

# Postmortale Organspende

Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Raphaela Holliger

von

Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Brigitte Tag

und

Prof. Dr. Margot Michel

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	7
Inhaltsverzeichnis .....	9
Abkürzungsverzeichnis .....	21
Literaturverzeichnis .....	31
Materialienverzeichnis .....	49
SAMW-Richtlinien .....	57
<b>Teil 1: Einführung .....</b>	<b>1</b>
Kapitel 1. Ausgangslage .....	3
Kapitel 2. Eingrenzung der Thematik und Aufbau der Arbeit .....	4
Kapitel 3. Methodik .....	5
<b>Teil 2: Grundlagen.....</b>	<b>7</b>
<b>Kapitel 1. Rechtsquellen des Transplantationsrechts.....</b>	<b>9</b>
I. Einführung .....	9
II. International .....	9
III. National.....	10
IV. Soft Law.....	11
V. The Swiss Donation Pathway.....	12
VI. Fazit und Abgrenzung .....	13
<b>Kapitel 2. Das Schweizerische Transplantationsgesetz im         Besonderen.....</b>	<b>14</b>
I. Entstehung des Transplantationsgesetzes.....	14

1. Einführung.....	14
2. Kantonales Recht.....	14
3. Richtlinien der SAMW.....	15
4. Der Verfassungsartikel Art. 24 <sup>decies</sup> aBV (Art. 119a BV).....	16
5. Entstehung des Transplantationsgesetzes i.e.S.....	18
6. Exkurs: Teilrevision des Transplantationsgesetzes .....	18
6.1 Ausgangslage .....	18
6.2 Organentnahme bei Verstorbenen (Art. 8 TxG) und vorbereitende medizinische Massnahmen (Art. 10 TxG).....	19
6.3 Lebendspende (Art. 14 ff. TxG).....	20
6.4 Wohnsitzerfordernis und Nichtdiskriminierung (Art. 17 und 21 TxG)	21
II. Begriffsdefinitionen .....	23
1. Einführung.....	23
2. Organe.....	23
3. Gewebe.....	24
4. Zellen .....	24
III. Geltungsbereich.....	25

**Kapitel 3. Überblick über die strafrechtlichen Bestimmungen  
des Transplantationswesens ..... 27**

I. Einführung .....	27
II. Übersicht über die Straftatbestände im TxG .....	27
1. Einführung.....	27
2. Nebenstrafrecht .....	27
3. Übertretungstatbestände gemäss Art. 70 TxG.....	28
4. Vergehenstatbestände gemäss Art. 69 TxG.....	29
III. Art. 69 TxG im Besonderen .....	31
1. Einführung.....	31
2. Vorsätzliche Tatbegehung (Art. 69 Abs. 1 TxG) .....	32
2.1 Strafmass .....	32
2.2 Subsidiaritätsklausel.....	32
3. Gewerbmässige Tatbegehung (Art. 69 Abs. 2 TxG).....	33
4. Fahrlässige Tatbegehung (Art. 69 Abs. 3 TxG) .....	34
IV. Verwaltungsstrafrecht .....	36

**Kapitel 4. Ablauf einer Organspende bei verstorbenen Personen .... 37**

<b>Teil 3: Voraussetzungen der Organentnahme bei verstorbenen Personen.....</b>	<b>41</b>
<b>Kapitel 1. Einführung.....</b>	<b>43</b>
<b>Kapitel 2. Entnahmevoraussetzungen.....</b>	<b>43</b>
I. Einwilligung in eine Organspende .....	43
1. Ausgangslage .....	43
2. Voraussetzungen für eine rechtsgültige Einwilligung .....	44
3. Keine dokumentierte Zustimmung vorhanden .....	46
4. Dokumentierte Zustimmung vorhanden .....	48
5. Entscheid der nächsten Angehörigen .....	49
5.1 Kreis der nächsten Angehörigen.....	49
a. Grundlagen.....	49
b. Handlungsunfähige Personen im Besonderen.....	50
c. Vorhandensein von mehreren nächsten Angehörigen.....	52
5.2 Unbekannter Spendewunsch des Verstorbenen.....	52
5.3 Vorgehen bei Divergenzen zwischen Angehörigen und des Verstorbenen .....	53
6. Vertrauensperson.....	55
7. Angehörigengespräche .....	55
7.1 Einführung.....	55
7.2 Rechtsgrundlagen .....	56
7.3 Vorgehen bei Angehörigengesprächen.....	58
8. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen .....	59
8.1 Rechtslage vor der Teilrevision.....	59
a. Einführung .....	59
b. Ausgangslage .....	59
c. Vor Inkrafttreten der Revision .....	60
8.2 De lege lata.....	62
a. Einführung .....	62
b. Zeitpunkt der Anfrage nach geltendem Recht.....	62
c. Relevanz für vorbereitende medizinische Massnahmen .....	64
d. Würdigung .....	65
9. Exkurs: Zustimmungsmodelle.....	66
9.1 Einführung.....	66

