

Gewebe- und Organtransplantation – Verfehlte und praxisferne Regelungen im Transplantationsgesetz

I. Einleitung

Durch das 1997 in Deutschland in Kraft getretene »Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen« (TPG) wurde der Bereich der Organ- und Gewebetransplantation gesetzlich kodifiziert. Nach langer Entwicklung, mit zahlreichen nicht durchgeführten Gesetzgebungsvorhaben¹, wurde zunächst die eingetretene Rechtsklarheit gelobt und das TPG zu den wichtigsten rechts- und gesundheitspolitischen Reformvorhaben der Nachkriegszeit gezählt². Ein wesentliches Motiv für den Gesetzgeber zur Verabschiedung des TPG bestand darin, einen Handlungsrahmen für Organtransplantationen festzulegen und hierdurch sowohl für den Organempfänger als auch für den Organspender umfassende Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zum anderen sollte auch für die an einer Transplantation beteiligten Ärzte eine Grundlage geschaffen werden, auf der sie ihre Entscheidungen absichern können. Das neue Gesetz sollte entscheidend dazu beitragen, das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtmäßigkeit der Transplantationsmedizin und die damit zusammenhängenden Verfahren zu stärken und weiterzuentwickeln, um die stetig zurückgehende Spendenbereitschaft in der deutschen Bevölkerung zu überwinden. Des Weiteren befürchtete man Schwierigkeiten bei der innereuropäischen Organverteilungsgerechtigkeit, da die deutschen Transplantationszentren über die Stiftung Eurotransplant in den Niederlanden (Leiden) deutlich mehr Organe aus den Nachbarländern erhielten als zur Verfügung stellten³. Zudem waren diverse Strafbarkeitslücken deutlich geworden, die mit Hilfe des Gesetzes umfassend geschlossen werden sollten⁴.

In Nichtannahmebeschlüssen hat das Bundesverfassungsgericht Bedenken der Beschwerdeführer gegen das TPG, insbesondere wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG, gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG, gegen das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus

1 Nickel, Verfassungsrechtliche Probleme der Transplantationsgesetzgebung am Beispiel des Gesetzesbeschlusses des rheinland-pfälzischen Landtags, MedR 1995, 139 ff.; Weber/Lejeune, Rechtliche Probleme des rheinland-pfälzischen Transplantationsgesetzes, NJW 1994, 2392 ff.

2 Deutsch, Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997, NJW 1998, 777 ff.; Heuer/Conrads, Aktueller Stand der Transplantationsgesetzgebung 1997, MedR 1997, 195 ff.; König, Das strafbewehrte Verbot des Organhandels, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht – Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht 2001, S. 291; König, Strafbarer Organhandel 1999, S. 15; Schreiber, Der Gesetzestext mit Stellungnahmen von Experten und Betroffenen von der Deutschen Stiftung Organtransplantation, 20 – 23.

3 BT-Drs. 13/4355, S. 10; Uhlenbruck/Ulsenheimer, Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 131 Rn. 1.

4 Heuer/Conrads, a.a.O., 196.

Art. 2 II 1 GG, gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG, gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG, gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG, gegen das Gebot schuldangemessenen Strafers und gegen das Übermaßverbot zurückgewiesen⁵.

Inzwischen mehren sich zunehmend kritische Stimmen mit unterschiedlichen Kritikpunkten zu dem Gesetz in seiner derzeitigen Fassung⁶. Bei der Gesetzesanwendung treten Probleme auf, die der Gesetzgeber nicht beachtet bzw. nicht gelöst hat. Im Rahmen dieses Beitrags werden verschiedene Problemfelder angesprochen, die sich in der rechtsmedizinischen Praxis, insbesondere bei der Gewebetransplantation, aufgezeigt haben, Gegenstand aktueller gerichtlicher Entscheidungen waren und kritisch in der medizinrechtlichen Literatur erörtert wurden. Dabei ist es vom Umfang dieser Darstellung her nicht möglich, alle Kritikpunkte erschöpfend zu behandeln, so dass der Fokus auf die umstrittene Einbeziehung der Gewebe in das TPG, die unklare gesetzliche Ausgestaltung der Auskunftspflichten von Behörden, die Beschränkung des Empfängerkreises bei der Lebendspende nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts⁷, Probleme bei der strafrechtlichen Ausgestaltung im TPG und die mitunter zu restriktive Entkommerzialisierung im Bereich der Organ- und Gewebespende gerichtet wird.

II. Problematische Einbeziehung des undurchbluteten Gewebes in den Anwendungsbereich des TPG

Das TPG folgt einem weiten Organbegriff, der fast alle Körperteile des lebenden oder toten Spenders umfasst. Auf eine Differenzierung zwischen durchbluteten (parenchymatösen) Organen und undurchbluteten Geweben wurde somit verzichtet. Die Einbeziehung der undurchbluteten Gewebe in den Anwendungsbereich des TPG stellt die

⁵ BVerfG, NJW 1999, 3399 ff.; 3403 f.

⁶ Vgl. u. a. Dettmeyer/Makea, Die postmortale Gewebeentnahme für Transplantationszwecke – Gesetzeslage und Rechtsprechung, Rechtsmedizin 2002, 365 ff.; Gutmann, Probleme der gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, MedR 1997, 147 ff.; Gutmann, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, NJW 1999, 3387 ff.; Gutmann/Fateh-Moghadam, Rechtsfragen der Organverteilung, NJW 2002, 3365; Heger, JZ 1998, 506 mit Kritik zur Ausgestaltung des § 19 III TPG; Henze/Parzeller, Aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung zur Strafbarkeit des Organ- und Gewebehandels, Rechtsmedizin 2004, 369 f.; Höfling (Hrsg./Höfling/Rixen/in der Schmitt, Transplantationsgesetz, 2002; König, in: Roxin/Schroth, Medizinrecht 2000, S. 265 ff.; Kühn, Das neue deutsche Transplantationsgesetz, MedR 1998, 455 ff.; Parzeller/Bratzke, Rechtsverhältnisse am menschlichen Körper unter besonderer Berücksichtigung einer Kommerzialisierung der Organ- und Gewebetransplantation, Rechtsmedizin 2003, 357 ff.; Parzeller/Bratzke, Mögliche strafrechtliche Konsequenzen bei Organ- oder Gewebehandeln, Sporthorthopädie-Sporttraumatologie 2003, 228 ff.; Parzeller/Rothschild/Bratzke, Rechtsmedizin 2004, 258 ff.; Püschel/Tomforde, Praxis der Gewebeexplantation in der Rechtsmedizin, Rechtsmedizin 2003, 365 ff.; Schroth, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1149 ff.; Schroth, Erwiderung auf Heger, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1998, 506 f.; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, 1999, StGB, § 168 Rn. 4 b.

⁷ BSG, 10.12.2003, Az: B 9 VS 1/01 R.

rechtsmedizinische Praxis vor große organisatorische Schwierigkeiten, die nachfolgend u. a. an der Todesfeststellung und den Auskunftspflichten von Behörden gemäß § 7 TPG dargestellt werden.

1. Gewebe- und Organbegriff des TPG

Organe im Sinne des TPG sind gemäß der Legaldefinition in § 1 I S.1 TPG menschliche Organe, Organteile und Gewebe. Der Begriff Organ bezeichnet eine aus Zellen und Geweben zusammengesetzte Körpereinheit mit einer spezifischen Funktion⁸. Beispiele hierfür sind Bauchspeicheldrüse, Darm, Herz, Leber, Lunge und Niere (durchblutete/parenchymatöse Organe). Unter einem Organteil versteht man aus dem Organverband abtrennbare Bestandteile. Beispielhaft sind in diesem Zusammenhang Lebersegmente oder Lungenlappen zu nennen⁹. Als Gewebe wird ein Verband von Zellen mit gleichartiger Differenzierung bezeichnet¹⁰. Hierunter fallen nach der Gesetzesbegründung unter anderem Gehörknöchelchen, Augenhornhaut (Cornea), harte Hirnhaut (Dura mater), Knochen, Knorpel und Sehngewebe (undurchblutete Organe)¹¹. Aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes nach § 1 II TPG ausgenommen, sind Blut und Knochenmark sowie embryonale und fetale Gewebe. Unter den Organ- bzw. Gewebebegriff fallen auch nicht Gene und andere DNA-Teile, einzelne Zellen, vor allem Ei- und Samenzelle, künstliche Produkte, z.B. Herzschrittmacher, gezüchtete Hautpräparate, tierische Organe sowie abgestoßene oder ausgefallene Körpersubstanzen, namentlich Haare, Fuß- und Fingernägel sowie Zähne¹².

