtet werden kann. Welche Methoden unbedingt notwendig sind, richtet sich zweifelsfrei nach medizinischen Erkenntnissen. Bezüglich der Dauer der Intravitalkonservierung ergibt sich eine natürliche Grenze, da die Erhaltung eines stabilen Zustandes eines Hirntoten derzeit nur für einige Stunden möglich ist.

4. Todesfeststellung

Gerade im Bereich der Transplantationsmedizin ist es wichtig, das Vertrauen der Bevölkerung in die Medizin nicht zu enttäuschen. Daher muss sichergestellt sein, dass niemandem ein lebenswichtiges Organ entnommen wird, bevor er tatsächlich und nachweisbar tot ist. Demzufolge gilt es, Kriterien zu definieren, bei deren Zutreffen der Tod mit Sicherheit eingetreten ist. Aufgrund der oft sehr raschen Entwicklungen im medizinischen Bereich wäre es nicht sinnvoll, die Art der Todesfeststellung im Rahmen eines Gesetzes festzulegen, da die Änderung von Gesetzen in aller Regel viel Zeit in Anspruch nimmt. Somit würde sich jeder Arzt Sanktionen aussetzen, der aufgrund neuer Erkenntnisse eine andere Art der Todesfeststellung anwendet, weil

die Rechtslage den neuen Standards noch nicht angepasst werden konnte. Folglich hat man weder in Österreich noch in Großbritannien die Todesdefinition in ein starres Gesetzeswerk eingebunden, obwohl die Inkorporierung der Todesfeststellung bzw. diesbezüglicher Mindeststandards in das Transplantationsrecht gefordert wurde.⁸⁶⁸ In Österreich werden die Todeskriterien vom Obersten Sanitätsrat definiert, die letzte Überarbeitung stammt aus dem Jahr 2005. In Großbritannien ist die Todesfeststellung nach dem Code of Practice des britischen Gesundheitsministeriums durchzuführen, der 2001 überarbeitet wurde und wohl in naher Zukunft durch einen neuen Code of Practice seitens der Human Tissue Authority abgelöst werden wird.

In beiden Staaten verlangen die medizinischen Standards, dass sich die Ärzte versichern, dass der Zustand des Patienten nicht auf reversible Ursachen (zB Vergiftung) zurückzuführen ist.⁸⁶⁹ Während in Österreich die Diagnose des Gesamthirntodes ausschlaggebend ist, wird in Großbritannien der Hirnstammtod festgestellt. Aus medizinischer Sicht besteht der wesentliche Unterschied darin, dass in Österreich die Durchführung eines EEGs zwingend ist, um die Irreversibilität des Funktionsverlustes des Gehirns nachzuweisen, während dies in Großbritannien für nicht notwendig erachtet wird.⁸⁷⁰ In Bezug auf die *non-heart beating donors* gelten in beiden Staaten die Maastricht-Kriterien⁸⁷¹, der Eintritt des Todes wird anhand des Herz-Kreislaufstillstandes festgestellt.

Die Anforderungen an die den Tod feststellenden Ärzte weisen gewisse Ähnlichkeiten auf. Während in Österreich de lege nur ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt die Todesfeststellung durchführen darf, müssen in Großbritannien mindestens zwei Ärzte die notwendigen Untersuchungen ausführen, die seit mindestens fünf Jahren zugelassen sind. In Österreich ist es in aller Regel ein ganzes Team, das den Eintritt des Todes feststellt. In beiden Staaten gilt jedoch, dass die den Tod feststellenden Ärzte nicht Mitglieder des Transplantationsteams sein dürfen. Die diesbezüglichen Bestimmungen sind in Österreich jedoch ausführlicher und strenger, da auf das „Betroffensein“ des jeweiligen Arztes abgestellt wird: Demnach darf ein Arzt, der bei der Diagnose des Hirntodes beteiligt ist, in keiner Verbindung

⁸⁶⁸ Barta/Kalchschmid, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in Barta/Weber, Rechtsfragen, 52; Department of Health, Human Bodies, Human Choices, 106, Rz 13.3ff.

⁸⁶⁹ Ausführlich dazu: Kap B. V. 3.

⁸⁷⁰ Siehe Kap B. IV. 3.

⁸⁷¹ Kap E. III. 8.2.

zum Transplantationsteam oder zu Spender bzw Empfänger des Transplantats stehen.

Österreich verfügt über zwei mobile Hirndiagnostik-Teams, eine vergleichbare Einrichtung fehlt in Großbritannien. Der Grund hierfür liegt vermutlich darin, dass in Österreich die Durchführung eines EEGs zwingend vorgesehen ist, in Großbritannien jedoch nicht. Das Fehlen der Hirnstammreflexe, das in beiden Staaten zu überprüfen ist, kann mit vergleichsweise einfachen Mitteln durchgeführt werden, während die Untersuchung mittels eines EEGs eine bestimmte apparative Ausstattung der betroffenen Krankenanstalt voraussetzt.

5. Rechtsfolgen unzulässiger Organentnahmen

Eine Entnahme bedarf in beiden Staaten einer Rechtfertigung: In Österreich ist eine Entnahme grundsätzlich als Störung der Totenruhe iSd § 190 StGB zu bewerten, es sei denn, sie ist durch das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 62a KAKuG gerechtfertigt. Auch in Großbritannien ist eine Entnahme von Gewebe oder ganzen Organen als Entwürdigung des Leichnams anzusehen, sofern sie nicht zu therapeutischen Zwecken oder aus rituellen Gründen geschieht.⁸⁷² Die ausdrückliche Zustimmung des Verstorbenen bzw einer zustimmungsberechtigten Person rechtfertigt die Entnahme, wenn sie zu bestimmten Zwecken wie zB zu Transplantationszwecken vorgenommen wird.

Eine ungerechtfertigte Entnahme zieht in beiden Staaten Konsequenzen nach sich. In Österreich ist eine unzulässige Entnahme primär strafrechtlich zu verfolgen. Nur wenn es zu keiner strafrechtlichen Strafbarkeit kommt, kann es zu einer Sanktionierung nach § 62c KAKuG kommen. In Großbritannien wird eine unzulässige Organ- bzw Gewebsentnahme nach Section 5 Human Tissue Act 2004 geahndet. Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit für unzulässige Organentnahmen ist nicht normiert.⁸⁷³

In Österreich kann aufgrund einer unzulässigerweise vorgenommenen Organentnahme eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten bzw eine Geldstrafe von bis

⁸⁷² Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue, 49, Rz 6.29.

⁸⁷³ Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, 493, Rz 14.38, FN 74.

zu 360 Tagessätzen verhängt werden. Kommt es zu keiner strafrechtlichen Sanktionierung, kann eine Geldstrafe von € 2180 aufgrund der Verwaltungsübertretung nach § 62c KAKuG verhängt werden. Der britische Strafraum ist wesentlich größer: Neben einer Geldbuße, deren Höhe gesetzlich nicht beschränkt ist, kann eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Kombination aus beidem verhängt werden. Verstöße gegen die Codes of Practice der Human Tissue Authority bleiben jedoch sanktionslos.

V. Unterschiede

1. Gegenstand der Entnahme

§ 62a KAKuG besagt, dass Organe und Organteile entnommen werden dürfen. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien erlaubt die Interpretation dahingehend, dass in Österreich unter Organen und Teilen davon auch Gewebe zu verstehen ist, weshalb beispielsweise auch Haut, Herzklappen und Blut unter diesen Begriff zu subsumieren sind. Da das Gesetz jedoch von 1982 stammt und die Transplantation etwa von ganzen Extremitäten zu dieser Zeit noch nicht von essentieller Bedeutung war, ist fraglich, ob deren Verpflanzung rechtmäßig ist. Obwohl Extremitäten unter den Begriff der Organe fallen, bietet das Verunstaltungsverbot einen Anhaltspunkt dafür, dass deren Entnahme (oder eher Abnahme) nicht durch das KAKuG gerechtfertigt ist.

Unter das britische Transplantationsrecht fallen sämtliche Teile des menschlichen Körpers, die aus menschlichen Zellen bestehen oder solche beinhalten. Ausdrücklich ausgenommen sind nur Nägel, Haare, Keimzellen und Embryonen, die sich außerhalb des Körpers befinden. Nachdem der Human Tissue Act 2004 sehr jung ist, und die Transplantation ganzer Extremitäten im Zeitpunkt des Gesetzentwurfes bereits keine rein theoretische Möglichkeit mehr darstellte, steht in Großbritannien auch einem solchen Eingriff nichts im Wege. Ein Verunstaltungsverbot oder ein Äquivalent dazu existiert nicht.

Die Transplantation von tierischen Organen ist in Österreich verboten. In Großbritannien ist sie derzeit noch untersagt, aber Forschungen auf diesem Gebiet werden unterstützt, da man hofft, in nicht allzu ferner Zukunft von gentechnisch modifizierten Schweinen auf Menschen übertragen zu können. Bis zur Realisierung dieses Vorhabens sind noch einige rechtliche und ethische Fragen zu klären.⁸⁷⁴ Prothesen und andere therapeutische Hilfsmittel wie Herzschrittmacher etc sind weder in Österreich noch in Großbritannien Gegenstand des Transplantationsrechts.

⁸⁷⁴ Ausführlich dazu: *Advisory Group on the Ethics of Xenotransplantation 1996*, Animal tissue into humans, 16ff.

2. Eigentumsrechte an Spenderorganen

Die Herangehensweise an das Problem der Eigentumsrechtsfähigkeit von Transplantationsorganen in Österreich unterscheidet sich deutlich von jener in Großbritannien. In Großbritannien hat sich die Meinung, dass es am Leichnam keine Eigentumsrechte gibt, im Laufe der Jahre gefestigt, obwohl die Begründung dieser Meinung nicht ganz unstrittig ist. Nur unter bestimmten Voraussetzungen soll es möglich sein, Eigentumsrechte an entnommenen Organen erwerben zu können.

In Österreich dagegen bemüht man sich, entnommene Organe unter den Sachbegriff zu subsumieren und daraus die Eigentumsfähigkeit von Transplantationsorganen abzuleiten. Obschon sich die Lehre einig ist, dass entnommene Organe als Sachen behandelt werden können, bereitet die anerkannte Theorie der nach dem Tode in vermindertem Umfang nachwirkenden Persönlichkeitsrechte Probleme bei der Frage, wer Eigentum an Spenderorganen halten/erwerben kann. Zu diesem Problem wurden verschiedene Theorien entwickelt, um sowohl die sachenrechtliche als auch die persönlichkeitsrechtliche Ebene zu verbinden. ME am überzeugendsten ist die „Überlagerungsthese“, die von der gleichzeitigen Existenz der sachenrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Ebene ausgeht, wobei erstere erst nach Abtrennung eines Körperteils bzw nach Todeseintritt wirksam wird. Spenderorgane können somit Gegenstand von Eigentumsrechten sein.

In Großbritannien wurde eigens das Nuffield Council on Bioethics einberufen, um die eigentumsrechtlichen Aspekte in Bezug auf Spenderorgane zu beleuchten. In diesem Gremium wurde vor allem das Recht des Spenders in Bezug auf entnommene Organe/Körperteile beleuchtet. Eigentumsrechte des Spenders an entnommenen Organen/Gewebeteilen wurden hier überwiegend abgelehnt, obwohl betont wurde, dass die Zustimmung zur Entnahme den Verzicht auf das Organ nicht impliziert. Unter bestimmten Umständen könnte jedoch die das Gewebe entnehmende Person Eigentumsrechte erlangen.

Bejaht man die Eigentumsrechtsfähigkeit von Spenderorganen bzw entnommenem Gewebe, so stellt sich die Frage, wem dieses Eigentum zustehen soll. Nach der österreichischen Überlagerungsthese stehen entnommene Organe eigentlich

jenem Individuum zu, dem sie entnommen wurden. Ist der Berechtigte jedoch tot, so werden sie zur herrenlosen Sache, an denen jedermann durch Aneignung Eigentum erwerben kann. Im Falle einer Organentnahme erwirbt der entnehmende Arzt auf diese Art und Weise Eigentum am entnommenen Organ. Da er jedoch streng an den Entnahmezweck gebunden ist, muss er das Organ der Transplantation zuführen und somit sein frisch erworbenes Eigentum wieder aufgeben, da er nicht Eigentümer eines Körperteils eines Dritten sein kann.