9.2 Arten von Zustimmungsmodellen .....	67
a. Zustimmungslösung .....	67
b. Widerspruchslösung .....	67
c. Informationslösung als Spezialform der Widerspruchslösung .....	67
9.3 Diskurs über das geeignete Zustimmungsmodell .....	68
a. Ausgangslage .....	68
b. Stand der Diskussion .....	69
c. Position der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK) .....	74
d. Ansicht der SAMW .....	76
e. Neuste Entwicklung: Initiative «Organspende fördern – Leben retten» .....	76
f. Schlussbetrachtung .....	78
II. Feststellung des Todes .....	80
1. Einführung .....	80
2. Rechtliche Grundlagen .....	80
2.1 Einführung .....	80
2.2 Todesdefinition nach TxG bzw. SAMW-RL .....	80
2.3 Todesdefinition nach ZGB .....	81
2.4 Todesdefinition nach Verfassung .....	82
2.5 Schlussbetrachtung .....	82
3. Medizinische Grundlagen .....	84
3.1 Einführung .....	84
3.2 Hirntodkonzept im historischen Kontext .....	85
3.3 Primärer Hirntod (DBD) .....	87
a. Definition .....	87
b. Ätiologie und Pathogenese .....	88
c. Diagnose .....	89
3.4 Tod nach Herzkreislaufstillstand (DCD) .....	90
a. Definition .....	90
b. Ätiologie und Pathogenese .....	91
c. Diagnose .....	92
3.5 Medizinische Debatte zum Hirntodkonzept .....	94
3.6 Medizinethische Debatte zum Hirntodkonzept .....	96
a. Einführung .....	96
b. Hirntod .....	96
c. Tod nach Herzkreislaufstillstand .....	98

III.	Organentnahme bei Verstorbenen in der Praxis .....	102
<b>Kapitel 3. Strafrechtliche Aspekte.....</b>		<b>106</b>
I.	Vorbemerkung.....	106
II.	Strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffes.....	107
III.	Organentnahme bei Verstorbenen ohne Einwilligung (Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG).....	109
1.	Vormerkungen.....	109
2.	Objektiver Tatbestand .....	109
2.1	Täterkreis.....	109
a.	Einführung .....	109
b.	Grundlagen zum Täterkreis.....	110
c.	Wörtliche Auslegung .....	110
d.	Teleologische und systematische Auslegung.....	111
e.	Fazit .....	113
2.2	Tatobjekt: Organe, Gewebe oder Zellen.....	113
2.3	Geschütztes Rechtsgut.....	114
2.4	Tathandlung.....	116
a.	Vorbemerkungen.....	116
b.	Entnahme .....	116
c.	Ohne Einwilligung.....	119
d.	Tatvariante der Unterlassung .....	120
3.	Subjektiver Tatbestand .....	121
3.1	Einführung.....	121
3.2	(Eventual-)Vorsatz .....	121
3.3	Fahrlässigkeit .....	122
4.	Rechtswidrigkeit und Schuld.....	123
4.1	Einführung.....	123
4.2	Einwilligung in eine postmortale Organentnahme als Rechtfertigungsgrund (?).....	123
4.3	Irrtum.....	124
a.	Einführung .....	124
b.	Sachverhaltsirrtum .....	124
c.	Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Verbotsirrtum) .....	125
4.4	Rechtfertigender Notstand.....	126
a.	Einführung .....	126

