

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet Gantner, P. Breitschmid,
A. Büchler, H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin,
D. Jakob, P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Marco Andrea Frei

**Die erweiterte
Zustimmungslösung
gemäss Art. 8
Transplantationsgesetz**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XV
Materialienverzeichnis	XXV
A. Einleitung	1
B. Die erweiterte Zustimmungslösung gemäss Art. 8 TPG	3
I. Begriff	3
II. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht	5
III. Vereinbarkeit mit der Verfassung	6
1. Allgemeines	6
2. Rechte der potentiellen Spender zu Lebzeiten	6
2.1 Menschenwürde	6
2.2 Selbstbestimmungsrecht	7
2.1.1 Positives Selbstbestimmungsrecht	7
2.2.2 Negatives Selbstbestimmungsrecht	10
2.3 Glaubens- und Gewissensfreiheit	13
2.4 Fazit	13
3. Rechte der potentiellen Spender an der Grenze zwischen Leben und Tod	14
3.1 Recht auf Leben	14
3.1.1 Mögliche Todeskonzepte	16
a) Herz-Kreislauf-Todeskonzept	16
b) Ganzhirntodkonzept	16
c) Teilhirntodkonzepte	17
3.1.2 Grundzüge des Hirntodkonzepts des TPG	17
a) Herkommen	17
b) Ausgestaltung	20
aa) Grundannahmen	20
bb) Todesdefinition	22
cc) Todeskriterium	22
dd) Testebene	23

c)	Begründung	26
aa)	Geistigkeitstheorie	26
bb)	Ganzheitstheorie	26
cc)	Weitere Argumente	27
d)	Kritik	28
aa)	Hirntotkonzept ermöglicht Organentnahmen	28
bb)	Leben im Körper der bzw. des Ganzhirntoten	30
cc)	Kritik an der Vorrangstellung des Gehirns	32
3.1.3	Grundrechtskonformität der Zustimmungslösung	34
a)	Hirntod ist nicht Tod der Person	35
b)	Hirntod ist Tod der Person, wenn sie zugestimmt hat	38
3.1.4	Stellungnahme	39
3.2	Persönliche Freiheit	41
3.3	Fazit	45
4.	Rechte der verstorbenen Person?	46
4.1	Menschenwürde	46
4.2	Persönlichkeitsschutz	49
4.2.1	Postmortales Persönlichkeitsrecht in Deutschland	49
4.2.2.	Postmortales Persönlichkeitsrecht in der Schweiz?	56
a)	Lehre	56
b)	Bundesgericht	60
c)	Postmortales Persönlichkeitsrecht im Transplantationsgesetz?	66
d)	Schlussfolgerung	68
5.	Rechte der Angehörigen	68
5.1	Totenfürsorgerecht im Allgemeinen	68
5.1.1	Deutschland	68
5.1.2	Schweiz	72
5.2	Wahrung des Totenfürsorgerechts im TPG	73
6.	Rechte der potentiellen Empfängerinnen und Empfänger	76
7.	Fazit	77
IV.	Die Regelung im Einzelnen	78
1.	Lebzeitige Erklärung des Spenders	78
1.1	Rechtsnatur der Spendenerklärung	79
1.2	Fähigkeit zur Abgabe einer Spendenerklärung	81
1.3	Freiwilligkeit	82

1.4	Form der Spendenerklärung	83
1.4.1	Grundsatz der Formfreiheit	83
1.4.2	Dokumentierte Erklärung	83
	a) Spenderausweise	83
	b) Dokumentation auf amtlichen Ausweisen	85
	c) Transplantationsregister	86
	d) Transplantationsklauseln in Behandlungsverträgen	87
1.4.3	Mündliche Erklärung	88
	a) Allgemeines	88
	b) Mündliche Erklärung gegenüber den nächsten Angehörigen	89
	aa) Kreis der nächsten Angehörigen	89
	bb) Befragung der nächsten Angehörigen	91
	cc) Widersprüchliche Aussagen mehrerer Befragter	92
	dd) Auskunftsverweigerung	93
	c) Mündliche Erklärungen gegenüber anderen Personen	93
	aa) Von den nächsten Angehörigen bezeichnete Personen	93
	bb) Für die allfällige Organentnahme zuständige Personen	94
1.5	Inhalt und Umfang der Spendenerklärung	95
1.5.1	Beschränkung auf bestimmte Organe	95
1.5.2	Beschränkung des Empfängerkreises	96
	a) Organspende	96
	b) Gewebe- und Zellspende	98
1.5.3	Vorsorgliche medizinische Massnahmen	98
1.6	Widerruf der Spendenerklärung	98
2.	Zustimmung oder Ablehnung der nächsten Angehörigen	100
2.1	Fehlende Spendenerklärung der verstorbenen Person	100
2.2	Rechtsnatur der Spendenerklärung	100
2.3	Zum Entscheid berufene Angehörige	101
	2.3.1 Kreis der nächsten Angehörigen	101
	2.3.2 Entscheidungsfähigkeit	101
	2.3.3 Rangfolge	102
	2.3.4 Verwirkung der Entscheidungsbefugnis	105
2.4	Die Anfrage bei den nächsten Angehörigen	107
2.5	Form der Spendenerklärung	108
2.6	Inhalt der Spendenerklärung	108
	2.6.1 Entscheidung für oder gegen die Organentnahme	108
	2.6.2 Modalitäten	111