Die Ausdehnung des Organbegriffs hat für die Explantation nicht durchbluteter Organe in der Rechtsmedizin, etwa der Gehörknöchelchen oder der Augenhornhaut, gravierende Konsequenzen. Gewebsentnahmen von toten Spendern wurden vor dem In-Kraft-Treten des TPG als tatbestandslos bzw. nicht rechtswidrig gewertet¹³. Während vor Erlass des TPG eine Entnahme dieser Gewebe, im Gegensatz zu den durchbluteten Organen auch unter Annahme einer mutmaßlichen Zustimmung oder auch aus Gründen der Sozialadäquanz erfolgen konnte, ist mit Geltung des TPG für eine Explantation die Zustimmung des Spenders bzw. seiner Angehörigen zwingende Voraussetzung¹⁴. Als sozialadäquat galten solche unerheblichen Eingriffe in den Leichnam, die nur zu geringfügigen Substanzverletzungen führten. Die Sozialadäquanz der

8 Psyhyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 259. Auflage 2002, Stichwort: Organ.

9 Parzeller, *Sporthorthopädie-Sporttraumatologie*, S. 228; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, *Kommentar zum Transplantationsgesetz*, 2001, § 1 Rn. 1.

10 Psyhyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, Stichwort: Gewebe.

11 BT-Drs. 13/4355, S. 16, 19.

12 BT-Drs. 13/4355, S. 16.; Parzeller/Bratzke, *Rechtsmedizin*, S. 357 f.; Rixen, in: Höfling, a.a.O., 2003, § 1 Rn. 15, 16; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 1 Rn. 1.

13 Deutsch, *Die rechtliche Seite der Transplantation*, ZRP 1982, 174 (175); Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Aufl. 2003, Rn. 305; a. A. KG NJW 1990, 782 ff.; Kopp, *Die Strafbarkeit der Entnahme von Leichenteilen, dargestellt am Beispiel von Gehörknöchelchen (Ossicula) und Augenhornhäuten (Cornea)*, MedR 1997, 544 ff.

14 Deutsch, NJW 1998, S. 778, Deutsch, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht, Transfusionsrecht*, 5. Auflage 2003, Rn. 623.

Entnahme von geringfügigen Gewebemengen, z. B. Knochenmaterial, harter Hirnhaut oder Augenhornhaut, wurde im medizinrechtlichen Schrifttum überwiegend befürwortet¹⁵. Durch den Erlass des TPG wird die Entnahme auch nur von geringen Gewebemengen unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz oder der Annahme der mutmaßlichen Einwilligung des Verstorbenen für nicht mehr zulässig erachtet¹⁶. Die uferlose Einbeziehung aller menschlicher Gewebe in den Anwendungsbereich des TPG wurde einerseits als bedenklich eingestuft¹⁷, andererseits aber im Hinblick auf den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des toten Gewebespenders begrüßt und gefordert¹⁸.

Vom Organ- und Gewebebegriff des TPG ist zunächst auch deren entgeltliche Abgabe an die pharmazeutische Industrie zum Zweck der Herstellung von Arzneimitteln umfasst. Eine praktisch bedeutsame Regelung für Gewebe erfolgt allerdings durch die Arzneimittelklausel in § 17 I S.2 Nr.2 TPG. Das Organhandelsverbot gilt danach nicht für Arzneimittel, die aus oder unter Verwendung von Organen hergestellt werden und den Vorschriften des AMG über die Zulassung und Registrierung unterliegen bzw. von der Zulassung oder Registrierung freigestellt sind. Arzneimittel sind nach der Legaldefinition in § 2 I Nr. 1 AMG Stoffe, zu denen gemäß § 3 Nr. 3 AMG auch menschliche Körperteile gehören können. Die Arzneimittelklausel gilt beispielsweise für den Verkauf von Präparaten aus harter Hirnhaut und Oberflächenhaut sowie für Knochenpräparate¹⁹. Durch die Herausnahme dieser speziellen Arzneimittel soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bestimmte menschliche Gewebe als zugelassene Arzneimittel nach den Vorschriften des AMG in den Verkehr gebracht und entgeltlich abgegeben werden dürfen. Entgelte für derartige Arzneimittel sind daher kein verbotenes Handeltreiben²⁰. Des Weiteren sollte verhindert werden, dass das Organhandelsverbot den Therapeutika die Grundlage entzieht, die Organe sind oder die aus Körpersubstanzen hergestellt werden und die für die Versorgung der Bevölkerung weiterhin unverzichtbar sind²¹. Ausdrücklich aus dem Arzneimittelbegriff ausgenommen sind nach § 2 III Nr. 8 AMG i.V.m. § 9 S.1 TPG die so genannten vermittlungspflichtigen Organe Herz, Niere, Leber, Lunge, Bauchspeicheldrüse und Darm sowie die nicht vermittlungspflichtige Augenhornhaut²². Die Verbote des § 17 TPG gelten zudem nur für Organe und Gewebe, die einer Heilbehandlung zu dienen bestimmt sind. Im Sinn der Gesetzesmaterialien ist dies der Fall, wenn das Organ zu Heilzwecken, also zur Wiederherstellung oder Erhaltung des körperlichen Wohls, auf

15 Deutsch, Medizinrecht, Rn. 507; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rn. 279; Deutsch, Allg. HaftungsR, Rn. 291; a. A. Kopp, a. a. O.

16 Clement, Transplantation, in: Rieger (Hrsg.): Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl. 2001, Rn. 12 allerdings zu weitgehend, wenn er auch die Gewebeentnahme zu wissenschaftlichen Zwecken, die nicht zu Transplantationszwecken im Sinne des TPG dienen, einbezieht.

17 Dettmeyer/Madea, a. a. O. 2002, 368; Deutsch, a. a. O., 777; Deutsch, Zum geplanten strafrechtlichen Verbot des Organhandels, ZRP 1994, 179 (180).

18 Kopp, a. a. O., S. 544; Vultejus, Der Mensch ad cadaver, ZRP 1993, S. 435 (436, 438).

19 BT-Drs. 13/4355, S. 30.

20 Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 17 Rn. 10.

21 BT-Drs. 13/4355, S. 30; Rixen, a. a. O., § 17, Rn. 34; König, a. a. O., S. 142.

22 a. A. Rixen, a. a. O., § 17, Rn. 34.

einen anderen Menschen übertragen werden soll. Organe, mit denen Zwecke außerhalb einer Heilbehandlung verfolgt werden, beispielsweise solche der industriellen oder wissenschaftlichen Forschung oder auch der Kosmetik, werden vom Organhandelsverbot nicht erfasst²³. Ein Handel mit Organen zu anderen als Heilzwecken ist somit nicht strafbar.

2. Todesdefinitionen und Todesfeststellungen im Rahmen der Gewebespende

In § 5 TPG werden verfahrensrechtliche Anforderungen für den Nachweis der in § 3 TPG zugrunde gelegten Voraussetzungen zur Feststellung des Todes und zur Feststellung des Ausfalls der Gesamtfunktion des Großhirns, Kleinhirns und Hirnstamms als Zulässigkeitskriterium der Organ- und Gewebeentnahme festgelegt. Ob das Transplantationsgesetz eine juristische Definition des Todes vorschreibt, ist umstritten, da weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung zur Aufhellung beitragen²⁴. Das Gesetz enthält an keiner Stelle den Begriff des Gesamthirntodes als Definition des Individualtodes, sondern beschreibt in § 3 I Nr.2 TPG lediglich den nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, Kleinhirns und Hirnstamms als eine Zulässigkeitsvoraussetzung zur Organentnahme. In dem in § 5 TPG geregelten Nachweisverfahren des Todes wird ferner auf den über drei Stunden andauernden nicht behebbaren Stillstand von Herz und Kreislauf als weiteres Kriterium abgestellt. Eine eindeutige und klare Gleichsetzung von »Gesamthirntod = Individualtod« wird im Gesetzeswortlaut vermieden. Deshalb wird der Gesetzeswortlaut im Hinblick auf eine gesetzgeberische Festlegung auf eine oder mehrere Definitionen des Todes auch unterschiedlich interpretiert. Durch Auslegung des § 3 II Nr. 2 TPG wird von einer gesetzlichen Festschreibung einer juristischen Todesdefinition in Form des Hirntodes ausgegangen²⁵. Nach anderer Auffassung lässt der Gesetzeswortlaut die Gleichbehandlung von Hirntod und Herz-Kreislauf-Tod als Todesdefinitionen zu²⁶. Ebenfalls wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber eine definitive Fixierung eines Todeszeitpunkts nicht durchgeführt, sondern lediglich Zulässigkeitskriterien für eine Organ- und Gewebeentnahme aufgestellt hat²⁷.

Von der Definition des Todes als Zeitpunkt im Sterbeprozess sind dessen Feststellungskriterien und Feststellungsverfahren zu unterscheiden. Das Nachweisverfahren in § 5 TPG sieht eine dreifache Unabhängigkeit in sachlicher und personeller Hinsicht

23 BT-Drs. 13/4355, S. 29.

24 Herrig, Die Gewebetransplantation nach dem Transplantationsgesetz 2002, S. 85 Fn. 320.

25 Imbach, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht 2000, S. 189; Kintzi, Transplantationsgesetz in Kraft – Hirntod als Voraussetzung für Organentnahme – »erweiterte Zustimmungslösung«, DRiZ 1997, 499; Laufs, Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, 1750 (1754); Wallrabenstein, Verfassungsrechtliche Fragen der Organexplantation, JA 1999, 128.