b.	Notstandslage – Unmittelbare Gefahr für ein Individualrechtsgut .....	126
c.	Notstandshandlung.....	127
4.5	Forschung im Rahmen einer Transplantation (Art. 38 HFG) .....	129
4.6	Fazit.....	130
5.	Mehrere Tatbeteiligte .....	131
5.1	Einführung.....	131
5.2	Täterschaft.....	131
a.	Einführung .....	131
b.	Mittäterschaft .....	131
c.	Mittelbare Täterschaft.....	132
5.3	Teilnahme.....	133
a.	Einführung .....	133
b.	Anstiftung .....	133
c.	Gehilfenschaft.....	134
5.4	Strafbarkeit des Spitaldirektors .....	135
5.5	Zwischenfazit .....	135
6.	Konkurrenzen .....	135
7.	Fazit .....	136
IV.	Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB) .....	137
1.	Vorbemerkungen.....	137
2.	Geschütztes Rechtsgut.....	137
3.	Verunehren eines Leichnams (Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) .....	140
3.1	Vorbemerkungen .....	140
3.2	Objektiver Tatbestand .....	140
a.	Täterkreis .....	140
b.	Tatobjekt .....	140
c.	Tathandlung .....	141
3.3	Subjektiver Tatbestand .....	144
3.4	Rechtswidrigkeit und Schuld.....	144
3.5	Konkurrenzen .....	145
a.	«Verunehrungstatbestand» zu Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG .....	145
b.	«Verunehrungstatbestand» zu Tötungsdelikten .....	145
c.	«Verunehrungstatbestand» zum Kommerzialisierungs- und Handelsverbot .....	146
d.	«Öffentliche Beschimpfung» .....	146
4.	Wegnahmetatbestand (Art. 262 Ziff. 2 StGB).....	146

4.1 Vorbemerkungen .....	146
4.2 Objektiver Tatbestand .....	147
a. Täterkreis .....	147
b. Tatobjekt .....	147
c. Tathandlung .....	147
d. Legitimer Anwendungsbereich von Art. 262 Ziff. 2 StGB nach hier vertretener Ansicht.....	151
e. Fazit .....	152
4.3 Subjektiver Tatbestand .....	152
4.4 Rechtswidrigkeit und Schuld.....	152
4.5 Mehrere Tatbeteiligte .....	152
4.6 Konkurrenzen .....	153
4.7 Fazit.....	154
V. Eigentumsdelikte (Art. 137 ff. StGB).....	154
VI. Üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen Verstorbenen (Art. 175 StGB).....	157
VII. Strafrechtliche Beurteilung der DCD-Spenden nach Maastricht- Kategorie 3 .....	158
1. Ausgangslage .....	158
2. Organentnahme bei einem urteilsunfähigen Patienten .....	159
2.1 Ausgangslage .....	159
2.2 Organentnahme bei Urteilsunfähigkeit? .....	160
2.3 Ausnahmekatalog gemäss Art. 13 Abs. 2 TxG.....	162
2.4 DCD-Spender der Maastricht-Kategorie 3 – Fazit .....	164
3. Aussergewöhnlicher Todesfall und DCD-Spende Maastricht-Kategorie 3 .....	165
3.1 Einführung.....	165
3.2 Verfahren bei Vorliegen eines aussergewöhnlichen Todesfalls .....	165
3.3 Aussergewöhnlicher Todesfall und Organspende am Beispiel des Kantons Zürich.....	167
VIII. Strafrechtliche Beurteilung: Organentnahme ohne (korrekte) Hirntodfeststellung .....	169
1. Ausgangslage .....	169
2. Organentnahme bei verstorbener Person ohne korrekte Hirntodfeststellung.....	170
2.1 Ausgangslage .....	170