2.6.3	Vorbereitende medizinische Massnahmen	112
2.7	Widerruf der Spendenerklärung	112
3.	Entscheid einer Vertrauensperson	112
3.1	Allgemeines	112
3.2	Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf die Vertrauensperson	113
3.2.1	Anforderungen an den prospektiven Spender	113
3.2.2	Anforderungen an die Vertrauensperson	113
3.2.3	Formvorschriften	114
3.2.4	Inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten	115
3.2.5	Widerruf	115
3.3	Rechtsstellung der Vertrauensperson	115
3.4	Kompetenzen der Vertrauensperson	116
3.4.1	Entscheidung für oder gegen die Organentnahme	116
3.4.2	Unterlassen einer Entscheidung	117
3.4.3	Weiterübertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten	118
3.5	Ausfall der Vertrauensperson	118
3.6	Verfahren bei mehreren Vertrauenspersonen	118

C. Die Rechtsfolgen der Organentnahme ohne Zustimmung 121

I.	Strafrechtliche Folgen	121
1.	Strafbarkeit nach Art. 69 Abs. 1 lit. c TPG	121
1.1	Objektiver Tatbestand	122
1.1.1	Täterkreis	122
1.1.2	Tatobjekt	122
1.1.3	Tathandlung	124
1.3.4	Keine rechtsgültige Zustimmung	125
1.4	Subjektiver Tatbestand	126
2.	Weitere Straftatbestände	127
2.1	Eigentumsdelikte (Art. 137 ff. StGB)	127
2.2	Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB)	129
2.3	Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB)	130
2.3.1	Verunehrung des Leichnams (Ziff. 1 Abs. 3)	130
2.3.2	Wegnahme von Leichenteilen (Ziff. 2)	131
3.	Rechtfertigung durch Notstandshilfe	132
3.1	Notstandslage	132
3.2	Notstandshandlung	133
3.3	Fazit	136
4.	Hypothetische Einwilligung	136
5.	Ergebnis	137

II. Schadenersatz und Genugtuung	138
1. Zivilrechtliche Ersatzansprüche	138
1.1 Anspruch auf Schadenersatz	139
1.2 Anspruch auf Genugtuung	140
1.2.1 Anspruchsvoraussetzungen im Allgemeinen	140
1.2.2 Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung	140
1.2.3 Immaterielle Unbill	143
1.2.4 Kausalität	143
1.2.6 Legitimation	145
2. Öffentlich-rechtliche Ersatzansprüche	146
III. Gesamtschau bezüglich der Rechtsfolgen	147
D. Neues Zustimmungsmodell	149
I. Notstandsmodell	149
1. Begriff und Verbreitung	149
2. Vereinbarkeit mit der Menschenwürde	150
3. Vereinbarkeit mit den Freiheitsrechten	150
4. Fazit	153
II. Widerspruchsmodell	153
1. Begriff und Verbreitung	153
2. Enge Widerspruchslösung	154
3. Erweiterte Widerspruchslösung	155
3.1 Vereinbarkeit mit der Menschenwürde	155
3.2 Vereinbarkeit mit den Freiheitsrechten	158
3.3 Fazit	162
III. Zustimmungslösung mit Pflichtanfrage und Erklärungspflicht	162
IV. Erweiterte Zustimmungslösung mit Pflichtanfrage	165
E. Zusammenfassung und rechtspolitischer Befund	169