26 Deutsch, Medizinrecht, Rn. 504; Wolf, in: Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2004 § 5 Rn. 24.

27 Erman/Schlüter, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1922 Rn. 2 (mit Skepsis durch die Übertragung der Festlegung der Kriterien an die Bundesärztekammer); Otto, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2002, § 2 Rn. 10.

vor. Der den Hirntod feststellende Arzt darf nicht an dem Ex- und Transplantationsverfahren beteiligt sein, nicht den Weisungen eines Arztes unterstehen, der an diesen Maßnahmen beteiligt ist und muss seine Untersuchung unabhängig von der Untersuchung des zweiten qualifizierten Arztes treffen, um etwaige Fehlbeurteilungen, insbesondere beim Nachweis des Gesamthirntods für eine Organentnahme unter intensivmedizinischen Bedingungen auszuschließen²⁸. Die Regelungen sollen die Unabhängigkeit der für die Feststellung des Todes nach § 3 I Nr.2 TPG und des Hirntodes nach § 3 II Nr.2 TPG verantwortlichen Ärzten gegenüber den transplantierenden Ärzten gewährleisten und Interessenkonflikte verhindern²⁹. In der Gesetzesbegründung zu § 6 TPG wird auf das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen hingewiesen, das sich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des an der Schwelle zum Hirntod stehenden Patienten unmittelbar anschließt. Aus dem Kontext der Gesetzesbegründung und § 1 TPG ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht nur den reinen Explantationsvorgang, sondern sämtliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der Organspende umfasst sieht³⁰. Als Maßnahmen gelten nach dem Anwendungsbereich des § 1 I 1 TPG nicht nur die eigentliche Explantation und Transplantation, sondern auch die Vor- und Nachbereitung, die nach § 6 I TPG unter Achtung der Würde des Organspenders in einer der ärztlichen Sorgfaltspflicht entsprechenden Weise durchzuführen sind³¹.

§ 5 I S.2 TPG bezieht sich auf den Nachweis des nicht behebbareren Stillstands von Herz und Kreislauf gemäß § 3 I Nr.2 TPG. Für die Feststellung des Todes soll in diesen Fällen die Untersuchung durch einen gemäß § 5 II TPG unabhängigen Arzt genügen, sofern seit dem Stillstand von Herz und Kreislauf mehr als drei Stunden vergangen sind. § 5 I S.2 TPG bezieht sich somit auf Gewebe, also diejenigen vom Anwendungsbereich des § 1 I TPG ausdrücklich erfassten Organe, die nicht zwangsläufig einem noch intensivmedizinisch versorgten, hirntoten Patienten entnommen werden müssen. Anders als die parenchymatösen Organe sind Gewebe prinzipiell auch noch Stunden, teilweise sogar Tage, nach Stillstand von Herz und Kreislauf zu Transplantationszwecken geeignet (z. B. Augenhornhaut, Gehörknöchelchen, Kno-

28 BT-Drs. 13/4355, S. 19.

29 BT-Drs. 13/4355, S. 19.

30 BT-Drs. 13/4355, S. 19: »Unter diesem Gebot stehen auch alle Maßnahmen zur Organentnahme«. Durch den durch das Wort »auch« betonten Einschluss der Organentnahme resultiert die zwangsläufige Einbeziehung der anderen Maßnahmen auch ohne ausdrückliche Betonung in der Begründung zu § 6 I TPG. BT-Drs. 13/4355, S. 16: »Die Vorschrift stellt klar, daß zum Anwendungsbereich des Gesetzes auch die Vorbereitungsmaßnahmen für Eingriffe zur Organentnahme und –übertragung, einschließlich aller nach den §§ 9 bis 11 zur Organentnahme, –vermittlung und –übertragung erforderlichen Maßnahmen gehören. Darunter fallen z. B. die Feststellung des Todes, die Klärung der Zulässigkeit einer Organentnahme, die intensiv-medizinischen Maßnahmen zur künstlichen Aufrechterhaltung der Atmungs- und Kreislauffunktion, die Organisation der Organentnahme, die erforderlichen klinischen und laborchemischen Untersuchungen zur Eignung des Organspenders und der entnommenen Organe sowie die Konservierung und Beförderung der Organe zu denjenigen Transplantationszentren, in denen sie auf die durch Entscheidung der Vermittlungsstelle bestimmten Empfänger übertragen werden sollen.«.

31 Rixen, in: Höfling (Hrsg.), a. a. O., § 6 Rn. 2; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 6 Rn. 3.

chen, harte Hirnhaut, äußere Haut, Faszien)³². Durch das Erfordernis eines mehr als dreistündigen Herz-Kreislauf-Stillstands erteilt der deutsche Gesetzgeber Organ- und Gewebeentnahmen bei so genannten »non-heart-beating-donors«³³, wie sie teilweise im Ausland durchgeführt werden³⁴, eine strikte Absage³⁵.

Obgleich der Hirntod infolge der äußeren Todesmerkmale für den leichenschauenden Arzt oder den Rechtsmediziner bereits offensichtlich ist, stellen sich durch das TPG bei der indirekten Hirntodfeststellung die Fragen nach der Anzahl der feststellenden Ärzte, deren Qualifikation und Unabhängigkeit. Es ist aber äußerst fraglich, ob beim Vorliegen äußerer Todeszeichen (Totenflecken [Livores], Totenstarre [Rigor mortis] und/oder Fäulnis oder eine mit dem Leben nicht zu vereinbarende Zerstörung des Körpers) dennoch der Gesamthirntod gemäß § 5 I S.1 TPG durch zwei Ärzte festgestellt werden muss. Haben Herz und Kreislauf mehr als drei Stunden ausgesetzt, so sind grundsätzlich bereits äußere sichere Todeszeichen eingetreten, durch die der Hirntod ebenso wie der klinische Tod durch Herz-Kreislaufstillstand und Stillstand der Atmung indirekt nachgewiesen werden kann. Beim Vorliegen sicherer Todeszeichen ist der Tod, unabhängig von der zugrunde liegenden Ursache oder der Frage, ob zuerst der klinische Tod und anschließend der Gesamthirntod oder vice versa eingetreten ist, sowohl sicher eingetreten als auch sicher festzustellen. Der quasi indirekte Nachweis des Hirntodes durch die äußere Leichenschau darf aber nicht mit der inneren Leichenschau verwechselt werden. Bei der inneren Leichenschau erfolgt eine Sektion des Leichnams zur Klärung der Todesart und -ursache. Bei der in Deutschland nach landesgesetzlichen Vorschriften vorgeschriebenen, ordnungsgemäß durchzuführenden äußeren Leichenschau wird an der entkleideten Leiche der Tod des Menschen durch das Vorliegen eines sicheren Todeszeichens eindeutig bestätigt. Wer die Richtigkeit dieser Nachweismethodik bezweifelt, leistet einer nicht sachgemäßen und irrationalen Scheintoddebatte des vorletzten Jahrhunderts Vorschub, auch wenn heute in sehr seltenen Ausnahmefällen noch lebende Menschen für tot erklärt werden³⁶. Im Gegensatz zur Organentnahme beim hirntoten, aber nicht klinisch toten Patienten, wird die rechtsmedizinische Gewebeentnahme bei einem Leichnam durchgeführt, der sowohl hirntot- als auch klinisch tot ist³⁷.

32 Herrig, a. a. O., S. 72; Püschel/Tomforde, a. a. O., 365 ff.

33 Dabei werden unheilbar erkrankte, künstlich beatmete, nicht hirntote Patienten, bei denen auf eigenen Wunsch bzw. auf den der Angehörigen die Beatmung als lebensverlängernde Maßnahme abgebrochen wird, bereits bei nicht sicher irreversiblen Herzstillstand für tot erklärt und ihnen nur wenige Minuten nach einem evtl. noch behebbaren Herzversagen lebenswichtige Organe entnommen.

34 Capron, Brain Death – Well Settled yet Still Unresolved, *New Engl J Med* 2001, S. 1244 ff.

35 BT-Drs. 13/4355, S. 19; Vilmar/Brandt/Hanrath/Haverich, Organentnahme nach Herzstillstand (»Non heart-beating-donor«), *Dt Ärztebl.* 1998, A-3235:

36 Schäfer, Scheintod – Auf den Spuren alter Ängste, 1994, m. w. N.

37 Die Organentnahme durchbluteter Organe wird überwiegend bei totem Gehirn, lebendigem hirntoten Körper (intensivmedizinische Aufrechterhaltung der Funktion von Herz-Kreislauf und Atmung) und zellulärer Lebendigkeit des durchbluteten Organs durchgeführt, während die rechtsmedizinische Gewebeentnahme bei totem Gehirn, totem Körper (irreversibler Stillstand von Herz, Kreislauf und Atmung) und zellulärer Lebendigkeit des nicht durchbluteten Gewebes erfolgt.