2.2 Täterkreis.....	171
2.3 Strafbarkeit Chirurg (Organentnahme).....	172
a. Einführung .....	172
b. Strafbarkeit nach Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG (?).....	172
c. Strafbarkeit nach Art. 262 StGB (?).....	174
d. Organentnahme bei urteilsunfähigen Personen (Art. 69 Abs. 1 lit. f TxG) .....	175
e. Körperverletzungs- / Tötungsdelikte.....	176
f. Fazit .....	177
2.4 Strafbarkeit der Intensivmedizinerin und der zweiten Ärztin (Feststellung des Hirntods).....	177
a. Einführung .....	177
b. Urkundenfälschung.....	178
c. SAMW-RL zur Feststellung des Todes / Standesordnung FMH.....	181
d. Beteiligung an vom Chirurgen verübten Delikte .....	182
2.5 Zwischenfazit .....	183
<b>Kapitel 4. Abschliessende Betrachtung.....</b>	<b>184</b>
<b>Teil 4: Vorbereitende medizinische Massnahmen .....</b>	<b>187</b>
<b>Kapitel 1. Einführung.....</b>	<b>189</b>
<b>Kapitel 2. Rechtliche Grundlagen zu den vorbereitenden     medizinischen Massnahmen .....</b>	<b>189</b>
I. Einführung .....	189
II. Rechtslage vor der Revision.....	189
III. Aktuelle Rechtslage .....	194
1. Einführung.....	194
2. Einwilligung in vorbereitende medizinische Massnahmen .....	194
3. Urteilsunfähige Patientinnen und vorbereitende medizinische Massnahmen.....	195
4. Anhörigengespräche für das Ergreifen von vorbereitenden medizinischen Massnahmen.....	198
5. Vorbereitende medizinische Massnahmen ohne Zustimmung .....	199
<b>Kapitel 3. Rechtsethischer Diskurs .....</b>	<b>200</b>
<b>Kapitel 4. Medizinische Grundlagen.....</b>	<b>203</b>

<b>Kapitel 5. Strafrechtliche Aspekte.....</b>	<b>205</b>
I. Straftatbestand (Art. 69 Abs. 1 lit. d TxG).....	205
1. Vorbemerkungen.....	205
2. Objektiver Tatbestand.....	205
2.1 Täterkreis.....	205
2.2 Tatobjekt.....	205
2.3 Geschütztes Rechtsgut.....	206
2.4 Tathandlung.....	206
a. Tathandlung im Allgemeinen.....	206
b. Strafbare Vortat zu Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG.....	208
3. Subjektiver Tatbestand.....	209
4. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	210
5. Mehrere Tatbeteiligte.....	210
6. Konkurrenzen.....	210
II. Strafrechtliche Qualifikation des Behandlungsabbruchs bei DCD-Spendern.....	211
1. Vorbemerkung.....	211
2. Rechtliche Qualifikation des Behandlungsabbruchs.....	212
3. Behandlungsabbruch bei DCD-Spendern der Maastricht-Kategorie 3.....	219
<b>Kapitel 6. Abschliessende Betrachtung.....</b>	<b>220</b>
<b>Teil 5: Das Organhandelsverbot / Unentgeltlichkeit der Organspende.....</b>	<b>223</b>
<b>Kapitel 1. Einführung.....</b>	<b>225</b>
<b>Kapitel 2. Ausgangslage.....</b>	<b>225</b>
<b>Kapitel 3. Historischer Kontext.....</b>	<b>228</b>
<b>Kapitel 4. Abgrenzung Unentgeltlichkeit der Organspende und Organhandelsverbot.....</b>	<b>229</b>
I. Abgrenzung gemäss TxG.....	229
II. Abgrenzung gemäss BV.....	230
<b>Kapitel 5. Anreizsysteme für die Organspende.....</b>	<b>230</b>
I. Einführung.....	230

II.	Nicht monetäre Modelle.....	231
1.	Einführung.....	231
2.	Vorsorgeprinzip.....	231
3.	Zuteilungspriorität für Lebendspender .....	232
4.	«Pool-Cross-over Transplantation» .....	232
III.	Indirekt finanzielle Modelle .....	233
1.	Einführung.....	233
2.	Verbilligung der Krankenkassenprämien .....	233
3.	Steuererleichterungen.....	233
4.	Beteiligungen an den Bestattungskosten .....	234
IV.	Direkt monetäre Modelle .....	234
1.	Einführung.....	234
2.	«Futures Market» .....	234
3.	Regulierter Organmarkt.....	235
V.	Würdigung .....	235
<b>Kapitel 6. Diskurs um die zwingende Unentgeltlichkeit bzw. das Handelsverbot.....</b>		<b>237</b>
I.	Einführung .....	237
II.	Argumente pro Unentgeltlichkeit der Organspende .....	237
1.	Menschenwürde .....	237
2.	Freiwilligkeit der Spende .....	238
3.	Schutz des Lebens und Unversehrtheit des Empfängers und des Spenders.....	239
III.	Argumente contra Unentgeltlichkeit der Organspende .....	240
1.	Erhöhung der verfügbaren Organe für Transplantationen.....	240
2.	Freie Entscheidung / Soziale Besserstellung für Spender.....	240
3.	Keine Schuldgefühle des Organempfängers.....	242
IV.	Kritische Würdigung.....	242
<b>Kapitel 7. Unentgeltlichkeit der Spende .....</b>		<b>243</b>
I.	Einführung .....	243
II.	Grundsatz der Unentgeltlichkeit.....	243
III.	Der Straftatbestand Kommerzialisierungsverbot.....	245
1.	Einführung.....	245
2.	Objektiver Tatbestand .....	245