Die britische Rechtslage geht davon aus, dass nur in bestimmten Fällen Eigentum an entnommenen Organen erworben werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn am Spenderorgan spezielle Techniken angewandt werden, die ein besonderes Fachwissen voraussetzen. Träger der Eigentumsrechte ist jene Person, die diese spezielle Technik anwendet. Diese Ausnahme von der *no-property rule* ist im Human Tissue Act 2004 festgehalten.⁸⁷⁵ Darüber hinaus kann man zumindest kein Verbot von Eigentumsrechten an Organen oder Geweben ableiten, das Gesetz lässt die Frage der Existenz solcher Rechte offen. Im *Kelly-Urteil*⁸⁷⁶ von 1998 sind allerdings Überlegungen zu finden, die einen Schritt weiter gehen: Demnach könnte sich das common law in Zukunft dahingehend entwickeln, dass Eigentumsrechte ohne die Anwendung von besonderes Fachwissen oder Geschick verlangenden Techniken erworben werden könnten. Sollten Teile des menschlichen Körpers durch ihre bloße Existenz von besonderem Nutzen oder von besonderer Bedeutung sein, so könnte der „Entdecker“ dieses Nutzens Eigentum an ihnen erwerben. Tatsächlich genannt ist die Bedeutung eines Körperteils für Transplantationszwecke, die einen derartigen Erwerb von Eigentum ermöglichen würde.⁸⁷⁷

Obwohl seit diesem Urteil nun über ein Jahrzehnt vergangen ist, gibt es keinerlei Anzeichen für Weiterentwicklungen in diese Richtung. In der Praxis wäre diese Theorie auch schwer zu verwirklichen: Im Falle, dass der Verstorbene, von dem die Organe stammen, sich in das Zustimmungsregister eingetragen hat, gilt seine Zustimmung in den meisten Fällen nur für die Entnahme zu Transplantationszwecken.⁸⁷⁸ Damit ist die Situation durchaus vergleichbar mit dem Regelfall in Österreich,

⁸⁷⁵ Section 32 subsection 9 par c HT Act 2004.

⁸⁷⁶ R v Kelly and another [1998] 3 All ER, 741.

⁸⁷⁷ R v Kelly and another [1998] 3 All ER, 741 (750).

⁸⁷⁸ Siehe Zustimmungsförmular im Anhang.

da eine anderwärtige Verwendung nicht gerechtfertigt wäre. Ist die Zustimmung weiter gefasst bzw hat der Spender seine Zustimmung zu mehreren Zwecken erklärt, könnte der betreffende Arzt Eigentum erwerben.

3. Entnahmeort

In Österreich dürfen Organe nur an Krankenanstalten entnommen werden, die das Kriterium der Gemeinnützigkeit erfüllen.⁸⁷⁹ Selbst wenn ein mobiles Team die Entnahme vornimmt, darf dies nur an einem gemeinnützigen Krankenhaus stattfinden. Diese Vorschrift soll die Einhaltung des Gewinnverbotes gewährleisten. Eine vergleichbare Anforderung an ein britisches Entnahmekrankenhaus existiert nicht. Entscheidend ist hier lediglich, dass die Entnahme unter besonders hygienischen Umständen durchführbar ist. Zu beachten ist, dass ein hirntoter Organspender intensivmedizinischer Betreuung bedarf. Daher muss ein Krankenhaus, in dem die Entnahme vorgenommen werden soll, in beiden Staaten über die notwendige Ausstattung verfügen, um den Spender in einem stabilen Zustand zu halten. In Großbritannien gibt es natürlich wesentlich mehr Transplantationszentren als in Österreich, allein in London gibt es sieben Transplantationsabteilungen.⁸⁸⁰ Österreich verfügt nur über vier Transplantationszentren.⁸⁸¹ Jedem britischen Transplantationszentrum sind die Krankenanstalten eines bestimmten Gebietes zugeordnet, in die es ein Entnahmeteam entsendet, sollte ein Organspender verfügbar sein. In Österreich kommen – sofern der Spender nicht in einem Transplantationszentrum verstirbt – ebenfalls Entnahmeteams zum Einsatz.⁸⁸² In Oberösterreich, Wien, Niederösterreich und Burgenland sind zusätzlich zwei mobile Hirntoddiagnostik-Teams im Einsatz, die von Krankenanstalten angefordert werden können, die nicht (ausreichend) für die Durchführung der Hirntoddiagnose ausgestattet sind.

⁸⁷⁹ § 16 Abs 1 lit a und c-g KAKuG.

⁸⁸⁰ http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/transplant_units/transplant_units.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁸⁸¹ *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 27.

⁸⁸² *ÖBIG-Transplant*, Jahresbericht 2008, 57.

4. Verteilung der Organe

4.1 Organmangel

Nicht zuletzt aufgrund der gesetzlichen Regelungen im Bereich der Organtransplantationen hat Großbritannien mit einem wesentlich gravierenderen Organmangel zu kämpfen als Österreich. Beide Staaten orientieren sich an Spanien, wo über 35 Organspender auf eine Million Einwohner kommen.⁸⁸³ Während Österreich mit etwa 20 Organspendern pro eine Million Einwohner über relativ viele Organe verfügen kann⁸⁸⁴, kommen in Großbritannien nur etwa 13 Spender auf eine Million Einwohner. Diese Zahlen verdeutlichen die Problematik des Organmangels in Großbritannien. Noch dazu verschärft sich die Situation, da die Nachfrage nach Spenderorganen aufgrund der verbesserten medizinischen Möglichkeiten weiter im Steigen begriffen ist. In beiden Staaten ist man daher bemüht, einerseits die Zahl der verfügbaren Spenderorgane zu erhöhen und andererseits Alternativen wie die Transplantation tierischer oder künstlicher Organe weiter zu entwickeln. Anders als in Großbritannien wird die bestehende rechtliche Regelung in Österreich grundsätzlich nicht in Frage gestellt. In Großbritannien wurde und wird häufig eine Abkehr von der Zustimmungslösung zugunsten einer abgeschwächten Widerspruchslösung in Anlehnung an die rechtliche Situation in Belgien gefordert.

Ein Teil der britischen Lehre spricht sich für eine Höherbewertung der Interessen des lebenden Empfängers gegenüber jenen des toten Spenders aus.⁸⁸⁵ Da ein Verstorbener keine Persönlichkeitsrechte besitzt, sei sogar die Missachtung seiner Wünsche in Bezug auf die Unversehrtheit seines Leichnams gerechtfertigt.⁸⁸⁶ Diese extreme Position ist allerdings abzulehnen, da damit in beiden Staaten die Art 8 und 9 EMRK⁸⁸⁷ verletzt würden. Die Berücksichtigung der Wünsche der Angehörigen muss aber jedenfalls dann hinter die Interessen des Organempfängers zurücktreten, wenn der Spender einer Organentnahme zugestimmt hat. Schließlich können die

⁸⁸³ *Organ Donation Taskforce*, Organs for Transplants, 20, Rz 2.2.

⁸⁸⁴ *Eurotransplant*, Annual Report 2008, 26, Table 2.1.

⁸⁸⁵ *Emson*, It is immoral to require consent for cadaver organ donation, JMedEth 2003/29, 125 (126f).

⁸⁸⁶ *Cronin*, Transplants save lives, defending the double veto does not: a reply to Wilkinson, JMedEth 2007/33, 219 (219).

⁸⁸⁷ Großbritannien hat die EMRK bereits 1951 ratifiziert, Österreich sieben Jahre später.

Angehörigen den ausdrücklichen Willen des Verstorbenen nicht ignorieren und stattdessen ihre persönlichen Interessen in den Vordergrund stellen.

Aufgrund der Unzulänglichkeiten der britischen Lösung, der sich daraus ergebenden Probleme und der gescheiterten Versuche, die Widerspruchslösung einzuführen, gab es Versuche, die Zustimmungsrate der Angehörigen zu steigern, indem man ihnen die Möglichkeit gab, Bedingungen an ihre Zustimmung zu knüpfen. Diese Option wurde jedoch wieder zurückgenommen, nachdem rassistische Vorbehalte geäußert wurden. Trotzdem wäre es möglich, dass bedingte Zustimmungen unter bestimmten Voraussetzungen wieder zugelassen werden könnten.⁸⁸⁸ Generell konzentrieren sich die Bemühungen auf die Eintragung möglichst vieler in das Zustimmungsregister und die optimale Nutzung aller zur Verfügung stehender Organe. Mittlerweile hat immerhin etwa ein Viertel der Bevölkerung seine Zustimmung im nationalen Register eintragen lassen und die Zahl der Lebendspender und der *non-heart beating donors* konnte ebenfalls erhöht werden.⁸⁸⁹

Die österreichischen Bemühungen konzentrieren sich auf die Optimierung des vorhandenen Systems: So sollen durch gezielte Förderungen und organisatorische Verbesserungen etwa im Bereich des Organtransportes die gewünschten Erfolge erzielt werden. Der Einsatz von mobilen Hirntoddiagnostik-Teams und Transplantationsreferenten, die dafür sorgen, dass sämtliche geeigneten Spenderorgane auch zur Verfügung stehen, erwies sich als äußerst effektiv. Da das österreichische Transplantationsgesetz lediglich in das KAKuG eingegliedert ist, besteht die Forderung nach einem eigenen abschließenden Transplantationsgesetz, das va auch die Lebendspende umfassen und Mindeststandards für die Hirntoddiagnose beinhalten sollte.⁸⁹⁰ Bis dato wurde dieser Forderung jedoch nicht Folge geleistet.

⁸⁸⁸ Mason und McCall Smith sprechen sich dafür aus: *Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics*⁷, 505, Rz 14.66.

⁸⁸⁹ Vgl *Organ Donation Taskforce, Organs for Transplants*, 4f, Rz 1.9f.

⁸⁹⁰ Barta/Kalchschmid, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in *Barta/Weber, Rechtsfragen*, 43 (43ff).

4.2 Eurotransplant – UK Transplant

Ein wesentlicher Unterschied bei der Organverteilung liegt darin, dass Österreich Mitgliedsstaat von Eurotransplant ist, Großbritannien jedoch nicht. Für eine erfolgreiche Transplantation ist es entscheidend, dass Spender- und Empfängerorgane möglichst kompatibel sind. Je größer die Zahl der Spenderorgane ist, die zur Verfügung stehen, desto größer ist auch die Chance, ein passendes Organ zu erhalten. Österreich kann als einer von sieben Eurotransplantstaaten auf einen wesentlich größeren „Organpool“ zurückgreifen als Großbritannien, wo die verfügbaren Spenderorgane national von UK-Transplant verteilt werden. An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass aufgrund der begrenzten Zeitspanne, die ein entnommenes Organ auf dem Transportweg unbeschadet übersteht, vornehmlich empfindlichere Organe möglichst nah am Ort der Spende transplantiert werden. Dies gilt natürlich auch bei der Verteilung über Eurotransplant. Außerdem arbeitet Eurotransplant mit anderen Organisationen wie ScandiTransplant oder eben auch UK-Transplant zusammen. Dennoch werden Spenderorgane aus dem Eurotransplantraum nicht primär an andere Organisationen vergeben. Eventuell hätte Großbritannien durch den Anschluss an Eurotransplant oder eine ähnliche Organisation nicht nur Zugang zu einer größeren Zahl von Spenderorganen, sondern könnte überdies den Organempfängern auch Organe anbieten, deren immunologische Kompatibilität größer ist.

Die Vergabekriterien bei Eurotransplant und UK-Transplant sind ähnlich und basieren auf medizinischen Kriterien. Beide Organisationen verwenden ein Computersystem, das die Daten von Patienten speichert, die auf ein Spenderorgan warten. Sobald ein Spenderorgan gemeldet wird, werden dessen immunologische Daten mit jenen der potentiellen Empfänger verglichen, um den Empfänger mit den besten medizinischen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Transplantation des fraglichen Organs zu ermitteln. Dabei sind je nach Organ bestimmte Kriterien (Blutgruppe, Größe etc) ausschlaggebend. Die Organe werden vorrangig *high-urgency* Patienten zugewiesen, ansonsten erfolgt die Vergabe nach einem Punktesystem.