Der rechtsmedizinischen Klarheit bei der Todesfeststellung stehen jedoch die Regelungen des TPG entgegen. Voraussetzung für eine Organentnahme ist gemäß § 3 I Nr.2 TPG einerseits die Feststellung des Todes, andererseits die Feststellung des Hirntodes nach § 3 II Nr.2 TPG. Aus einer systematischen Auslegung folgt, dass es sich dabei um zwei voneinander unabhängige Feststellungen handelt. Der Gesetzgeber geht in den §§ 5 I, 16 I S.1 Nr.1 TPG, die ihrerseits Bezug auf § 3 I Nr.2 bzw. § 3 II Nr.2 TPG nehmen, ebenfalls von zwei verschiedenen Feststellungen aus. Diese Einschätzung wird auch durch die Entstehungsgeschichte des TPG bestätigt. Danach soll die Feststellung des Gesamthirntodes gemäß § 3 II Nr.2 unabhängig von den Regeln zur Feststellung des Todes nach § 3 I Nr.2 TPG gelten³⁸. Dem Wortlaut des § 5 I S.2 TPG zufolge gilt die Regelung, wonach nach Ablauf von drei Stunden nach dem nicht behebbaren Herz-Kreislauf-Versagen die Feststellung durch einen Arzt ausreichend ist, ausdrücklich nur für die Feststellung des Todes nach § 3 I Nr.2 TPG. Ungeachtet dessen ist die Feststellung des Gesamthirntodes gemäß § 3 II Nr. 2 TPG dagegen in jedem Fall durch zwei Ärzte zu treffen, auch wenn sichere äußere Todeszeichen vorliegen³⁹. In den Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer wird »als verpflichtende Entscheidungsgrundlage für den Arzt, der die unteilbare Verantwortung für die Feststellung des Hirntodes trägt«, festgelegt, dass »auch der indirekte Nachweis des Hirntodes durch äußere sichere Todeszeichen von zwei Ärzten bestätigt werden muss«⁴⁰.

An die Ärzte, die den Hirntod direkt oder indirekt feststellen, werden unterschiedliche Qualitätsanforderungen gestellt. Der Gesetzgeber sieht für die Todesfeststellung gemäß § 5 I S. 1 TPG eine besondere Qualifizierung vor, deren Konkretisierung er der Bundesärztekammer gemäß § 16 I Nr. 1 TPG überlassen hat⁴¹. Die Richtlinien sehen für den direkten Nachweis des Hirntodes eine mehrjährige Erfahrung in der Intensivbehandlung von Patienten mit schweren Hirnschädigungen und für den indirekten Nachweis lediglich die Approbation des Arztes vor⁴². Die Ausbildung zum Arzt, teil-

38 BT-Drs. 13/8027, S. 8.

39 Dettmeyer, *Medizin & Recht für Ärzte*, 2001, S. 245; Eser, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 21. Aufl. 2001, §§ 211 ff. Vorbem Rn. 20; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 5 Rn. 5.

40 Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, *Richtlinien zur Feststellung des Hirntods*, Dritte Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG), Dt Ärztebl 1998 A 1861 (1865); höchst fraglich, aber im Rahmen dieser Arbeit nicht zu vertiefen, ob allein die Befassung des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer zur Erstellung der Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes und deren Bekanntmachung einerseits dem Parlamentsvorbehalts und den Wesentlichkeitsgrundsätzen entspricht und andererseits das gesetzlich berufene und besetzte Organ darstellt. Vgl. aber z. B. Haupt, *Hirntodkonzeption und Hirntoddiagnostik aus neurologischer Perspektive*, in: Höfling, a. a. O., Anhang 1 zu § 16 Rn. 31, der in der Richtlinien der Bundesärztekammer eine für jeden Arzt verpflichtende Einschränkung der Handlungsfreiheit sieht.

41 An dieser Stelle kann nicht vertieft werden, ob auch diese Regelung im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt und die Wesentlichkeitsgrundsätze verfassungsgemäß ist. Vgl. auch Darstellung bei Gutmann/Fateh-Moghadam, a.a.O., S. 3369 zur Verfassungsmäßigkeit der Organallokation und deren Verweis auf die »Facharzt-Entscheidung« in Fn. 54.

42 Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, a. a. O. A-1864; a. A. wohl Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 5 Rn. 6, die ohne Differenzierung eine mehrjährige

weise auch die Approbation des Arztes, sind die einzige Voraussetzung, um zur Todesfeststellung im Leichenschauschein berechtigt zu sein⁴³. Nach den entsprechenden Landesgesetzen ist vor jeder Bestattung eines Verstorbenen eine sorgfältige äußere Leichenschau von einem Arzt vorzunehmen⁴⁴. Dabei gehen die Landesgesetzgeber davon aus, dass alle Ärzte über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen zur Vornahme der äußeren Leichenschau und zur eindeutigen Feststellung des eingetretenen Todes verfügen. Eine Todesfeststellung durch einen »neutralen« mit dem Patienten nicht befassten Leichenschauer konnte sich bisher nicht durchsetzen, obwohl dies gerade z. B. bei einem Verdacht auf einen ärztlichen Behandlungsfehler wünschenswert wäre.

Die Todesfeststellung durch sichere Zeichen des Todes ist eine Voraussetzung für die Beerdigung oder Feuerbestattung. Teilweise wird vor einer Feuerbestattung noch eine zweite amtsärztliche Besichtigung durch einen Amtsarzt für erforderlich gehalten (z. B. in Hessen, nicht aber in Bayern). In der Konsequenz kann dies bedeuten, dass zwar jeder Arzt unabhängig von seiner Erfahrung in der Todesfeststellung einen Verstorbenen für die Bestattung freigeben kann, aber vor einer Gewebeentnahme in der Rechtsmedizin durch das TPG ein nicht praktikabler Formalismus für die Todesfeststellung geschaffen wurde.

An Beispielfällen werden rechtsmedizinisch nicht begründbare unterschiedliche Ergebnisse erläutert, bei denen Todesfeststellungen bei Leichenschauen auf der einen Seite und vor Gewebetransplantationen in Anlehnung an die gesetzliche Trennung zwischen Todesfeststellung und Feststellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Gewebeentnahme auf der anderen Seite gegenübergestellt werden.

Beispiel 1:

Ein Patient verstirbt eines natürlichen Todes. Der Hausarzt stellt nach 20 Minuten Totenflecken als sichere Zeichen des Todes fest und bescheinigt den Tod des Patienten. Dieser Leichenschauschein oder Todesbescheinigung dient dem Standesamt der Beurkundung des Sterbefalles und Ausfertigung der Sterbeurkunde als Voraussetzung der Bestattung. Die Feststellung der Totenflecken durch den Hausarzt reicht als Voraussetzung für die Bestattung aus, ohne dass es einer weiteren Überprüfung bedarf. Eine Gewebeentnahme wäre im Gegensatz zur Bestattung wegen § 5 I S. 2 TPG (noch

Erfahrung in der Intensivbehandlung von Patienten mit schweren Hirnschädigungen fordern; einschränkend Rixen, in: Höfling a. a. O., § 5 Rn. 2 mit der Forderung nach neurologischen und thanatologischen Kenntnissen.

43 Madea/Dettmeyer, Ärztliche Leichenschau und Todesbescheinigung, Dt. Ärztebl. 2003, A-3161 (A-3168); in einzelnen Landesgesetzen ist von einem approbierten Arzt die Rede, in anderen nur von einem Arzt. Man kann den Arztberuf auch ohne Approbation ausüben, weil die Approbation an die deutsche Staatsbürgerschaft gebunden ist. Ausländische Ärzte erhalten die Zulassung zur Ausübung der Heilkunde unter der Bezeichnung Arzt, ohne approbiert zu sein. Auch ein Arzt im Praktikum konnte eine Leichenschau durchführen, obwohl er nicht approbiert war, es sei denn das Landesgesetz forderte die Approbation.

44 Vgl. in diesem Heft: Dettmeyer/Madea, Regelungsdefizite im Leichenschau- und Obduktionsrecht der Bundesrepublik Deutschland, KritV 2004, S. 349 ff..

keine 3 Stunden vergangen) und § 3 II Nr. 2 TPG (fehlende Feststellung des indirekten Hirntodes als Zulässigkeitsvoraussetzung der Explantation) nicht möglich.

Beispiel 2:

Ein Patient verstirbt eines natürlichen Todes und soll feuerbestattet werden. Der Hausarzt stellt nach 20 Minuten Totenflecken als sichere Zeichen des Todes fest und bescheinigt den Tod des Patienten. Bei der amtsärztlichen Besichtigung (z. B. in Bayern gar nicht erforderlich, dann Prozedere wie bei Fall 1) wird nach 2,5 Stunden das Vorliegen von Totenflecken und das Vorhandensein von Totenstarre nach einem natürlichen Tod bestätigt, so dass die Leiche zur Feuerbestattung freigegeben werden kann. Eine Gewebeentnahme wäre im Gegensatz zur Bestattung wegen § 5 I S. 2 TPG (noch keine 3 Stunden vergangen) und § 3 II Nr. 2 TPG (fehlende Feststellung des indirekten Hirntodes als Zulässigkeitsvoraussetzung der Explantation) nicht möglich.

Beispiel 3:

Ein Patient verstirbt eines natürlichen Todes. Er hat verfügt, dass sein Körper der Anatomie zur Verfügung zu stellen ist. Der Hausarzt stellt nach 20 Minuten Totenflecken als sichere Zeichen des Todes fest und bescheinigt den Tod des Patienten. Eine Gewebeentnahme wäre im Gegensatz zur Überführung in die Anatomie (Sektion in der Anatomie unterliegt nicht dem TPG) wegen § 5 I S. 2 TPG (noch keine 3 Stunden vergangen) und § 3 II Nr. 2 TPG (fehlende Feststellung des indirekten Hirntodes als Zulässigkeitsvoraussetzung der Explantation) nicht möglich.