2.1 Täterkreis.....	245
a. Einführung.....	245
b. Vorteils- / Gewinngewährung.....	245
c. Vorteils- / Gewinnentgegennahme.....	245
2.2 Tatobjekt.....	246
2.3 Geschütztes Rechtsgut.....	246
2.4 Tatmittel.....	248
a. Einführung.....	248
b. Vorteil.....	249
c. Finanzieller Gewinn.....	250
2.5 Tathandlung.....	250
a. Einführung.....	250
b. Gewährung.....	251
c. Entgegennehmen.....	251
d. Spenden.....	251
e. Ausnahmetatbestände (Art. 6 Abs. 2 TxG).....	252
3. Subjektiver Tatbestand.....	255
4. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	255
4.1 Rechtfertigender Notstand.....	255
4.2 Einwilligung.....	256
5. Mehrere Tatbeteiligte.....	257
5.1 Mehrere Tatbeteiligte bei der Vorteils- / Gewinngewährung.....	257
5.2 Mehrere Tatbeteiligte bei der Vorteils- / Gewinnannahme.....	257
5.3 Strafbarkeit des Spitaldirektors.....	257
6. Konkurrenzen.....	257
6.1 Einführung.....	257
6.2 Zur Organentnahme ohne Einwilligung (Art. 69 Abs.1 lit. c TxG).....	258
6.3 Zur Verunehrung des Leichnams (Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).....	258
<b>Kapitel 8. Handelsverbot.....</b>	<b>258</b>
I. Ausgangslage.....	258
II. Straftatbestand Organhandelsverbot.....	261
1. Einführung.....	261
2. Objektiver Tatbestand.....	261
2.1 Täterkreis.....	261
a. Tatvariante 1, Handel in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland (Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG).....	261

b. Tatvariante 2, Entnahme oder Transplantation von Organen, Gewebe oder Zellen gegen Entgelt oder eines Vorteils (Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG) .....	262
2.2 Tatobjekt.....	263
2.3 Tatmittel .....	263
2.4 Geschütztes Rechtsgut.....	263
2.5 Tathandlung.....	264
a. Einführung .....	264
b. Tatvariante 1, Handel in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland (Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG) .....	264
c. Tatvariante 2, Entnahme oder Transplantation von Organen, Gewebe oder Zellen (Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG) .....	265
d. Ausschlussstatbestände (Abs. 2).....	266
3. Subjektiver Tatbestand .....	266
4. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	266
5. Mehrere Tatbeteiligte .....	266
5.1 Tatvariante 1, Handel in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland (Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG).....	266
5.2 Tatvariante 2, Entnahme oder Transplantation von Organen, Gewebe oder Zellen (Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG).....	267
5.3 Strafbarkeit des Spitaldirektors .....	267
6. Konkurrenzen .....	267
6.1 Einführung.....	267
6.2 Zur Organentnahme ohne Einwilligung (Art. 69 Abs. 1 lit. c TxG) ...	267
6.3 Verunehrungstatbestand (Art. 262 Ziff. 1 Abs. 3 StGB) .....	268
6.4 Zum Kommerzialisierungsverbot (Art. 69 Abs. 1 lit. a TxG).....	269
a. Tatvariante 1, Handel in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland (Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG) .....	269
b. Tatvariante 2, Entnahme oder Transplantation von Organen, Gewebe oder Zellen (Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG) .....	269
<b>Kapitel 9. Abschliessende Betrachtung.....</b>	<b>269</b>
<b>Zusammenfassende Schlussbetrachtung .....</b>	<b>271</b>