Der Prozess der Empfänger Auswahl wird in beiden Staaten maßgeblich durch Transplantationskoordinatoren unterstützt. Anders als in Österreich beschränkt sich der Aufgabenbereich der britischen Koordinatoren nicht auf die rein organisatori-

schen Maßnahmen, sondern umfasst auch die medizinische Unterstützung des Entnahmekrankenhauses bei der Betreuung des Verstorbenen. Überdies sind die britischen Koordinatoren zumeist an der Führung des Gesprächs mit den Hinterbliebenen und schließlich an der Explantation beteiligt. Anfang 2008 wurde eine Entlastung der britischen Koordinatoren und die Aufteilung ihrer Aufgaben auf mehrere Personen gefordert.⁸⁹¹

5. Gewinnverbot – Handelsverbot

Nach der österreichischen Rechtslage sind jegliche Geschäfte mit Organen oder Geweben untersagt, die auf Gewinn ausgerichtet sind. Ähnlich wie die Anforderungen an das Entnahmekrankenhaus soll auch diese Regelung dem Organhandel vorbeugen. Die Überlassung eines Organs gegen Entgelt ist demnach unrechtmäßig. Unterlässt jemand gegen Entgelt die Widerspruchserklärung, wäre dieses Geschäft auf seine Sittenwidrigkeit hin zu prüfen. Nachdem der Organmangel in Österreich nicht so akut ist wie in anderen Ländern, ist die Problematik des Organhandels nicht so bedeutend, wohl aber der Organtourismus⁸⁹²: einige reisen ins Ausland, um dort ein Spenderorgan zu „erwerben“. Um diese Art von Tourismus zu verhindern, ist man bestrebt, die Zahl der Spenderorgane so weit zu erhöhen, dass die Wartezeiten auf den Transplantationslisten kürzer werden, damit sich wartende Personen im Ausland nicht höhere Chancen auf ein Spenderorgan ausrechnen.

In Großbritannien ist der Handel mit Organen verboten. Das Handelsverbot beschränkt sich jedoch auf den Bereich der Transplantationen. Hier ist allerdings jedes Geschäft, dessen Gegenstand Gewebe aus menschlichen Zellen gegen die Zuwendung eines materiellen Vorteils ist, untersagt. Dabei fällt nicht nur der Erhalt eines Entgeltes, sondern auch dessen Angebot unter das Verbot. Schon die reine Anbahnung eines solchen Geschäfts und die Mitwirkung daran werden sanktioniert. Das Gesetz trifft jedoch eine wichtige Ausnahme: Personen, die von der Human Tissue Authority dazu ermächtigt wurden, dürfen entgeltliche Geschäfte über Transplantate abschließen. Erlaubt ist überdies die Zahlung von Kosten, die rein aufgrund des entstandenen Aufwandes angefallen sind. Organbanken (oder andere Institutio-

⁸⁹¹ *Organ Donation Taskforce*, *Organs for Transplants*, 44, Rz 4.39.

⁸⁹² Siehe Kap D. III. 9.

nen/Personen), die von der Human Tissue Authority eine Lizenz für die Lagerung von menschlichem Gewebe innehaben, dürfen für bestimmte Tätigkeiten (zB vorbereitende Maßnahmen, Lagerung, Transportkosten) ein Entgelt verlangen.

In Großbritannien ist der Mangel an Spenderorganen wesentlich größer als in Österreich, weshalb man bemüht ist, sämtliche Transplantate tatsächlich zu nutzen. Daher kommt auch immer wieder die Diskussion auf, ob man das generelle Handelsverbot nicht aufheben oder zumindest auflockern sollte. Im Wesentlichen stehen drei Modelle zur Debatte: Erstens könnte man unter Aufsicht einer staatlichen Behörde Organe von Lebenden kaufen, die diese freiwillig gegen eine gewisse Geldsumme spenden. Zweitens könnte man für zustimmungsberechtigte Angehörige eines Verstorbenen einen Anreiz setzen, indem man für postmortale Organspenden eine finanzielle Gegenleistung gewährt. Drittens könnte die Geldsumme auch dem Spender zu Lebzeiten zukommen, um möglichem Missbrauch durch die Angehörigen vorzubeugen. Ein Problem besteht bei allen der genannten Varianten im selben Ausmaß: Es ist schwer, wenn nicht sogar unmöglich, den Wert eines bestimmten Organs in Geld auszudrücken. Soll die Größe der Maßstab sein? Oder das Gewicht? Oder ist die Bedeutung, die dem Organ zukommt maßgeblich, sodass ein Herz beispielsweise mehr wert ist als eine Niere?

Das erste Modell wird mit der Theorie untermauert, dass jeder Mensch aufgrund seiner Selbstbestimmungsrechte über seine Organe verfügen dürfe. Allerdings bleibt offen, ob ein derartiger „Organhandel“ ethisch und gesellschaftlich zu rechtfertigen ist. Schließlich würden weniger vermögende, aber gesunde Personen eher ein Organ „spenden“, als vermögende. Die zweite Variante ist hinsichtlich der Missbrauchsgefahr bedenklich, da die finanzielle Gegenleistung den Angehörigen zukommt, die nicht zwingend im Sinne des eben Verstorbenen handeln. Wurde die Zustimmung also nicht vom Spender selbst erklärt, wäre eine gewisse Skepsis gegenüber Zustimmungserklärungen von Angehörigen angebracht. Die letzte angedachte Möglichkeit, nämlich dem Spender zu Lebzeiten die finanzielle Entschädigung zukommen zu lassen, wäre in der Praxis wenig erfolgreich. Schließlich lassen sich ex ante weder der Zeitpunkt des Ablebens des Spenders noch der Zustand seiner Organe in diesem Zeitpunkt festlegen. Daher ist keine der genannten Lösungsvorschläge zur Aufhebung des strikten Handelsverbots überzeugend.

6. Widerspruch – Zustimmung

6.1 Allgemeines

Der augenscheinlichste und größte Unterschied zwischen dem britischen und dem österreichischen Transplantationsrecht liegt im Umfang der Berücksichtigung der Spenderinteressen und im Ausmaß der Mitbestimmungsmöglichkeiten der Verwandten. Die österreichische Widerspruchslösung räumt den Angehörigen eines Verstorbenen de lege keinerlei Mitbestimmungsrechte ein. Dem Betroffenen selbst steht es jedoch frei, seine Ablehnung gegenüber Organentnahmen zu dokumentieren. Somit ist die österreichische Variante empfängerfreundlich, ohne jedoch die Interessen der Spender außer Acht zu lassen. Kritiker beanstanden, dass der Großteil der Bevölkerung nicht ausreichend informiert ist, dass ein Widerspruch notwendig ist, sollte man Entnahmen ablehnen. Wie oben bereits erläutert⁸⁹³ zeigten sich dahingehende Informationsbemühungen als wenig erfolgreich.

Die Auseinandersetzung mit dem eigenen Tod wird in unserer Gesellschaft eher vermieden, daher überlegen auch nur die wenigsten, was mit ihrem Leichnam passieren soll. Vor allem junge Opfer von Verkehrsunfällen sind einerseits ideale Organspender, andererseits beschäftigen sich gerade junge Leute idR nicht mit Themen wie Tod und Organtransplantationen. Ende 2008 waren nur etwa 0,21% der österreichischen Bevölkerung im Widerspruchsregister eingetragen.⁸⁹⁴ So gesehen ist die Kritik, es würde ein Nutzen aus dieser gesellschaftlich bedingten Tabuisierung gezogen, verständlich. Dem kann entgegen gehalten werden, dass Auskünfte über Organtransplantationen problemlos zugänglich sind (ÖBIG bietet beispielsweise umfassende Informationen zum Thema, die im Internet abrufbar sind). Dieses Angebot wird jedoch offensichtlich nicht oder zumindest zu wenig genutzt. ME werden Personen, denen es aus religiösen, ethischen oder anderen Überlegungen wichtig ist, dass ihrem Leichnam keine Organe entnommen werden, sich über zu treffende Vorkehrungen informieren. Ähnlich wie beispielsweise Zeugen Jehovas sich gegen Bluttransfusionen absichern, werden auch Gegner von Organentnahmen die nötigen Schritte setzen.

⁸⁹³ Kap D. III. 11.7.

⁸⁹⁴ ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, 30.

Die britische Zustimmungslösung schenkt den Interessen des potentiellen Organspenders und seiner Angehörigen mehr Beachtung. Es steht jedem Briten frei, sich in das Zustimmungsregister des Gesundheitsministeriums eintragen zu lassen und somit nach seinem Tode das Leben anderer Menschen zu retten bzw ihre Gesundheit wesentlich zu verbessern. Das heißt, dass die Persönlichkeitsrechte des einzelnen auch nach seinem Ableben maximal berücksichtigt werden, da nichts unternommen wird, wozu der Betroffene nicht seine ausdrückliche Zustimmung erteilt hat. Das heißt aber auch, dass Organentnahmen primär nur dann rechtmäßig sind, wenn sich der potentielle Spender zu Lebzeiten mit der Thematik auseinandergesetzt hat und aktiv seine Zustimmung erklärt hat. Nachdem Organtransplantationen und ihre Bedeutung – wie eben erläutert – kein alltägliches Thema sind, setzen nur wenige diesen Schritt. Die aktive Bejahung von Organentnahmen fällt vielen schwer bzw sind einige wohl auch zu träge, ihr Einverständnis verbindlich zu erklären. 2008-2009 waren nur etwa 37% der Verstorbenen im Zustimmungsregister eingetragen.⁸⁹⁵ Unter den Maßnahmen, die die Bevölkerung auf die Problematik aufmerksam werden lassen sollten, war vor allem die Zustimmungserklärung im Rahmen der Führerscheinausstellung äußerst effektiv. Über die Hälfte der jährlichen Einträge im Zustimmungsregister stammt von Anträgen auf Ausstellung des Führerscheins.⁸⁹⁶

6.2 Zustimmungs- bzw Widerspruchsberechtigte

Der potentielle Organspender hat in Österreich die Möglichkeit, zu Lebzeiten seinen Widerspruch gegen eine Organentnahme zu erklären. Voraussetzung ist, dass er die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt. Daher können auch Minderjährige einer Organentnahme wirksam widersprechen, sofern sie Tragweite und Konsequenzen ihrer Entscheidung erkennen und verstehen können. Maßgeblich sind nicht die für die Geschäftsfähigkeit entscheidenden zivilrechtlichen Altersgrenzen. Stattdessen ist jeweils die Beurteilung des geistigen Entwicklungsstadiums im Einzelfall ausschlaggebend. Auch in Großbritannien ist primär der potentielle Spender selbst erklärungsberechtigt. Hier ist ebenfalls in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob der betroffene Patient die Bedeutung und Tragweite seiner Zustimmung abschätzen kann – unabhängig von seinem Alter. Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Patient

⁸⁹⁵ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 63.

⁸⁹⁶ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 63, Figure 9.1.

im Zeitpunkt der Erklärung einsichts- und urteilsfähig war, so ist diese Entscheidung in beiden Staaten als unumstößlich anzusehen. Dies ist va deshalb zu betonen, da es sich beim Zustimmenden bzw Widersprechenden möglicherweise um ein Kind handelt, dem die Bedeutung seiner Erklärung jedoch bewusst ist. In diesem Fall treten allfällig geäußerte Erklärungen des gesetzlichen Vertreters hinter jene des primär Erklärungsberechtigten zurück.

Handelt es sich bei dem potentiellen Organspender um eine nicht eigenberechtigte Person, so erlaubt der österreichische § 62a KAKuG den Widerspruch durch den gesetzlichen Vertreter. Dies ist vor allem bei Minderjährigen, Behinderten oder psychisch Kranken von Bedeutung, denen uU die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt. Auch hier ist wiederum auf den geistigen Zustand des Betroffenen im Einzelfall abzustellen: Begreift der nicht eigenberechtigte Patient die Tragweite seiner Entscheidung, so geht sein Wille anderslautenden Erklärungen seines gesetzlichen Vertreters vor. Da unmündige Minderjährige genauso wie geistig Behinderte oder psychisch Kranke in der Lage sind, Geschäfte abzuschließen, die zu ihrem bloßen Vorteil sind, kann auch eine nicht eigenberechtigte Person gegen Organentnahmen widersprechen, da in dieser Erklärung kein Nachteil für den Betroffenen erkennbar ist. Der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters ist also eigentlich nur dann relevant, wenn der Vertretene sich zur diesem Thema nicht äußert. Sonst geht der Wille des Betroffenen vor, bzw die Erklärung des Vertreters tritt zu jener des Vertretenen hinzu. Da die Erklärung des Widerspruches auch keinerlei nachteilige Wirkungen nach sich zieht, muss der Betroffene genau genommen nicht einmal einsichts- und urteilsfähig sein.