Beispiel 4:

Ein Patient, der nach seinem Spenderausweis für eine Augenhornhautspende zur Verfügung steht, verstirbt eines natürlichen Todes. Der Hausarzt stellt nach 20 Minuten Totenflecken als sichere Zeichen des Todes fest und bescheinigt den Tod des Patienten. Die Gewebeentnahme soll in einem rechtsmedizinischen Institut durchgeführt werden. Eine Gewebeentnahme wäre im Gegensatz zur Sektion wegen § 5 I S. 2 TPG (noch keine 3 Stunden vergangen) und § 3 II Nr. 2 TPG (fehlende Feststellung des indirekten Hirntodes als Zulässigkeitsvoraussetzung der Explantation) nicht möglich. In dem rechtsmedizinischen Institut wird nach 15 Stunden durch dessen Leiter und Facharzt für Rechtsmedizin, der Gewebe entnehmen möchte, erneut der Tod durch das Vorliegen von Totenflecken, Totenstarre und beginnender Fäulnis festgestellt. Eine Gewebeentnahme ist im Gegensatz zu einer Bestattung nicht möglich, da der Leiter durch die geplante Entnahme von Gewebe bei dem Leichnam nicht unabhängig im Sinne von § 5 II S. 1 TPG i. V. m. § 5 I TPG zur Feststellung des Todes ist. Ein Oberarzt und Facharzt für Rechtsmedizin des rechtsmedizinischen Instituts, der nicht an der Gewebeentnahme beteiligt ist, stellt ebenfalls den Tod anhand der vorliegenden sicheren Todeszeichen fest. Eine Gewebeentnahme ist wegen des weiten Maßnahmenbegriffs und der Weisungsbefugnis nach § 5 II S. 2 TPG nicht möglich. Nach den Vorgaben des Gesetzes müsste ein unabhängiger Arzt, egal ob er in der Todesfeststellung versiert ist oder nicht, nun erneut die Todesfeststellung nach § 5 I S. 2 TPG tref-

fen. Da § 5 I S. 2 TPG auf § 3 I Nr. 2 TPG, nicht aber auf das Zulässigkeitskriterium der Hirntodfeststellung für die Gewebeentnahme gemäß § 3 II Nr. 2 TPG trotz des sicher nachgewiesenen Todes verweist, wäre entsprechend der überwiegenden Auffassung noch der indirekte Nachweis des Hirntodes trotz sicherer äußerer Todeszeichen durch zwei unabhängige Ärzte erforderlich⁴⁵.

3. *Auskunftspflichten gemäß § 7 TPG für die rechtsmedizinische Praxis der Gewebeentnahme*

Datenschutzrechtliche Anforderungen genießen auch im TPG einen hohen Stellenwert. Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist in § 14 TPG spezialgesetzlich normiert und Verstöße können nach § 19 TPG sanktioniert werden. § 7 TPG stellt eine sinnvolle Lockerung des Datenschutzes dar, hat aber in der rechtsmedizinischen Praxis aufgrund der Ausgestaltung hat Norm zu erheblichen Schwierigkeiten geführt⁴⁶.

Vor einer Gewebeentnahme ist nach den Bestimmungen des TPG im Rahmen der erweiterten Zustimmungslösung die Einwilligung des Gewebespenders gemäß § 3 TPG oder die Zustimmung der nächsten Angehörigen in der Rangfolge der Aufzählung des Gesetzes gemäß § 4 TPG erforderlich. Im Anwendungsbereich der Auskunftspflichten zeigen sich gravierende Unterschiede zwischen einer Organentnahme im Krankenhaus und einer Gewebeentnahme in einem rechtsmedizinischen Institut. Während in den Krankenhäusern Anschriften der nächsten Angehörigen bekannt sind, muss dies bei Verstorbenen in der Rechtsmedizin durch Auskünfte der die Ermittlungen durchführenden Polizei bzw. Staatsanwaltschaft oft erst in Erfahrung gebracht werden. Die Daten der Angehörigen können zum Zeitpunkt der Gewebeentnahme bereits feststehen oder müssen gegebenenfalls noch ermittelt werden. Die Auskunftspflicht dient der Information des Arztes, der nach § 3 TPG mit zu Lebzeiten erteilter Einwilligung des Gewebespenders bzw. nach § 4 TPG mit Zustimmung anderer Personen die Gewebeentnahme plant. Durch die Auskunft Dritter soll er in die Lage versetzt werden, die vom TPG geforderten rechtlich (erweiterte Zustimmungslösung) und medizinisch relevanten Informationen zu erhalten. Der Kreis der zur Auskunft verpflichteten Personen ist in § 7 Abs. 2 TPG enumerativ geregelt⁴⁷. Unter diesen Personenkreis fallen auch Behörden, in deren Gewahrsam sich der Leichnam befindet. Zu diesen Behörden zählt nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere die Staatsanwaltschaft⁴⁸. Probleme bestehen in der rechtsmedizinischen Praxis durch mangelnde Unterstützung von Polizei und Staatsanwaltschaft⁴⁹. Umstritten ist die Frage, inwieweit Behörden, wie die Polizeibehörden, zur Auskunft nach § 7 TPG verpflichtet sind,

45 Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, a. a. O. A-1865, A-1868; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 5 Rn. 5; Nickel, Die Entnahme von Organen und Geweben bei Verstorbenen zum Zweck der Transplantation, Diss. 1999, S. 107.

46 Vgl. umfangreiche Darstellung der praktischen Problematik in Parzeller/Rothschild/Bratzke a. a. O., S. 258 ff.

47 Parzeller/Rothschild/Bratzke, a. a. O., S. 261; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 7 Rn. 4; Rixen, in: Höfling (Hrsg.) a. a. O., § 7 Rn. 8.

48 BT-Drs. 13/8017, S. 41.

49 Parzeller/Rothschild/Bratzke a. a. O., S. 258 ff.; Püschel/Tomforde a. a. O., S. 366.

da von Seiten einiger Polizeibehörden einer Auskunftspflicht widersprochen und eine Kooperation unter Hinweis auf datenschutzrechtliche Bestimmungen abgelehnt wird. Dieser Auffassung ist für den Regelfall der gerichtlichen Leichenöffnung in den rechtsmedizinischen Instituten zu widersprechen. Allerdings wird deutlich, dass der Gesetzeswortlaut unterschiedliche Auslegungen zulässt. Entgegen der grammatikalischen Darstellung im Präsens ist der Gesetzeswortlaut auf Vorgänge der Vergangenheit auszudehnen⁵⁰, um insbesondere auch Gewahrsamsverhältnisse im Wege des ersten Zugriffs zu erfassen. Der Gewahrsam der Behörde ist im Anwendungsbereich des TPG nicht nur auf das faktische Element der realen Ausübung der Totensorge durch den Leiter des rechtsmedizinischen Instituts, sondern entgegen dem Verständnis zum Gewahrsam im Anwendungsbereich des § 168 StGB auch auf den Inhaber des rechtlichen Gewahrsams durch die Staatsanwaltschaft als Herrin des Vorverfahrens auszudehnen. Bei anderer Auslegung des Gewahrsams der Behörde dürfte die Auskunftspflicht für die Behörden leer laufen, da nach der rechtsmedizinischen Praxis ein tatsächliches Obhutsverhältnis an der Leiche durch deren Verbringen in das rechtsmedizinische Institut und nicht zu der zuständigen Staatsanwaltschaft begründet wird.

III. Die Problematik der Begrenzung des Empfängerkreises bei der Lebendspende gemäß § 8 I S.2 TPG

1. Lebendspende

Bei der Lebendspende von Organen oder Geweben handelt es sich um einen für den Spender therapeutisch nicht gerechtfertigten fremdnützigen Eingriff. Deshalb hat der Gesetzgeber dem Schutz des lebenden Organ- bzw. Gewebespenders besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Ungeachtet des hohen Stellenwertes der Lebendspende in anderen Staaten⁵¹ spricht sich der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich für die Subsidiarität der Lebendspende gegenüber der postmortalen Spende aus⁵². Die Lebendspende ist gemäß § 8 I S.1 Nr.3 TPG nur dann zulässig, wenn kein geeignetes Organ eines Verstorbenen zur Verfügung steht. Um einem verdeckten und unkontrollierbaren Organhandel zu begegnen, wurden bei der Lebendspende Einschränkungen des Spender-/Empfängerkreises in § 8 I S.2 TPG normiert. Danach ist eine Übertragung nicht regenerativer Organe⁵³ ausschließlich auf Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte und »Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen«, zulässig. Beim Fehlen dieser spezifischen

50 Parzeller/Rothschild/Bratzke a. a. O., S. 260: Behörde, in deren Gewahrsam sich der Leichnam befindet und befand.

51 Heuer/Conrads, a. a. O., S. 201; Deutsche Stiftung Organtransplantation, Ausschuß-Dr. 588/13, S. 43, 50; Höfling, TPG, § 8 Rn. 1. Anteil der Lebendspenden von Nieren 1995 in %: Griechenland: 67 %; Norwegen: 40 %; Dänemark: 30 %; USA: ca. 25 %; Deutschland: 3,9.