Sollte der Patient es unterlassen haben zu widersprechen bzw zuzustimmen, so ergeben sich in Österreich und Großbritannien unterschiedliche Situationen: In Österreich dürfen dem Patienten in diesem Fall de lege Organe entnommen werden, ohne dass seine Angehörigen um Zustimmung gebeten werden. Der Patient kann keinen gewillkürten Stellvertreter beauftragen, in seinem Namen zu widersprechen oder ihm die Entscheidung überlassen, ob er einen Widerspruch erklärt oder nicht. Schließlich handelt es sich hierbei um ein höchstpersönliches Recht, das nicht von der Person getrennt werden kann. In Großbritannien steht es dem erwachsenen Spender frei, eine oder mehrere Personen zu beauftragen, die Entscheidung bezüg-

lich der Zustimmung zur Organentnahme für ihn zu treffen. Bei der Wahl dieser Person(en) ist der Patient vollkommen frei, die Ernennung der Person(en) kann schriftlich oder mündlich im Beisein zweier Zeugen erteilt werden. Sind mehrere Personen berufen, genügt die Zustimmung eines einzelnen, es sei denn, sie sind aufgrund der Ernennung zum gemeinschaftlichen Handeln verpflichtet. Auch die Zustimmungserklärung einer solchen ernannten Person ist bindend.

Das britische Transplantationsrecht sieht für den Fall, dass der Spender weder selbst zugestimmt noch eine zuständige Person ernannt hat, die Befragung der Angehörigen vor. Unter dem Begriff der „Angehörigen“ ist eine Reihe von Personen zu verstehen, die in einer als Richtlinie dienenden Rangordnung aufgezählt sind. Handelt es sich um ein verstorbenes Kind, so sind primär die Eltern zustimmungsbefugt, die Befragung anderer Angehöriger ist nur für den Fall vorgesehen, dass niemand die elterliche Verantwortung trägt. Bei erwachsenen Personen wird primär der Ehegatte befragt. Obwohl der Meinung der höchstgereihten Person grundsätzlich Priorität einzuräumen ist, wird die Diskussion unter den Angehörigen und die Berücksichtigung der einzelnen Interessen empfohlen. Dies sollte vor allem dazu dienen, den Willen des Verstorbenen zu ermitteln, was in vielen Fällen allerdings nicht möglich ist. Die Reihung der Angehörigen begrenzt zwar den Kreis der zur Mitsprache Berechtigten, allerdings ist sie verbesserungswürdig, da beispielsweise die Stiefeltern nach den Nichten und Neffen gereiht sind, obwohl erstere zu ihrem Stiefkind üblicherweise in einem engeren Verhältnis stehen, als letztere zu ihrem Onkel oder ihrer Tante. Dadurch, dass mehrere Personen um ihre Zustimmung gebeten werden können, erhöht sich die Chance, die Entnahmeerlaubnis zu erhalten, selbst dann, wenn die allernächsten Angehörigen (wie zB der Ehepartner) nicht erreichbar sind. Die Empfehlung der Human Tissue Authority, wenn möglich eine Diskussion unter den Angehörigen herbeizuführen und dadurch mehrere Personen in die Entscheidungsfindung zu involvieren, erscheint jedoch wenig praxisorientiert. Schließlich ist die Entscheidung binnen kurzer Zeit zu treffen und die Diskussion zwischen vielen Personen kann einem raschen Konsens in praxi durchaus im Wege stehen.

In der Praxis werden in Großbritannien wohl jene Verwandten befragt, die anwesend oder zumindest erreichbar sind. Eigentlich wird die Rechtssphäre der Angehörigen bei Organentnahmen gar nicht tangiert, doch bietet die Befragung eine wei-

tere Möglichkeit, die Zustimmung zu erlangen, weshalb sie wohl auch weiterhin beibehalten wird. Dem „Umwerben“ der Angehörigen wird große Aufmerksamkeit gewidmet: Zahlreiche Artikel, Verhaltensregeln, Schulungen und Studien beschäftigen sich mit den Faktoren, die die Entscheidung der Verwandten möglicherweise beeinflussen. Trotzdem lehnen rund 40% der befragten Angehörigen eine Entnahme ab.⁸⁹⁷ In Bezug auf die Position der Angehörigen ist es wichtig, dass diese gegen eine vorliegende Zustimmung des Verstorbenen bzw die seines ernannten Vertreters nichts unternehmen können. Bis 2006 musste in Großbritannien von einer Explantation abgesehen werden, wenn ein einzelner Angehöriger sich dagegen äußerte.⁸⁹⁸

6.3 Widerruf des Widerspruchs bzw der Zustimmung

Der Widerruf der Widerspruchs- bzw Zustimmungserklärung ist weder in Österreich noch in Großbritannien gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. In beiden Staaten ist er dennoch möglich. Das Studium der österreichischen Gesetzesmaterialien legt nahe, dass der Gesetzgeber Organtransplantationen fördern und daher den Widerruf des Widerspruchs begrüßen würde. Nach den Regeln des Zivilrechts ist der Widerspruch gegen Organentnahmen als einseitige Erklärung widerrufbar, da keine schutzwürdigen Interessen anderer verletzt werden. Das ÖBIG ermöglicht neben der Eintragung in das Widerspruchsregister auch den Widerruf der Erklärung. Die Formulare sind auch im Internet erhältlich.⁸⁹⁹ Die britische Human Tissue Authority verfasste als Auslegungshilfe für den Human Tissue Act 2004 einige Codes of Practice. In einem davon erläutert sie, dass die Zustimmungserklärung bis zu ihrem Widerruf gültig bleibt. Letzterer muss also möglich sein. Die Eintragung in das britische Zustimmungsregister ist ebenso einfach abzuwickeln wie der Widerruf der Erklärung – für beides ist im Internet ein einfaches Formular abrufbar.⁹⁰⁰

⁸⁹⁷ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2007-2008, 66, Rz 10.4; NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 68, Rz 10.4

⁸⁹⁸ Section 1 subsection 2 HT Act 1961.

⁸⁹⁹ <http://www.goeg.at/index.php?pid=produkteservicesdetail&service=9&smark=formular&noreplace=yes> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

⁹⁰⁰ http://www.uktransplant.org.uk/ukt/how_to_become_a_donor/registration/consent.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

6.4 Zeitpunkt des Widerspruches bzw der Zustimmung

Natürlich muss der primär Erklärungsberechtigte – der potentielle Spender selbst – seinen Willen noch zu Lebzeiten äußern. Aber auch der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters eines österreichischen Spenders sowie die Zustimmung eines zustimmungsberechtigten Angehörigen eines britischen Spenders sollte noch vor Todeseintritt kundgetan werden. Ein mit der Entscheidung der Frage der Zustimmung berufener Vertreter fällt diese Entscheidung erst nach dem Ableben des Patienten. Die österreichische Praxis beachtet jedoch auch einen nach dem Tod erklärten Widerspruch eines gesetzlichen Vertreters, obwohl dies de lege nicht nötig wäre. Die Erklärung muss den entnehmenden Ärzten jedenfalls bis zum Beginn des Eingriffes vorliegen. Die Human Tissue Authority deutet darauf hin, dass die Zustimmung der Angehörigen bzw einer dazu ernannten Person in Großbritannien üblicherweise erst nach dem Tod des Patienten erklärt wird.⁹⁰¹ Bis zum Beginn der Entnahme kann sie noch widerrufen werden.⁹⁰²

6.5 Form und Inhalt der Erklärung

In beiden Staaten ist der bloße Wille eines Patienten nicht ausreichend. Der Betroffene muss seinen Widerspruch bzw seine Zustimmung kundtun. Dabei ist er jedoch an keinerlei Formzwänge gebunden. Mündliche Erklärungen haben grundsätzlich die gleiche Gültigkeit wie schriftliche, allerdings wird in beiden Ländern in Bezug auf Organtransplantationen die Schriftlichkeit empfohlen. Die behandelnden Ärzte verzeichnen eine mündliche oder durch anerkannte Zeichen (zB Nicken) erfolgte Willenserklärung in der Krankengeschichte des Patienten. Die einfachste und sicherste Erklärungsform ist der Eintrag in das Widerspruchs- bzw Zustimmungsregister. Dem Schweigen kann in keinem der beiden Staaten Bedeutung zugemessen werden. Auch in Österreich gilt der Grundsatz, dass Schweigen nicht als Zustimmung interpretiert werden kann, außer es besteht eine Pflicht zum Widerspruch. Diese Ausnahme trifft daher auf die österreichische Widerspruchsregelung im Transplantationsrecht zu.

⁹⁰¹ Human Tissue Authority, Code of practice 1, Rz 44, 47.

⁹⁰² Human Tissue Authority, Interim guidance on withdrawal of consent and deceased organ donors 2007, 1.

Sowohl der Widerspruch als auch die Zustimmungserklärung können allgemein gehalten sein und sich daher auf sämtliche Organe beziehen oder lediglich bestimmte Organe umfassen. Weder in Österreich noch in Großbritannien ist es erlaubt, Bedingungen zum Inhalt der Erklärung zu machen: In Österreich kann ein Patient also nicht erklären, dass er Organentnahmen zB dann ablehnt, wenn kein Mitglied einer bestimmten Personengruppe (zB seiner Familie) einen Bedarf daran hat. In Großbritannien versuchte man eine Zeit lang, die Zustimmungsrate dadurch zu steigern, dass man dem Spender erlaubte, durch bedingte Spenden (*conditional donations*) die endgültige Verwendung der transplantierten Organe zu bestimmen. Rassistisch motivierte Bedingungen führten jedoch zu einem generellen Verbot solcher bedingten Zustimmungserklärungen.

6.6 Empfang der Erklärung

Bedingt durch die unterschiedliche Regelung muss in Österreich der Patient dafür sorgen, dass sein Widerspruch den behandelnden Ärzten vor Beginn der Entnahme vorliegt, während es in Großbritannien meist Aufgabe der Ärzte ist, sich um den Erhalt der Zustimmung zu bemühen. Nach zivilrechtlichen Grundsätzen gilt eine Widerspruchserklärung in Österreich als zugegangen, wenn sie sich im Machtbereich des behandelnden Arztes befindet und es diesem zumindest theoretisch möglich wäre, davon Kenntnis zu nehmen. Um sicherzugehen, dass es auch zu einer tatsächlichen Kenntnisnahme kommt, empfiehlt es sich, seinen Willen im EDV-unterstützten Widerspruchsregister des ÖBIG zu dokumentieren, da dessen Abfrage für die entnehmenden Ärzte verpflichtend ist. Auch ein in der Krankengeschichte vermerkter Widerspruch wird als vorliegend angesehen, da diese von den Ärzten regelmäßig eingesehen wird. Außerhalb der Krankenanstalt mündlich formulierte Widersprüche können idR nur von den Angehörigen wiedergegeben werden. Obwohl Äußerungen von Angehörigen grundsätzlich mit Vorsicht zu genießen sind, da sie nicht immer im Sinne des Verstorbenen handeln, werden in der Praxis auch solche „indirekt“ wiedergegebene Widersprüche üblicherweise berücksichtigt. Ein gegenteiliges Vorgehen würde die Formfreiheit de facto einschränken.

Auch in Großbritannien wird zunächst im Zustimmungsregister des NHS Blood and Transplant überprüft, ob der betroffene Patient einer Entnahme zugestimmt hat.

Anders als in Österreich müssen in Großbritannien Nachforschungen von medizinischer Seite aus angestellt werden, um zu überprüfen, ob der Patient seine Zustimmung auf andere Art und Weise erklärt hat. Sollte keine Zustimmungserklärung vorliegen, muss sich der behandelnde Arzt um das Einverständnis einer zustimmungsberechtigten Person bemühen. Für Organentnahmen vom toten Spender ist das entscheidende Gespräch in aller Regel mit den Angehörigen des potentiellen Spenders zu führen. Daher ist es naheliegend, dass großer Aufwand betrieben wird, um dieses Gespräch möglichst erfolgreich zu führen. Nicht nur ausgezeichnet geschultes Personal, auch jegliche Unterstützung, die zum Verständnis der Materie beitragen kann (graphische Darstellung, Computeranimation etc), wird herangezogen. In diesem Fall ist die Zustimmungserklärung idR eine mündliche, über die standardmäßig Aufzeichnungen gemacht werden.⁹⁰³

6.7 Informationspflichten

In Österreich ist die mangelhafte Information der Bevölkerung über die Notwendigkeit des Widerspruches jener, die Organentnahmen ablehnen, ein wesentlicher Kritikpunkt an der gesetzlichen Regelung von Organtransplantationen. Vielfach lautet der Vorwurf, die Unwissenheit der Österreicher würde bewusst im Interesse der Organempfänger in Kauf genommen, um möglichst viele Spenderorgane zu erhalten. In Großbritannien hingegen ist die optimale Information der Angehörigen von enormer Bedeutung, da man sich durch ein besseres Verständnis der Bedeutung von Transplantaten eine höhere Zustimmungsquote erhofft. Daher gibt es umfassende Richtlinien in Bezug auf die Information, die den Angehörigen zuteil werden muss. Neben der Information im Einzelfall, werden auch allgemeine Informationsmaßnahmen ergriffen, um der Bevölkerung Bedeutung und Chancen der Transplantationsmedizin näher zu bringen. Im Interesse einer besseren Versorgung mit Spenderorganen soll damit ein Tätigwerden des einzelnen, also die aktive Zustimmung zu Organentnahmen, bewirkt werden.

In Österreich besteht keine gesetzliche Informationspflicht. Versuche, die Information bezüglich der Transplantationsmedizin zu verbessern, blieben relativ er-

⁹⁰³ UK *Transplant*, United Kingdom Hospital Policy, 2, Rz 3.

folglos. Allerdings hat es sich im Laufe der Zeit eingebürgert, die Angehörigen eines eben verstorbenen potentiellen Organspenders, ähnlich wie in Großbritannien, umfassend zu informieren. Ziel dieses Gesprächs ist jedoch nicht primär die Zustimmung der Angehörigen zur geplanten Entnahme, sondern die Aufklärung darüber, wieso der Leichnam weiterhin beatmet wird, welche Bedeutung ein Transplantat für den Empfänger hat etc. Nur im Falle, dass die Angehörigen eines in Österreich verstorbenen Patienten sich gegen die Entnahme von Organen aussprechen, wird in der Praxis von einem solchen Eingriff abgesehen. De lege ist dies – wie bereits erwähnt – nicht notwendig. Es würde genügen, die Verwandten darauf hinzuweisen, dass Organexplantationen in Ermangelung einer Widerspruchserklärung seitens des Spenders rechtmäßig sind. Trotzdem dient dieses Gespräch vorrangig der Aufklärung und verfolgt keine Stellungnahme der Angehörigen, während die britischen Ärzte sich um eine ausdrückliche Zustimmung bemühen müssen. Dieser Druck fällt in Österreich weg: Äußern sich die Angehörigen eines Verstorbenen nicht, wollen sie sich nicht damit beschäftigen, was mit den Organen des Toten geschieht, oder sind sie schlicht nicht erreichbar, so kann die Entnahme dennoch vorgenommen werden.

Nach dem britischen Recht muss bei Fehlen einer Zustimmungserklärung des Patienten oder eines dazu ernannten Vertreters die Zustimmung von den Angehörigen eingeholt werden, um eine Entnahme rechtmäßig vornehmen zu können. Daher gibt es in diesem Bereich zahlreiche Vorschriften, mit wem und wie dieses Gespräch zu führen ist, dass der Entscheidungsbefugte in einem Umfang informiert sein muss, der ihm eine wohlüberlegte Entscheidung ermöglicht, und dass ihm trotz des Zeitmangels eine angemessene Überlegungsfrist zuzugestehen ist. All diese Bemühungen haben in erster Linie dazu geführt, dass die Angehörigen eines potentiellen Spenders regelmäßig befragt werden⁹⁰⁴, denn früher scheiterte die Einholung der Zustimmung oft daran, dass die Bitte um Zustimmung nicht an die Familie herangetragen wurde. Durch spezielle Schulungen soll die Führung dieses heiklen Gesprächs weiterhin verbessert werden. Da immer noch rund 40 Prozent der befragten Angehörigen die Zustimmung verweigern⁹⁰⁵, ist der enorme Aufwand in diesem Bereich nachvollziehbar.

⁹⁰⁴ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 67, Table 10.1.

⁹⁰⁵ NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009, 68, Rz 10.4.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bevölkerung beider Staaten bezüglich der Transplantationsmedizin nicht optimal informiert ist. Ein Grund für diese Situation könnte darin liegen, dass dieses Thema zwangsläufig mit dem Tod einer Person in Verbindung steht und daher von der Gesellschaft nur allzu gerne ausgeklammert wird. In Österreich profitieren die Organempfänger von diesem Informationsmangel. Aus Rücksicht auf die Angehörigen und deren Vertrauen in die medizinische Praxis ist man allerdings dazu übergegangen, sie über die geplante Entnahme zu informieren. Eine gegen den ausdrücklichen Willen der Angehörigen vorgenommene Entnahme wäre zwar rechtmäßig, wird in praxi jedoch nicht durchgeführt. In Großbritannien wirken sich das mangelnde Wissen der Bevölkerung und der daraus resultierende zu geringe Prozentsatz der im Zustimmungsregister Eingetragenen zu Lasten der potentiellen Organempfänger aus. Daher ist man einerseits bemüht, die Zustimmung auf andere Weise zu erhalten und andererseits, all jene als Spender heranzuziehen, die eine Zustimmung erklärt haben. Letzteres erklärt die im Vergleich zu Österreich hohe Zahl der *non-heart beating donors*. Während Großbritannien jedoch enormen Aufwand zur Verbesserung der Informationslage betreibt, gibt es in Österreich kaum neue Entwicklungen in diese Richtung.

VI. Staatenspezifische Besonderheiten

1. Human Tissue Authority

Durch den Human Tissue Act 2004 wurde eine Behörde ins Leben gerufen, die das Transplantationswesen in Großbritannien überwacht. Die Human Tissue Authority sorgt einerseits für die bessere Information der Bevölkerung und führt die Regelungen des Human Tissue Acts 2004 genauer aus, andererseits erteilt sie Lizenzen für bestimmte Zwecke, beispielsweise für die Lagerung von menschlichem Gewebe. Aber nicht nur das Transplantationswesen, sondern alle Bereiche der *scheduled purposes* des Human Tissue Acts 2004 unterliegen der Aufsicht der Human Tissue Authority. Möglicherweise wird der Aufgabenbereich dieser Behörde künftig noch erweitert.⁹⁰⁶

Die Human Tissue Authority lässt sich am ehesten noch mit dem ÖBIG vergleichen, das für das österreichische Transplantationsgeschehen von großer Bedeutung ist. Zwar hat dieses Institut auch viel zum besseren Verständnis des österreichischen Transplantationsrechts beigetragen, die Vergabe von Lizenzen oder Ähnlichem steht ihm jedoch nicht zu. Während die Entnahme, Verwendung oder Lagerung von Blut und Blutprodukten nicht in den Aufgabenbereich der Human Tissue Authority fällt, arbeitet ÖBIG an der Verbesserung der österreichweiten Versorgung mit Blut und Blutprodukten. Außerdem führt das ÖBIG das österreichische Widerspruchsregister. Die Führung des britischen Zustimmungsregisters fällt jedoch nicht in den Aufgabenbereich der Human Tissue Authority, sondern in jenen von NHS Blood and Transplant. Aufgrund dieser Tatsachen nimmt die Human Tissue Authority eine besondere Stellung ein, der kein Pendant in Österreich gegenübergestellt werden kann.

⁹⁰⁶ *Department of Health, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act, 2005, 27, Rz 3.5ff.*

G. Resumé

Der Vergleich zeigt, dass die Rechtslage in Bezug auf das Transplantationsrecht in Österreich und Großbritannien grundlegende Unterschiede aufweist, die auch in der Praxis zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen. Grundsätzlich ist zu sagen, dass die österreichische Gesetzeslage im Großen und Ganzen sowohl von medizinischer als auch von juristischer Seite aus akzeptiert wird. Reformvorschläge beziehen sich hauptsächlich auf die Ausgliederung des Transplantationsrechtes aus dem KAKuG zugunsten eines eigenen Transplantationsgesetzes, das auch die Lebendspende umfassend regeln und Mindeststandards für die Todesfeststellung beinhalten sollte. Der britische Human Tissue Act 2004 hingegen wurde trotz seines jungen Alters bereits heftig kritisiert. Im Vergleich zum österreichischen Transplantationsrecht sind die Transplantationsregelungen im englischen Gesetz zersplittert und weisen trotz ihrer verhältnismäßig langen Entstehungsgeschichte und ihres kurzen Bestehens Mängel auf. Die Forderung nach einer grundlegenden Änderung im Transplantationsrecht in Richtung Widerspruchslösung bleibt aufrecht, schließlich sieht man hier einen der Hauptgründe für den eklatanten Organmangel in Großbritannien.

Der Mangel an verfügbaren Spenderorganen ist jedoch kein ausschließlich britisches Problem. Auch in Österreich sowie in fast allen anderen europäischen Staaten sind nicht genügend Transplantate vorhanden, um der steigenden Nachfrage nachkommen zu können. Nicht nur die gewählte Variante, nach der das Gebiet der Organtransplantationen gesetzlich geregelt ist, auch andere Faktoren, wie beispielsweise die Zahl der tödlich verunglückten Verkehrstoten, wirken sich auf die Zahl der Spenderorgane aus. Demzufolge ist es fraglich, ob Österreich oder Großbritannien selbst bei Heranziehung sämtlicher Todesopfer als Organspender über genügend Spenderorgane verfügen könnte.

Das österreichische Transplantationsrecht ist bewusst empfängerfreundlich gewählt. Da die Angehörigen – obwohl dies nicht nötig wäre – über eine geplante Entnahme informiert werden und ihr allfälliger Widerspruch respektiert wird, schränkt die medizinische Praxis das Spenderpotential unnötigerweise ein. Dabei muss betont

werden, dass das Widerspruchsrecht ein höchstpersönliches Recht des Patienten ist, das von seiner Person nicht getrennt werden kann. Führt man mit den Angehörigen aus Rücksicht auf deren Pietätsempfinden dennoch ein Gespräch, so sollte dies vor-dergründig der Aufklärung und nicht der Einholung der Zustimmung seitens der Angehörigen dienen.

Vermutlich würde eine Mitgliedschaft Großbritanniens zu einer Organisation wie Eurotransplant den Transplantatmangel mindern, bisher sind jedoch keine dahingehenden Überlegungen angestrengt worden. Ein solcher Beitritt wäre jedenfalls einer Liberalisierung des Organhandels vorzuziehen.

In Großbritannien besteht kein Zweifel bezüglich des erlaubten Umfanges bei Organentnahmen. Die diesbezüglichen Uneinigkeiten innerhalb der österreichischen Lehre könnten durch eine verbesserte Formulierung im § 62a Abs 1 KAKuG beseitigt werden. Beispielsweise könnte nicht nur die Entnahme „einzelner Organe“, sondern die Entnahme von „Organen“ erlaubt sein, denn eine zahlenmäßige Beschränkung wäre nicht unbedingt sinnvoll und würde wiederum zu unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten führen. Als absolute Grenze würde schließlich nach wie vor das Verunstaltungsverbot dienen. Fortschrittlicherweise sind in Großbritannien die rechtlichen Rahmenbedingungen für Organbanken im Gegensatz zu Österreich ausreichend gegeben, außer in Vorarlberg fehlen nämlich in ganz Österreich entsprechende Regelungen.