52 Kühn, a. a. O., S. 456.

53 Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 8 Rn. 13: Nicht regenerative Organe/Organteile im Rahmen einer Lebendspende sind: Nieren, Lebersegmente, Lungenlappen, Teile des Dünndarms und der Bauchspeicheldrüse.

Verbundenheit zwischen Organspender und -empfänger kann sich der transplantierende Arzt gemäß § 19 II i.V.m. § 8 I S.2 TPG strafbar machen.

Die Intention zur Begrenzung des Spenderkreises waren die Freiwilligkeit der Entscheidung zur Spende und das Fehlen finanzieller Motivation. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine verwandtschaftliche oder vergleichbar enge Beziehung die beste Gewähr für die Freiwilligkeit einer Organspende bietet⁵⁴. Diese Einschätzung stößt in der Literatur nicht zu Unrecht auf erhebliche Kritik⁵⁵. Es bestehe durchaus die Möglichkeit, dass trotz vorliegender enger Verbundenheit unfreiwillig und außerhalb von Verbundenheit völlig frei gehandelt werde⁵⁶. Des Weiteren sei nicht auszuschließen, dass auch innerhalb von Verhältnissen besonderer Verbundenheit wirtschaftliche Aspekte eine erhebliche Rolle spielten. Gerade in diesen Nähebeziehungen bestehe aufgrund guter Verdeckungsmöglichkeiten zudem die Gefahr eines effektiven Organhandels. Indem einer autonom geschäftsfähigen Person untersagt werde, altruistisch tätig zu werden, greife der Gesetzgeber durch die strafbewehrte Einschränkung des Empfängerkreises erheblich in die allgemeine Handlungsfreiheit der Person aus Art. 2 GG ein⁵⁷.

Um zu verhindern, dass der Organspender seine Gesundheit des Geldes wegen beeinträchtigt, bediene sich der Gesetzgeber paternalistischer Regelungen, die den Bürger vor Schädigungen gegen sich selbst schützen sollen. Der Gesetzgeber stehe insoweit vor einem grundsätzlichen Legitimationsdefizit. Zur grundrechtlichen Freiheit gehöre auch die Möglichkeit für die eigene Person Risiken einzugehen oder Schäden in Kauf zu nehmen, soweit dabei nicht Dritte oder die Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen würden. Ein Grundrechtsschutz vor sich selbst passe somit nicht in das freiheitliche Konzept der Grundrechte.⁵⁸

Das BVerfG hat in den bereits angesprochenen Nichtannahmebeschlüssen diesem Vorwurf widersprochen und erachtet die Regelung des § 8 I S.2 TPG als verfassungsgemäß.⁵⁹ Die Argumentation, die Freiwilligkeit als Voraussetzung der Lebendspende sei im familiären Umfeld besonders gefährdet, spreche allenfalls für eine generelle Untersagung der Lebendspende. Die Geeignetheit der Regelung als solche könne damit nicht in Frage gestellt werden. Ferner werde verkannt, dass es auch im Bereich autonomer personaler Selbstbestimmung ein legitimes Gemeinwohlanliegen sei, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.

54 BT-Drs. 13/4355, S. 20; König, a. a. O., S. 231; König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 301.

55 Schroth, in: Roxin/Schroth, a. a. O., S. 279; Schroth, JZ 1997, 1153; König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 301; Seidenath, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 11.8.1999, MedR 2000, 33 ff.; König, a. a. O., S. 281; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 8 Rn. 14.

56 Vultejus, a. a. O., 435 (438).

57 Schroth, JZ 1997, 1153; Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 287.

58 Gutmann, NJW 1999, 3388.

59 BVerfGE vom 11.8. 1999, 1 BvR 2181/98 (= NJW 1999, S. 3399 ff.).

2. Cross-over-Spende

Vor diesem Hintergrund des eingegrenzten Spender- bzw. Empfängerkreises bei der Lebendspende stellt die so genannte Cross-over-Spende oder »Überkreuz-Lebendspende« eine problematische Konstellation dar. Wenn eine direkte Spende für den eigenen Partner aus medizinischen Gründen (beispielsweise aufgrund einer Blutgruppenunverträglichkeit) unmöglich ist, fungiert bei dieser Spendenform bei zwei (Ehe-) Paaren jeweils ein Partner als Spender und einer als Empfänger des Organs. Es spendet der jeweils gesunde Partner des einen Paares dem kranken Partner des anderen Paares sein Organ in der Erwartung, dass der gesunde Partner des anderen Paares für den eigenen kranken Partner dasselbe tut⁶⁰. Wie im vorigen Abschnitt dargelegt, gilt jedoch gemäß § 8 I S.2 TPG für die Lebendspende und somit auch für die Cross-over-Spende grundsätzlich und zwingend, dass zwischen Spender und Empfänger eine besondere persönliche Verbundenheit bestehen muss. Erforderlich ist hierfür, dass unmittelbar zwischen dem Organspender und dem Organempfänger eine emotionale, persönliche Nähebeziehung in Form einer gemeinsamen Lebensplanung vorhanden ist, die über einen längeren Zeitraum hinweg gewachsen und die darüber hinaus für jedermann offenkundig ist⁶¹. Diese Voraussetzungen beschränken sich bei der Spendenkonstellation der Cross-over-Spende größtenteils auf Ausnahmefälle⁶². Üblich ist, dass die (Ehe-) Paare einander nicht bekannt sind und sich erst anlässlich der bevorstehenden Organspende kennen lernen. Der bislang gängigen Rechtsprechung zufolge reicht jedoch eine Verbundenheit im Sinne einer Schicksalsgemeinschaft sowie die auf Krankheit und Leiden beruhenden ähnlichen persönlichen Erfahrungen des jeweiligen Spenders und Empfängers für die Begründung einer besonderen persönlichen Verbundenheit nicht aus.⁶³ Bei einer restriktiven Auslegung des § 8 I S.2 TPG wäre eine Cross-over-Spende mithin unzulässig. Deshalb wird gefordert, das Merkmal der besonderen persönlichen Nähebeziehung weiter auszulegen und den Sinn der Norm auf die Freiwilligkeit der Spende sowie auf den Ausschluss eines verbotenen Handelns zu beschränken⁶⁴.

60 Schroth, JZ 1997, 1151.

61 BT-Drs. 13/4355, S.21; Schroth, Stellungnahme zu dem Artikel von Seidenath: »Lebendspende von Organen – Zur Auslegung des § 8 I TPG« (MedR 1998, 253), MedR 1999, 67 (68).

62 Esser, in: Höfling, a. a. O., § 8 Rn. 84.

63 LSG NRW, L 10 VS 28/99, NWVBl. 2001, S. 401 ff. (Leitsatz und Entscheidungsgründe); Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 25.5.2000, Az: S 3 VS 182/99 (unveröffentlicht); Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 8 Rn. 22.

64 Clement, a. a. O., Rn. 14; Gutmann, MedR 1997, 147 ff.; Kühn, MedR 1998, 455; Rittner/Besold/Wandel, Die anonymisierte Lebendspende nach § 9 Satz 1 TPG geeigneter Organe (§ 8 I 2 TPG lege ferenda) – ein Plädoyer pro vita und gegen ärztlichen und staatlichen Paternalismus, MedR 2001, 118 (122); Schroth, JZ 1997, 1149 (1151); ders. MedR 1999, 67; Seidenath, MedR 1998, 253 (255 ff.); Uhlenbruck/Ulsenheimer, a. a. O., Rn. 15; einschränkend Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 8 Rn. 23: nur bei nachgewiesener persönlicher Verbundenheit der Ehepartner, nicht aber bei reiner Schicksalsgemeinschaft.

Große Bedeutung im Rahmen der Cross-over-Spende-Problematik ist einem Grundsurteil des Bundessozialgerichts vom 10.12.2003 beizumessen, das die Anforderungen an die Cross-over-Spende verringerte, eine teleologische Reduktion des Handelstreibens mit Organen, die einer Heilbehandlung zu dienen bestimmt sind, vornahm und somit erheblich zur Erleichterung der Lebendspende beitrug⁶⁵.