Abschließend kann festgehalten werden, dass das österreichische Transplantationsrecht aufgrund seines längeren Bestehens, aufgrund der breiten Akzeptanz und aufgrund dessen, dass allfällige Gesetzeslücken durch die Auslegung der Gesetzesmaterialien und die fachlichen Diskussionen unter Experten geschlossen werden konnten, in sich abgeschlossener ist. In Großbritannien hat der Human Tissue Act 2004 gegenüber dem alten Gesetz von 1961 wesentliche Verbesserungen gebracht, trotzdem bleibt die Forderung nach der Einführung eines abgeschwächten Widerspruchsmodells bestehen. Schließlich fordert auch das neue Gesetz ein Aktivwerden aller Spendewilligen, doch die Praxis zeigt, dass es trotz enormer Bemühungen nicht gelingt, einen akzeptablen Prozentsatz der Bevölkerung bzw der Angehörigen zur Zustimmungserklärung zu motivieren.

Literaturverzeichnis

Selbständige Werke

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, Wien 1996.

Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, Wien 1999.

Barta/Weber (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001.

Brandstetter/Kopetzki (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987.

Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg), Die Herausforderung annehmen. Aufklärungsarbeit zur Organspende im Europäischen Vergleich, Köln 2000.

Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, Berlin 2008.

Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache III³, Mannheim 1999.

Foregger, Wiener Kommentar zum StGB, Wien 1991.

Foregger/Fabrizy, StGB⁷, Wien 1999.

Foregger/Fabrizy, Strafgesetzbuch. Kurzkommentar⁹, Wien 2006.

Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³, Graz 2007.

Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann (Hrsg), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1990.

Hohmann, Das Transplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Unter Einbeziehung ethischer und rechtspolitischer Aspekte, Frankfurt am Main 2003.

Kalchschmid, Die Organtransplantation – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, Wien 1997.

Kennedy/Grubb, Principles of Medical Law, Oxford 1998.

Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I⁴, Wien 1997.

Kienapfel/Höpfel, Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil¹³, Wien 2009.

Klinke/Silbernagl (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, Stuttgart 2003.

Kloth, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme. Juristische Probleme aus rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt 1996.

Köchler (Hrsg), Transplantationsmedizin und personale Identität. Medizinische, ethische, rechtliche und theologische Aspekte der Organverpflanzung, Frankfurt am Main 2001.

Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation – Eine systematische Analyse des geltenden Rechts, Wien 1988.

Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler (Hrsg), Die Chirurgie⁴, Stuttgart 1999.

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³, Wien 2006.

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³, Wien 2007.

Lang, Basiswissen Physiologie, Berlin 2000.

Laufs, Arztrecht⁵, München 1993.

Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics, London 1983.

Mason/McCall Smith, Law and Medical Ethics⁷, Oxford 2006.

McHale/Cox/Gunn/Wilkinson, Health care law: Text and Materials², London 2007.

McHale/Fox/Murphy, Health Care Law: Text, Cases and Materials, London 1997.

New/Solomon/Dingwall/McHale, A Question of Give and Take. Improving the supply of donor organs for transplantation, King's Fund Institute, London 1994.

Nürnberger/Hasse/Pommer (Hrsg), Klinikleitfaden. Chirurgie⁴, München 2006.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁸, Wien 2009.

Pendl, Der Hirntod, Wien 1986.

Plöchl (Hrsg), Ware Mensch, Wien 1996.

Poeck/Hacke, Neurologie¹², Heidelberg 2006.

Price, Legal and ethical aspects of organ transplantation, Cambridge 2002.

Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch²⁵⁹, Berlin 2001.

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, Wien 2000.

Schmidt/Lang (Hrsg), Physiologie des Menschen mit Pathophysiologie³⁰, Heidelberg 2007.

Schumpelick/Bleese/Mommsen (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004.

Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, Frankfurt am Main 1985.

Schwarz/Bonelli (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995.

Schwimann, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005.

Shaun/Pattinson, Medical Law & Ethics¹, London 2006.

Siegmund-Schultze, Organtransplantation. Medizin, Ethik, Recht, Hamburg 1999.

Skegg, Law, Ethics and Medicine, Oxford 1988.

Sque/Payne (Hrsg), Organ and Tissue Donation: An Evidence Base for Practice, Maidenhead 2007.

Stellamor, Ärztliche Berufsordnung. Eine Rechts- und Standeskunde, Wien 1977.

Trepel, Neuroanatomie. Struktur und Funktion⁴, München 2008.

Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer (Hrsg), Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie, Wien 2005.

Ziegler (Hrsg), Organverpflanzung. Medizinische, rechtliche und ethische Probleme, Düsseldorf 1977.

Abhandlungen in Sammelwerken und Abhandlungen

Aicher in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³, Wien 2000.

Aigner, Organentnahmen bei Verstorbenen zu Transplantationszwecken gemäß § 62a KAG; Widerspruchsregister, RdM 1994, 119-120.

Angstwurm, Hirntodnachweis, in *Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler* (Hrsg), Die Chirurgie⁴, Stuttgart 1999, 281-289.

Apathy/Riedler in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005.

Barber/Falvey/Hamilton/Collett/Rudge, Potential for organ donation in the United Kingdom: audit of intensive care records, BMJ 2006/332, 1124-1127.

Barta, Rechtsdenken und Organtransplantation. Rechtliche Rahmenbedingungen der Transplantationsmedizin, in *Köchler* (Hrsg), Transplantationsmedizin und personale Identität. Medizinische, ethische, rechtliche und theologische Aspekte der Organverpflanzung, Frankfurt am Main 2001, 89-102.

Barta, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 19-42.

Barta/Kalchschmid, Entwurf eines Transplantationsgesetzes, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantationen zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 43-74.

Bauer, Blut: ein flüssiges Organsystem, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), Lehrbuch der Physiologie⁴, Stuttgart 2003, 189-216.

Beecham, BMA wants presumed consent for organ donors, BMJ 1999, 319-319.

Bernat, Embryomanipulation und Strafrecht. Gedanken zum Initiativantrag 156/A vom 25. September 1985 (II-3306 Blg StProt XVI.GP) in ÖÄZ, 1986/7, 31-39.

Binder/Pinter/Helscher, Medizinische Aspekte der Hirntoddiagnostik, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens, Wien 1995, 113-124.

Brandstetter, Strafrechtliche und rechtspolitische Aspekte der Verwendung von Organen Verstorbener, Lebender und Ungeborener, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987, 90-117.

Brook et al, A report on the activity and clinical outcomes of renal non-heart beating donor transplantation in the United Kingdom, Clin Transplant 2004/18, 627-633.

Burgstaller, Vortragsbericht der Österreichische Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie, Die Bestimmung des Todeszeitpunktes im Hinblick auf die Organtransplantation, ÖJZ 1973, 349-351.

Cronin, Transplants save lives, defending the double veto does not: a reply to Wilkinson, JMedEth 2007/33, 219-220.

Davis, The status of anencephalic babies: should their bodies be used as donor banks?, JMedEth, 1988/14, 150-153.

Eder-Rieder, Die gesetzliche Grundlage zur Vornahme von Transplantationen, ÖJZ 1984, 289-293.

Edlbacher, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449-454.

Edlbacher, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365-376.

Eiselsberg, Organtransplantation, WMW 1930/2, 50-55.

Eiselsberg, Ueber Hautverpflanzung nach Thiersch, Wr klin Wschr 1889/34, 666-668, Wr klin Wschr 1889/35, 685-687.

Emson, It is immoral to require consent for cadaver organ donation, JMedEth 2003/29, 125-127.

Erin/Harris, An ethical market in human organs, JMedEth 2003/29, 137-138.

Etzl, Organentnahme aus Leichen, in *Plöchl* (Hrsg), Ware Mensch, Wien 1996, 27-40.

Etzl, Organentnahme beim lebenden Spender, in *Plöchl* (Hrsg), Ware Mensch, Wien 1996, 75-100.

Fuhrmann, Transplantate – § 190/1 StGB, ÖRZ 1980, 259-260.

Gardiner/Riley, Non-heart-beating organ donation – solution or a step too far?, Anaesthesia 2007/62, 431-433.

Gore/Taylor/Wallwork, Availability of transplantable organs from brain stem dead donors in intensive care units, BMJ 1991/302, 149-153.

Grubb, 'I, me, mine': Bodies, parts and property, Medical Law International 1998/3, 299-317.

Grubel/Schröder, Gehirn, Rückenmark, periphere Nerven, in *Schumpe-lick/Bleese/Mommsen* (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004, 304-329.

Harbich, Das Recht zu sterben – Lebensverlängerung um jeden Preis?, ÖRZ 1968, 115-126.

Helmer, Die Chirurgie der Organübertragungen, ÖÄZ 1969/19, 2071-2081.

Hiersche, Anenzephalus als Organspender?, in *Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann* (Hrsg), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1990, 102-105.

Hiersche, Kaiserschnitt an der Toten und Sterbenden, MedR, 1985/2, 45-52.

Hirsch, Anenzephalus als Organspender: Rechtsfragen, in *Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann* (Hrsg), Rechtliche Fragen der Organtransplantation, Berlin 1990, 118-121.

Holczabek/Kopetzki, Rechtsgrundlagen von Organtransplantationen, WvR 1986/13, 417-420.

Holzgreve/Beller/Buchholz/Hansmann/Köhler, Kidney transplantation from anencephalic donors, The New England Journal of Medicine 1987, 1069-1070.

Huland/Conrad, Transplantation, in *Schumpelick/Bleese/Mommsen* (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004, 191-206.

Hutschenreuter, Bluttransfusion/Hämotherapie, in *Schumpelick/Bleese/Mommsen* (Hrsg), Kurzlehrbuch Chirurgie⁶, Stuttgart 2004, 73-85.

Isemer/Lilie, Rechtsprobleme bei Anencephalen, MedR 1998/2, 66-71.

Jänig, Vegetatives Nervensystem, in *Schmidt/Lang* (Hrsg), Physiologie des Menschen mit Pathophysiologie³⁰, Heidelberg 2007, 439-473.

Jarosch, Agonie und Todeseintritt in ihrer rechtlichen Konsequenz, ÖRZ 1971, 163-168.

Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts, Wien 1999, 13-42.

Kirchebner, Rechtstatsachen zur Organtransplantation, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 75-92.

Klicka in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar I³, Wien 2005.

Kloth, Anencephale als Organspender, MedR 1994/5, 180-188.

Köhler, Organtransplantation – juristisch gesehen, ÖÄZ 1969/19, 2106-2132.

Kopetzki, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67-75.

Kopetzki, Rechtsgrundlagen der Organgewinnung zu Transplantationszwecken, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken, Wien 1987, 60-89.

Kotzaurek, Die internistische Nachbehandlung bei Organtransplantationen, *ÖÄZ* 1969/19, 2095-2106.

Kuschinsky, Blut-Hirn-Schranke, Liquor cerebrospinalis, Hirndurchblutung und Hirnstoffwechsel, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), *Lehrbuch der Physiologie*⁴, Stuttgart 2003, 757-768.

Liddell/Hall, Beyond Bristol and Alder Hey: The future regulation of human tissue, *MedLRev* 2005/13, 170-223.

Loewenich, Definition, Diagnose und Prognose bei Anenzephalus, in *Hiersche/Hirsch/Graf-Baumann* (Hrsg), *Rechtliche Fragen der Organtransplantation*, Berlin 1990, 106-112.

Long, Supporting families' decision-making about organ donation, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation: An Evidence Base for Practice*, Maidenhead 2007, 82-101.

Machado/Korein/Ferrer/Portela/Garcia/Manero, The concept of brain death did not evolve to benefit organ transplants, *JMedEth* 2007/33, 197-200.

Margreiter, Die Widerspruchslösung zur Regelung von Organentnahmen in Österreich aus der Sicht eines Transplantationschirurgen, *Ethik Med* 1992/4, 185-190.

Margreiter, Hirntod und Transplantation, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), *Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens*, Wien 1995, 191-196.

Margreiter, Regelung und Regelungsbedarf im Transplantationswesen aus österreichischer Sicht, *Politische Studien* 1995/339, 50-54.

Nürnberg, Organspende, in *Nürnberg/Hasse/Pommer* (Hrsg), *Klinikleitfaden. Chirurgie*⁴, München 2006, 177-186.

Oberleithner, Grundlagen der Zellphysiologie, in *Schmidt/Lang* (Hrsg), *Physiologie des Menschen mit Pathophysiologie*³⁰, Heidelberg 2007, 3-26.

Ofner, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen aus operativen Eingriffen, in *Kopetzki/Mayer*, *Biotechnologie und Recht*, Wien 2002, 185-198.

Ofner, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, *Österreichische Notariatszeitung* 2001, 270-274.

Padberg/Schwemmler, Transplantationschirurgie, in *Koslowski/Bushe/Junginger/Schwemmler* (Hrsg), *Die Chirurgie*⁴, Stuttgart 1999, 213-229.

Piza, Die gegenwärtige Bedeutung der Organtransplantation, in *Brandstetter/Kopetzki* (Hrsg), *Organtransplantationen. Medizinische und rechtliche Aspekte der Verwendung menschlicher Organe zu Heilzwecken*, Wien 1987, 7-9.

Posch in *Schwimann*, *ABGB Praxiskommentar I*³, Wien 2005.

Reisner, Vortragsbericht, ÖJZ 1973, 349-351.

Richardson, Human dissection and organ transplantation in historical context, in *Sque/Payne* (Hrsg), *Organ and Tissue Donation: An Evidence Base for Practice*, Maidenhead 2007, 4-20.

Rieder, Die strafrechtliche Beurteilung von Organtransplantationen de lege lata et de lege ferenda, ÖJZ 1978, 113-119.

Rieder, Forderung nach Transplantationsgesetz, *Der Staatsbürger* 1978, 98-98.

Rosado, Kein Mensch, nur Mensch oder Person? Das Lebensrecht des Anencephalen, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), *Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens*, Wien 1995, 221-234.

Rummel in *Rummel*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I*³, Wien 2000.

Salaman, Anencephalic organ donors. Guidelines available from Britain and North America, *BMJ* 1989/298, 622-623.

Samuels, Organ Removal and Retention, *Medico-Legal Journal* 2005/73, 73-74.

Scheid, Atmung, in *Klinke/Silbernagl* (Hrsg), *Lehrbuch der Physiologie*⁴, Stuttgart 2003, 217-272.

Sells, Let's not opt out: kidney donation and transplantation, *JMedEth* 1979/5, 165-169.

Skegg, Medical Uses of Corpses and the 'No Property' Rule, *MedSciLaw* 1992/32, 311-317.

Speiser, Austro-Transplant. Ein Konzept zum Aufbau eines Organtransplantationsprogramms in Österreich, *ÖÄZ* 1969/19, 2049-2053.

Spielbüchler in *Rummel*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I*³, Wien 2000.

Steinbereithner, Hirntod und Intensivmedizin, in *Schwarz/Bonelli* (Hrsg), *Der Status des Hirntoten. Eine interdisziplinäre Analyse der Grenzen des Lebens*, Wien 1995, 69-82.

Sudhindran et al, Outcome of transplantation using kidneys from controlled (Maastricht category 3) non-heart-beating donors, *Clin Transplant* 2003/17, 93-100.

Taupitz, Forschung mit menschlichen Zellen in Österreich: Profit auf Kosten des Patienten?, *JB1* 2000, 152-157.

Tscheliessnigg, Transplantationschirurgie, in *Tscheliessnigg/Uranüs/Pierer* (Hrsg), *Lehrbuch der allgemeinen und speziellen Chirurgie*, Wien 2005, 319-340.

Ullmann, Experimentelle Nierentransplantation, *Wr klin Wschr* 1902/11, 281-282.

Weber, Transplantationsrecht – Ein Problemaufriss, in *Barta/Weber* (Hrsg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, 13-18.

Wilkinson, What's wrong with conditional organ donation?, *JMedEth* 2003/29, 163-164.

Ziegler, Organübertragung – Medizinische, moraltheologische und juristische Aspekte, in *Ziegler* (Hrsg), Organverpflanzung. Medizinische, rechtliche und ethische Probleme, Düsseldorf 1977, 52-127.

Dokumente

Academy of Medical Royal Colleges, A code of practice for the diagnosis and confirmation of death, 2008.

Advisory Group on the Ethics of Xenotransplantation 1996, Animal tissue into humans, London 1997.

Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 22. November 1997.

British Transplant Society, Guidelines relating to solid organ transplants from non-heart beating donors, London 2004.

British Transplant Society, Standards for solid organ transplantation in the United Kingdom, London 2003.

Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in United Kingdom, Diagnosis of brain death, London 1976, siehe: BMJ 1976, 1187-1188.

Deklaration von Sydney des Weltärztebundes, abgedruckt in ÖÄZ 1987/6, 50.

Department of Health, A code of practice for the diagnosis of brain stem death including guidelines for the identifications and management of potential organ and tissue donors, 1998.

Department of Health, A Code of Practice for Tissue Banks providing tissues of human origin for therapeutic purposes, 2001.

Department of Health, An Investigation into Conditional Organ Donation, 2000.

Department of Health, Cadaveric Organs for Transplantation: A Code of Practice Including the Diagnosis of Brain Death, 1983 HMSO.

Department of Health, Confidentiality. NHS Code of Practice, 2003.

Department of Health, Draft Consultation Document for Comment. Organ and Tissue Transplantation. A Plan for the Future, 2001.

Department of Health, Guidance for Access to Health Records Requests under the Data Protection Act 1998, 2003.

Department of Health, Human Bodies, Human Choices. The Law on Human Organs and Tissue in England and Wales. A Consultation Report, 2002.

Department of Health, Legal issues relevant to non-heartbeating organ donation, 2009.

Department of Health, Records Management. NHS Code of Practice Part 2, 2nd edition, 2009.

Department of Health, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act, 2006.

Department of Health, The use of human organs and tissue. An interim statement, 2003.

Department of Health, Xenotransplantation Guidance, 2006.

Europarat, Additional protocol to the convention concerning transplantation of organs and tissues of human origin, 2002.

Europarat, „Guide to safety and quality assurance for the transplantation of organs, tissues and cells“, 3rd edition 2006.

Europarat, Recommendation (2004).

Europarat, Resolution (78) 29.

Europarat, Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, 1999.

Eurotransplant, Annual Report 2008, Leiden 2009.

Human Tissue Authority, Code of practice 1. Consent, 2009.

Human Tissue Authority, Code of Practice 2. Donation of solid organs for transplantation, 2009.

Human Tissue Authority, Consultation on Codes of Practice prepared under the Human Tissue Act 2004: A rationale.

Human Tissue Authority, Direction 001/2006.

Human Tissue Authority, Directions 002/2006.

Human Tissue Authority, Interim guidance on withdrawal of consent and deceased organ donors 2007.

Intensive Care Society, Guidelines for Adult Organ and Tissue Donation, London 2005.

NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2007-2008.

NHS Blood and Transplant, Transplant Activity in the UK 2008-2009.

Nuffield Council on Bioethics, Human Tissue. Ethical and Legal Issues, London 1995.

ÖBIG, Empfehlungen zur Durchführung der Hirntoddiagnostik bei einer geplanten Organentnahme entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 17. Dezember 2005.

ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2006, Wien 2007.

ÖBIG-Transplant, Jahresbericht 2008, Wien 2009.

Organ Donation Task Force, Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Task Force, London 2008.

Parliamentary Office of Science and Technology, Postnote. Organ transplants, London 2004.

Redfern, The Royal Liverpool Children's Inquiry Report, Liverpool 2001.

Report of the Working Party of the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom on Organ Transplantation in Neonates, London 1988. abgedruckt in: *Department of Health*, Guidelines for the management of potential organ and tissue donors, Draft for consultation – 14. 5. 2006, Section 2, 9-17.

The Chief Medical Officer, Annual Report 2006, London 2007.

The Royal College of Surgeons of England, Facial Transplantation. Working Party Report, London 2003.

The Royal College of Surgeons of England, Facial Transplantation. Working Party Report², London 2006.

UK Transplant, Donor Retrieval Process for Hearts and Lungs, Bristol 2005.

UK Transplant, United Kingdom Hospital Policy for Organ and Tissue Donation, Bristol 2006.

World Health Organisation, 1991 Guiding Principles for Transplantation.

Materialien

AB 1089 BlgNR 15.GP.

BGBI 1982/273.

BGBI 1993/801.

BGBI 2002/65.

BGBI I 2004/35.

RV 969 BlgNR 15. GP.

Erläuterungen zur RV 969 BlgNR 15. GP.

StProtNR 15. GP, 11622ff.

StProtBR, 16012ff.

1089 BlgNR 15.GP.

Hansard 28. 6. 2004, Vol 423, Col 26ff.

Hansard 28. 6. 2004, Vol 423, Col 26-123.

Ladyman, Hansard 15. 1. 2004, Vol 416, Col 1043.

Quellen aus dem Internet

Bericht über Handtransplantationen an Theo Kelz;
http://www.uibk.ac.at/ipoint/news/uni_und_forschung/20030220.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Bundesamt für Gesundheit (CH), Chirurgische Innovationen;
<http://www.bag.admin.ch/transplantation/00699/02544/02714/index.html?lang=de>
(letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Department of Health, Guidance for Access to Health Records Requests under the Data Protection Act 1998;
http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/document_s/digitalasset/dh_4035194.pdf (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Department of Health, Proposals for new legislation on human organs & tissue;
http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4070190 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Der Human Tissue Act 2004 trat am 1. 9. 2006 in Kraft, siehe:
<http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20061260.htm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Eurotransplant; <http://www.eurotransplant.nl> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Eurotransplant, Arbeitsverfahren;
<http://www.eurotransplant.nl/?id=arbeitsverfahren> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Eurotransplant, Mitgliedsstaaten;
<http://www.eurotransplant.nl/> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Eurotransplant, Xenotransplantation;
http://www.eurotransplant.nl/index.php?id=xeno_deutsch (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Eurotransplant, Zielsetzung; <http://www.eurotransplant.nl/?id=ziele> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Explanatory Notes on the Human Tissue Act 2004;
www.opsi.gov.uk/acts/en2004/2004en30.htm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Human Tissue Authority, Consent Forms für verschiedene Zwecke;
http://www.hta.gov.uk/guidance/model_consent_forms.cfm (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

MDR, Christaan Barnard – die erste Herztransplantation;
<http://www.mdr.de/mdr-figaro/hoerspiel/1005398-hintergrund-965755.html>
(letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

NHS Blood and Transplant, Zustimmungsförmular;
<https://www.organdonation.nhs.uk/ukt/RegistrationForm.do?campaignCode=-1> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010)

NHS Direct, Stillbirth Definition;
<http://www.nhsdirect.nhs.uk/articles/article.aspx?articleId=2143> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

ÖBIG, Ablauf Spende – TX;
<http://www.goeg.at/index.php?pid=arbeitsbereichedetail&ab=118&smark=transplantationskoordinator&noreplace=yes> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

ÖBIG, Arbeitsbereiche;
<http://www.goeg.at/de/OEBIG-Arbeitsbereiche.html> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

ÖBIG, Widerspruchsformular;
<http://www.goeg.at/index.php?pid=produkteservicesdetail&service=9&smark=formular&noreplace=yes> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Scandiatransplant, Transplantation figures 2006;
<http://www.scandiatransplant.org/aar06.htm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Todesfeststellung nach den Empfehlungen des Obersten Sanitätsrat;
http://www.goeg.at/media/download/berichte/Letztfassung_OSR_Stellungnahme_nach_OSR_1.3.06.pdf (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

transplantation-information.de, Transplantationsgesetze im Ausland;
http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Überlegungen zur Legalisierung des Organhandels in Großbritannien;
<http://www.aerzteblatt.de/v4/news/news.asp?id=27500> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

UK Transplant, Deceased Kidney donation;
[http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/kidney_\(renal\)/kidney_\(renal\).jsp](http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/kidney_(renal)/kidney_(renal).jsp) (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

UK Transplant, Organ Allocation;
http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/organ_allocation_more.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010)
http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/organ_allocation/organ_allocation.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

UK Transplant, Transplant Units;
http://www.uktransplant.org.uk/ukt/about_transplants/transplant_units/transplant_units.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

UK Transplant; Zustimmungsf formular;
http://www.uktransplant.org.uk/ukt/how_to_become_a_donor/registration/consent.jsp (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Zeitungsartikel

BBC News vom 2. 2. 2001; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1150416.stm> vom 2. 2. 2001 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

BBC News vom 25. 10. 2006; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6083148.stm> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

News-Medical.Net; <http://www.news-medical.net/?id=11217> vom 21. 6. 2005 (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Observer vom 18. 6. 2006;
http://observer.guardian.co.uk/uk_news/story/0,,1800266,00.html (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Telegraph vom 27. 10. 2006;
<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1532394/Full-face-transplant-gets-go-ahead.html> (letzter Zugriff: 18. 01. 2010).