IV. Strafrechtlich umstrittene Regelungen des TPG

1. Kriminalpolitischer Hintergrund

Zunächst war für die kriminalpolitische Legitimation strafrechtlicher Regelungen des Organhandels darüber nachgedacht worden, Straftatbestände für den gewinnorientierten Umgang mit bei Lebenden entnommenen Organen im Strafgesetzbuch zu schaffen⁶⁶. Letztendlich gab man einer umfassenden nebenstrafrechtlichen Regelung zum Verbot des Organhandels im Rahmen des TPG den Vorzug, um eine Aufspaltung aus Gründen des Sachzusammenhangs zu vermeiden. Vor dem Hintergrund eines weltweit bestehenden Mangels an lebenswichtigen Organen und insbesondere mit Blick auf abschreckende Beispiele existierender Organmärkte in Drittstaaten (vorwiegend in Indien, Irak, Philippinen, Brasilien, China)⁶⁷, hatte der Gesetzgeber die Befürchtung, dass es auch in Deutschland Personen gibt, die versuchen, eine solche Mangelsituation auf verwerfliche Art zu missbrauchen. Die kriminalpolitische Legitimation einer strafrechtlichen Regelung des Organhandels im TPG bestand für den Gesetzgeber daher darin, Vorkehrungen zu treffen, um einen Organhandel in Deutschland unmöglich zu machen. Des Weiteren sollte jegliche Erscheinungsform der Kommerzialisierung hinsichtlich der Zurverfügungstellung, Beschaffung oder Vermittlung eines Organs sowie das Betreiben von Organtourismus durch Deutsche unterbunden wer-

65 BSG, 10.12.2003, Az: B 9 VS 1/01 R: Im zugrunde liegenden Fall hatte ein Ehepaar aus Aachen auf Erstattung der Transplantationskosten durch die Versorgungsverwaltung und die Krankenkasse geklagt. Die Ehefrau war mangels gleicher Blutgruppe nicht in der Lage, ihrem Ehemann direkt eine Niere zu spenden. Das Ehepaar aus Aachen suchte infolgedessen ein Paar in gleicher Situation und tauschte mit diesem Ehepaar in Gegenseitigkeit die Nieren. Mit der Begründung, die Überkreuz-Lebendspende sei nach dem TPG grundsätzlich unzulässig, lehnten sowohl Krankenkasse als auch Versorgungsverwaltung eine Übernahme der Kosten ab, was durch die unteren Instanzen bekräftigt wurde. Das BSG hob die Urteile der unteren Instanzen mit der Begründung auf, dass auch bei Verwandten, zumal zweiten Grades, nicht notwendigerweise von enger Verbundenheit in Form einer gemeinsamen Lebensplanung ausgegangen werden könne. Außerdem müssen dem Urteil des BSG zufolge Spender und Empfänger nicht mehr jeweils durch eine »gemeinsame Lebensplanung« verbunden und auch nicht offenkundig befreundet sein. Es reiche aus, dass der im Vorfeld der Operation tätige Psychologe oder Arzt eine hinreichend intensive und gefestigte Beziehung zwischen Spender und Empfänger eindeutig feststellen konnte. Auf welcher Basis der Arzt diese Prognose treffen darf, lässt das BSG jedoch offen. Krankenkassen und Versorgungsbehörden werden darüber hinaus verpflichtet, die Transplantationskosten zu übernehmen, sofern die nun erleichterten Bedingungen erfüllt sind.

66 Regierungsentwurf für ein Strafrechtsänderungsgesetz Organhandel, BT-Drs.13/587.

67 Gragert, Strafrechtliche Aspekte des Organhandels, 1997, S. 27.

den⁶⁸. Darüber hinaus stehen die Organhandelstatbestände in Einklang mit Resolutionen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und der »Bioethik -Konvention« des Europarates, die die Verwendung menschlicher Organe zur Erzielung eines finanziellen Gewinns ausdrücklich ablehnen und verbieten⁶⁹. Das strafbewehrte Organhandelsverbot des TPG ist somit auch im Kontext europäischer Rechtsangleichung zu verstehen. Schutzzweck der Organhandelsvorschriften ist in erster Linie die Verhinderung der Ausbeutung gesundheitlicher und wirtschaftlicher Notlagen von potentiellen Organempfängern bzw. -spendern. Schutzobjekt der Vorschriften ist zunächst die körperliche Integrität der Organspender. Darüber hinaus führt der Gesetzgeber auch die über den Tod hinausgehende Menschenwürde als Schutzgut an. Unter Menschenwürde versteht man den sozialen Wert und Achtungsanspruch, der einem Menschen wegen seines Menschseins zukommt⁷⁰. Die Würde wird verletzt, wenn der Mensch zum bloßen Objekt herabgesetzt oder seine Subjektqualität in Frage gestellt wird⁷¹. Mit der Schutzgarantie des Art. 1 I GG sei es daher unvereinbar, wenn der Mensch bzw. seine sterblichen Reste zum Objekt finanzieller Interessen würden⁷². Als weiteres Schutzgut wird das Pietätsgefühl der Allgemeinheit angeführt⁷³.

2. Das Merkmal des Handeltreibens i.S.d. §§ 17, 18 TPG

Tathandlung des zusammengesetzten Straftatbestandes nach § 17 I S.1, § 18 I TPG ist das Handeltreiben. Gewerbsmäßiges Handeltreiben liegt vor, wenn durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang geschaffen wird⁷⁴. Der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln ist in erster Linie für den skrupellosen Organhändler vorgesehen. Er kann darüber hinaus aber auch weitreichende Konsequenzen für berufsmäßig an einer Transplantation Beteiligte haben. So besteht beispielsweise für den Inhaber einer Gewebebank, der Gewebe verkauft und zu hoch abrechnet, prinzipiell das Risiko, gemäß § 18 II TPG einen Verbrechenstatbestand zu erfüllen⁷⁵.

Im TPG wird der Begriff »Handeltreiben« nicht definiert. Der Gesetzesbegründung zufolge⁷⁶ ist für die Interpretation des Begriffs auf die umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷⁷ und des Bundesgerichtshofs⁷⁸ im Rahmen des Betäubungsmittel-

68 BT-Drs. 13/4355, S. 29, 20.

69 Entschließung (78) 29 des Europarates vom 11.5.1978; die 25 Leitsätze der WHO vom 13.5.1991; Art. 21 des Menschenrechtsübereinkommens Biomedizin vom 4. April 1997; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 17 Rn. 1.

70 BVerfGE 87, 209 (228).

71 Jarass/Pieroth, Grundgesetz – Kommentar, 6. Auflage 2002, Art. 1 Rn. 7.

72 BT-Drs. 13/4355, S. 29; SG Lüneburg, S 9 Kr 19/93, (= NJW 1994, 1614).

73 BT-Drs. 13/4355, S. 29.

74 Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage 2001, vor § 52 Rn. 95; BGHSt 1, 383; 19, 63, (76); 29, 187 (189); LG München, NJW 2002, 2655.

75 König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 312; Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 278.

76 BT-Drs. 13/4355, S. 29.

77 RGSt 51, 379, (380); 52, 169, (170); 53, 310, (313, 316).

78 BGHSt 6, 246, (247); 25, 290, (291); 28, 308, (309); 29, 239, (240); 30, 28; 31, 145, (147).

gesetzes (BtMG) zurückzugreifen. Danach sind unter »Handeltreiben« alle eigennützigen Bemühungen gefasst, die darauf gerichtet sind, den Güterumsatz gefährlicher Objekte – im Rahmen der Organhandelstatbestände den Umsatz von Organen oder Geweben – zu ermöglichen oder zu fördern, selbst wenn es sich nur um eine einmalige, gelegentliche oder vermittelnde Tätigkeit handelt⁷⁹. Eigennützig handelt jeder Täter, dem es auf seinen persönlichen Vorteil, insbesondere die Erzielung von Gewinn durch den Organhandel, ankommt. Ein ungewöhnliches, übersteigertes Gewinnstreben durch den Organhandel muss nicht vorliegen⁸⁰. Der erstrebte Vorteil kann sowohl materieller als auch immaterieller Art sein. Erforderlich ist nur, dass der immaterielle Vorteil einen objektiv messbaren Inhalt hat und den Empfänger in irgendeiner Form tatsächlich besser stellt⁸¹. In Anlehnung an den Begriff des Vorteils bei den Bestechungsdelikten⁸² sind beispielsweise Ehrungen oder Ehrenämter denkbar⁸³. Eigennutz kann auch bejaht werden, wenn der Spender den durch die Organspende erzielten Gewinn an einen Dritten weitergeben will⁸⁴. Das Motiv eines Spenders ist mithin unerheblich. Erwirbt ein Patient also ein Organ zur Übertragung auf sich selbst, so liegt mangels Weiterveräußerungsabsicht seinerseits kein Handeltreiben vor⁸⁵. Mit dieser Auslegung soll der notstandsähnlichen Situation des Empfängers, für den die Transplantation häufig die einzige Möglichkeit zur Lebensrettung darstellt, Rechnung getragen werden.⁸⁶ Die Wiederherstellung der Gesundheit bedeutet auch keine immaterielle Besserstellung des Organempfängers, sondern vielmehr die Herstellung eines Normalzustandes⁸⁷.