Judikatur Österreich

OGH 6. 12. 1972, SZ 45/133.

OGH 14. 3. 1974, 6 Ob 37/74 in JBI 1974, 373.

OGH 25. 5. 1984, 1 Ob 550/84 in JBI 1985, 159.

OGH 25. 11. 1986, 10 Os 104, 106-112/86 in ÖRZ 1987/23, 95.

OGH 27. 10. 1999, 7 Ob 225/99k.

Judikatur Großbritannien

A B and Others v Leeds Teaching Hospital NHS Trust and Cardiff and Vale NHS Trust [2004] EWHC 644 (QB), Lloyd's Law Reports 2005, 2.

Airedale NHS Trust v Bland [1993] 1 All ER, 821 (822).

Dobson and another v North Tyneside Health Authority and another [1996] 4 All ER, 474.

Doodeward v Spence (1908) 6 CLR, 406, Aust HC.

Gillick v Norfolk and Wisbeach Area Health Authority and another [1985] 3 All ER 402 (HL).

R v Bristol Coroner, ex p Kerr QBD, [1974] 2 All ER, 719.

R v Fox (1841) 2 QB, 246.

R v Kelly [1983] 3 All ER, 741.

R v Kelly and another [1998] 3 All ER, 741.

R v Malcherek; R v Steel [1981] 2 All ER, 422.

Re A (a minor) [1993] 3 MedLRev, 303.

Williams v Williams (1882) 20 Ch D, 659.

ANHANG 1

Widerspruch gegenüber einer Organentnahme - Erwachsene

Ich,
Vorname (in BLOCKSCHRIFT) Nachname (in BLOCKSCHRIFT)¹

.....
Geburtsdatum Sozialversicherungsnummer ☐ weiblich ☐ männlich

gebe hiermit meinen Widerspruch gegenüber einer allfälligen Organentnahme bekannt.²

Adresse:

Ich bin mit der EDV-mäßigen Erfassung und Verarbeitung meiner Daten (ausgenommen Adresse) sowie mit der Weitergabe meines Widerspruchs bei Anfrage durch berechtigtes Krankenhauspersonal einverstanden.

.....
Ort, Datum Unterschrift

¹ Allfällige Namenänderungen bitte schriftlich bekannt geben (mit Angabe des Geburtsdatums!).

² Nur komplett ausgefüllte Formulare können berücksichtigt werden.

Wenn Sie die Zusendung einer Registrierungsbestätigung wünschen, legen Sie bitte ein frankiertes und adressiertes Rückkuvert (Wohnsitz in **Österreich**) bzw. einen internationalen Antwortschein der Post (Coupon Réponse International) und ein adressiertes Rückkuvert (Wohnsitz im **Ausland**) bei.

Widerspruch gegenüber einer Organentnahme - Kinder und Jugendliche

Die/Der gesetzliche/n Vertreter/in.....
(Name/n in BLOCKSCHRIFT)

gibt/geben hiermit den Widerspruch gegenüber einer allfälligen Organentnahme bei der/dem nicht geschäftsfähigen

.....
Vorname (in BLOCKSCHRIFT) Nachname (in BLOCKSCHRIFT)¹

.....
Geburtsdatum Sozialversicherungsnummer ☐ weiblich ☐ männlich bekannt.²

Adresse:

Ich bin mit der EDV-mäßigen Erfassung und Verarbeitung der Daten (ausgenommen Adresse) sowie mit der Weitergabe des Widerspruchs bei Anfrage durch berechtigtes Krankenhauspersonal einverstanden.

.....
Ort, Datum Unterschrift

¹ Allfällige Namenänderungen bitte schriftlich bekannt geben (mit Angabe des Geburtsdatums!).

² Nur komplett ausgefüllte Formulare können berücksichtigt werden.

Wenn Sie die **Zusendung einer Registrierungsbestätigung** wünschen, legen Sie bitte ein frankiertes und adressiertes Rückkuvert (Wohnsitz in **Österreich**) bzw. einen internationalen Antwortschein der Post (Coupon Réponse International) und ein adressiertes Rückkuvert (Wohnsitz im **Ausland**) bei.

Streichung des Widerspruches gegenüber einer Organentnahme - Erwachsene

Ich,
Vorname (in BLOCKSCHRIFT) Nachname (in BLOCKSCHRIFT)

.....
Geburtsdatum Sozialversicherungsnummer ☐ weiblich ☐ männlich

beantrage hiermit die Streichung meines Widerspruches gegenüber einer allfälligen Organentnahme aus dem Widerspruchregister gegen Organspende.^{*)}

Adresse:

.....
Ort, Datum Unterschrift

^{*)} Nur komplett ausgefüllte Formulare können berücksichtigt werden.

Streichung des Widerspruches gegenüber einer Organentnahme - Kinder und Jugendliche

Der/die gesetzliche/n Vertreter/in
(Name/n in BLOCKSCHRIFT)

beantragt/beantragen hiermit die Streichung des Widerspruches gegenüber einer allfälligen Organentnahme bei dem/der nicht geschäftsfähigen

.....
Vorname (in BLOCKSCHRIFT) Nachname (in BLOCKSCHRIFT)

.....
Geburtsdatum Sozialversicherungsnummer ☐ weiblich ☐ männlich

aus dem Widerspruchregister gegen Organspende.^{*)}

Adresse:

.....
Ort, Datum Unterschrift

^{*)} Nur komplett ausgefüllte Formulare können berücksichtigt werden.

ANHANG 2

Amend my details on the Register

Please complete this form to enable us to add your details to the NHS Organ Donor Register.

* indicates that a field must be completed.

Your personal details

Forename(s) *	
Surname *	
Date of Birth *	
Sex *	
Ethnic Origin	Why do we need to know?

Your contact details

Address *	
Postcode *	Help with postcodes
Email Address	
Confirm Email	
Telephone	
Mobile Number	

Your wishes

I want to donate the following for transplantation after my death:

A ☒ any of my organs and tissue

OR

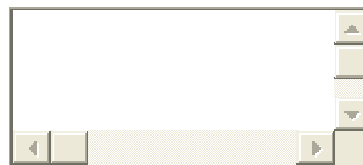
B ☐ my

☐ kidneys ☐ heart ☐ liver ☐ small bowel
☐ eyes ☐ lungs ☐ pancreas ☐ tissue

Where did you hear about us?

Please help us to evaluate the effectiveness of our campaigns

Where did you hear about us? 



Where you heard about us (if different from above)

Further information

☐

Please tick here if you would like to receive future information about blood, organ and tissue donation from NHS Blood and Transplant.

Complete Registration

Remove details from the Register

You can change your mind about your wishes at any time. If you want to withdraw your name from the register, please fill out the form below. If you want to remain on the register, but wish to change your details, please go to [amend details](#).

* indicates that a field must be completed.

Your personal details

Forename(s) *

Surname *

Date of Birth *

Sex *

Your contact details

Address *

*

Postcode *

[Help with postcodes](#)

Email Address

Confirm Email

Your reason for withdrawing

Reason for removing your name

Other



Other reason

Complete withdrawal

Zusammenfassung

Der Vergleich der rechtlichen Regelung von Transplantationen von Organen Verstorbener in Österreich und Großbritannien ist aus verschiedenen Gründen äußerst interessant. Zum einen haben sich die Österreicher für die Widerspruchslösung entschieden, nach der grundsätzlich jeder Verstorbene zum Organspender wird, es sei denn, er hat sich zu Lebzeiten dagegen ausgesprochen. Die Briten hingegen halten seit Jahrzehnten an der Zustimmungslösung fest, nach der grundsätzlich keine Organe entnommen werden, es sei denn, der Verstorbene hat dies zu Lebzeiten befürwortet oder seine Angehörigen stimmen einer Entnahme nach seinem Tod zu. Zum anderen ist das britische Transplantationsrecht wesentlich jünger als das österreichische. Außerdem spielt in Großbritannien das case law natürlich eine entscheidende Rolle.

Aufgrund des medizinischen Fortschritts können mittlerweile viele Organe erfolgreich transplantiert werden, sogar ganze Extremitäten oder Teile des Gesichtes werden übertragen. Gleichzeitig ist jedoch auch der Bedarf an Spenderorganen stetig im Steigen begriffen. Durch die Zustimmungslösung können in Großbritannien in praxi wesentlich weniger Organe entnommen werden als in Österreich, weshalb man bemüht ist, die Bevölkerung bestmöglich über Organspenden aufzuklären. Es werden unzählige Maßnahmen ergriffen, um die Zustimmung von Menschen, die bereit sind ihre Organe postmortal zu spenden, oder deren Angehörigen zu erhalten. Ein EDV-unterstütztes Register soll die Zustimmungserklärung möglichst einfach gestalten. Im Laufe der letzten Jahre konnte auf diese Weise die Zustimmungsrate erhöht werden, allerdings bleibt der Mangel an Spenderorganen eklatant.

In Österreich hingegen ist es aufgrund der gesetzlichen Regelung nicht nötig, potentielle Organspender bzw deren Angehörigen derart zu „umwerben“. Doch genau dieser Umstand führt zu der Kritik, die österreichische Bevölkerung würde bewusst nicht ausreichend aufgeklärt, um möglichst viele Spenderorgane zu erhalten. Lehnt eine Person jedoch aus persönlichen, religiösen oder anderen Gründen eine Organspende ab, so kann sie diesen Wunsch in einer formlosen Widerspruchserklärung äußern bzw festhalten. Auch diese Erklärung kann in einem EDV-unterstützten

Register eingetragen werden, das von den Ärzten verpflichtend abzufragen ist. Doch auch in Österreich bleibt ein gewisser Mangel an Spenderorganen bestehen.

Während das österreichische Transplantationsrecht abgeschlossener und im Wesentlichen akzeptiert ist, ist das britische sehr zersplittert und kompliziert. Die Codes of Practice der Human Tissue Authority konnten jedoch in vielen Bereichen Klarheit schaffen. Trotz all der Unterschiede der beiden Transplantationsrechte muss man sich in beiden Staaten gleichermaßen die Frage stellen, wie man die Interessen von Organspender und Organempfänger in bestmöglicher Art und Weise schützen kann.

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Name: Mag. Stefanie Karpf
Geburtsdatum, -ort: 14. 06. 1982, Leoben
Familienstand: ledig
Staatsangehörigkeit: Österreich

Schulausbildung / Studium:

1988 – 1990 Volksschule Elisabeth, Graz
1990 – 1992 Volksschule Mariagrün, Graz
1992 – 2000 Gymnasium der Ursulinen, Graz
20. 06. 2000 Matura
2000 – 2005 Diplomstudium der Rechtswissenschaften, KF-Univ. Graz
08. 07. 2005 Sponsion zum Mag. iur. (Titel der Diplomarbeit: Die Neuordnung der Europäischen Kommission durch die Europäische Verfassung)
Seit WS 2005 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften, Univ. Wien

Auslandsaufenthalte:

2003 Utrecht, Niederlande: Erasmusaufenthalt
(abgeschlossene Lehrveranstaltungen: International law of the sea, Intern. human rights & criminal law, Medical law)
2005 Terni, Italien: 14th ECSL Summer Course on Space Law and Policy, University of Perugia
2006 New York, USA: National Model United Nations

Praktikum / weitere Ausbildungen / derzeitige Tätigkeit:

Sommer 2005 Praktikum: PatientInnen- und Pflegeombudsschaft, Graz
2008/2009 Personalverrechnerlehrgang, Wifi Graz
28. 04. 2009 Prüfung zum Personalverrechner, Wifi Graz
Seit März 2008 Berufsanwärter zum Steuerberater, Graz