Erstrangiger Adressat des Organhandelsverbots ist der (potentielle) Spender, der sich gegen Geld oder sonstige wirtschaftliche Vorteile ein Organ explantieren lässt. Finanzielle Aufwandsentschädigungen des Spenders, die mit der Organtransplantation in Zusammenhang stehen, sind zulässig und mithin nicht als Handeltreiben im Sinne des TPG zu verstehen, namentlich wenn sie der Absicherung und Gesundheitsvorsorge des Spenders durch eine Berufsunfähigkeitsversicherung, Ersatz für Verdienstausschlag, Fahrt- und Unterbringungskosten dienen⁸⁸. Die Abgrenzung zur strafbarkeitsrelevanten Bezahlung als Element des Handeltreibens ist durch die Grenzen zwischen Nachteilsersatz und Zugewinn fließend. In Anlehnung an die Rechtsprechung zum

79 LG München, NJW 2002, 2655; BGH, NStZ 2000, 207.

80 Erbs/Kohlhaas/Pelchen, Strafrechtliche Nebengesetze, 151. Lieferung Stand 2004, § 29 BtMG Rn. 7.

81 BGH, NStZ 1992, 594; BGH, NJW 2002, 2801 (2804); BGHSt 34, 124 (126).

82 König, a. a. O., S. 155; BGHR BtMG, § 29 I Nr.1 – Handeltreiben 34, S. 2.

83 Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 51. Auflage 2003, § 331 Rn. 11; Schönte/Schröder/Cramer, a. a. O., § 331 Rn. 19.

84 BGHSt 28, 308; Urteil des AG Kassel vom 14.7.2003 (noch unveröffentlicht), Quellen: FAZ online, vom 14.7.2003; Frankfurter Rundschau online, vom 15.7.2003; Der Spiegel online, vom 14.7.2003.

85 BT-Drs. 13/4355, S. 30; Gutmann, MedR 1997, 154.

86 BT-Drs. 13/4355, S. 30.

87 Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 23.

88 BT-Drs. 13/4355, S. 30.; Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 283; König, a. a. O., S. 157 f.

Betäubungsmittelstrafrecht könnten dann bereits kleine Dankbarkeitsgaben des Organempfängers (z. B. Blumenstrauß, Einladung zum Essen) als Vorgänge qualifizierten Handeltreibens ausreichen⁸⁹. Neben dem Spender ist auch der Empfänger mit Strafe bedroht, der sich ein in Organhandel involviertes Organ übertragen lassen will, da bereits die Nachfrage Voraussetzungen für einen illegalen Markt schaffen kann⁹⁰. Der Gesetzgeber trägt der gesundheitlichen Notlage des Empfängers Rechnung, indem er bei einer Transplantation des Organs auf den Empfänger selbst mangels Weiterveräußerungsabsicht Eigennutz ausdrücklich ausschließt. Ferner wird auch die Steigerung der Lebensqualität als Merkmal des Eigennutzes verneint⁹¹. Die Strafbarkeitsregelung für den Empfänger führt darüber hinaus zu einer aus medizinischer Sicht unhaltbaren Konsequenz. Ein zwar lebensrettendes, jedoch durch Organhandel erlangtes Organ, darf nicht auf einen Organempfänger transplantiert werden und muss mithin absterben, da sich der Empfänger durch Annahme eines solchen Organs anderenfalls der Gefahr aussetzt, gemäß § 17 II i.V.m. § 18 I TPG wegen Organhandels bestraft zu werden. Mit Hinblick auf diese Kritikpunkte muss eine Strafbarkeit des Organempfängers letztlich ausscheiden⁹².

Organe und Gewebe, die Gegenstand verbotenen Handeltreibens sind, dürfen gemäß § 17 II i.V.m. § 18 I TPG weder entnommen noch übertragen werden. Dieselbe Strafdrohung, wie für den Händler, besteht mithin auch für einen Arzt, der ein gehandeltes Organ zwar ohne Eigennutz, doch trotz der Kenntnis, dass das Organ Gegenstand verbotenen Organhandels war, explantiert oder auf einen anderen überträgt. Der Gesetzgeber sieht es als gerechtfertigt an, den Arzt als Täter und nicht nur als Teilnehmer zu erfassen und legitimiert diesen Umstand mit der Begründung, dass ein kommerzieller Organhandel ohne ärztliches Handeln letztlich gar nicht möglich wäre. Durch die Entnahme bzw. Übertragung von Organen leiste der Arzt einen wesentlichen Beitrag zur Kommerzialisierung von Organen Lebender und Verstorbener und fördere dadurch zumindest mittelbar den Handel mit Organen⁹³. Wenn ein Arzt mit Vorsatz am Handel eines Organs mitwirkt, macht er sich zweifelsohne als Täter strafbar. Überträgt er dagegen nur vorsätzlich ein Organ, das Gegenstand verbotenen Handeltreibens war, so trägt er dadurch nur zu der vorsätzlich begangenen, rechtswidrigen Tat eines anderen bei. Mithin hätte der Gesetzgeber allenfalls eine Strafbarkeit des Arztes als Teilnehmer vorsehen dürfen⁹⁴.

89 Körner, Betäubungsmittelgesetz, 5. Auflage 2001, § 29 Rn. 344; Liemersdorf/Miebach, Beihilfe zum »Handeltreiben« nach § 11 Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes, MDR 1979, 981, 982; Lackner/Kühl, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 25. Auflage 2004, § 331 Rn. 5.

90 Beschlussempfehlung und Bericht des federführenden Bundestagsausschusses für Gesundheit, BT-Drs.13/8017, S. 43, 44.

91 BT-Drs. 13/4355, S. 30; Gutmann, MedR 1997, 154.

92 König, a. a. O., S. 177 ff.; König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 304; Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 277, 283 f.

93 BT-Drs. 13/4355, S. 30, 31.

94 Schroth, Medizinstrafrecht, S. 277; König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 310.

3. Entkommerzialisierung bei der Gewebe- und Organentnahme

Jede Honorarforderung eines Arztes für die Übertragung bzw. die Entnahme eines Organs oder Gewebes sowie sämtliche ärztlichen und pflegerischen Leistungen (beispielsweise die entgeltliche Aufbewahrung und Präparierung eines Organs in einer Organbank oder der Organtransport) sind prinzipiell als Handeltreiben im Sinne von § 17 I S.1 TPG anzusehen. Da diese entgeltlichen Leistungen im Bereich der Transplantationsmedizin auch unter Geltung des Organhandelsverbots unverzichtbar sind, hat der Gesetzgeber mit der so genannten Entgeltklausel in § 17 I S.2 Nr.1 TPG eine allgemeine Ausnahmegesetzgebung zum Handelsverbot festgesetzt. Danach ist die Gewährung oder Annahme eines angemessenen Entgelts für die zur Erreichung des Ziels der Heilbehandlung gebotenen Maßnahmen kein verbotenes Handeltreiben im Sinne des TPG. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass sich die berufsmäßig mit der organisatorisch-technischen Durchführung einer Transplantation befassten Personen nicht regelmäßig strafbar machen. Die Entgeltklausel stellt insofern ein entscheidendes Korrektiv des Organhandelsverbots dar⁹⁵. Mit Entgelt ist jeder vermögenswerte Vorteil gemeint⁹⁶. Vergütet werden dürfen nur die für das Gelingen einer Transplantation erbrachten Leistungen. Ein Entgelt für das Organ selbst wird von der Entgeltklausel ausgenommen. Das Anbieten, Fordern oder Annehmen eines solchen Entgelts ist daher immer verbotenes Handeltreiben⁹⁷. Verbot und Strafbarkeit stehen und fallen regelmäßig damit, ob eine Vergütung angemessen ist. Fraglich ist, was unter einem angemessenen Entgelt zu verstehen ist. Der Gesetzgeber verweist diesbezüglich auf die in Deutschland üblichen Marktwerte.⁹⁸ Dabei soll sich an den im deutschen Transplantationswesen üblichen Vergütungen nach den Vorgaben der Bundespflegesatzordnung und der Gebührenordnung für Ärzte orientiert werden. Eine Pauschalierung dieser Vergütungen ist zulässig⁹⁹. Als verbotenes Organhandeln kommen mithin völlig unübliche bzw. nicht mehr von den Gebührenordnungen gedeckte Honorarforderungen in Betracht¹⁰⁰. Weiteres, nicht näher bestimmtes Erfordernis der Entgeltklausel ist, dass das Entgelt für eine »gebotene« Maßnahme verlangt wird. Bei der Beantwortung der Frage, welche Maßnahmen in diesem Sinne geboten sind, ist auf die Sicht des transplantationsmedizinisch Gebotenen abzustellen. Ärztliches Handeln ist notwendig und somit geboten, wenn es für den Organspender und den Organempfänger nützlich ist. Das Merkmal des Gebotenseins zur Heilbehandlung ist weit zu interpretieren. Diesbezüglich ist ein ärztlicher Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Anderenfalls wäre eine zwar sinnvolle, aber nicht strikt indizierte entgeltliche medizinische Maßnahme regelmäßig geeignet, die Strafbarkeit wegen Organhandels auszulösen¹⁰¹.

95 König, a. a. O., S. 184.

96 BT-Drs. 13/4355, S.30; Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 28; N/S-P/S, TPG, § 17 Rn. 7.

97 Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 17 Rn. 6; König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 306.

98 BT-Drs. 13/4355, S. 30.

99 BT-Drs. 13/4355, S. 30.

100 König, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 308; Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 283.

Auch wenn Gewebe in der Rechtsmedizin durch deren überwiegende Verwendung als Arzneimittel nicht dem Kommerzialisierungsbann unterliegt, stellt sich insgesamt die Frage, ob die Spendsituation für Organe und Gewebe nicht durch staatlich überwachte und transparente Kommerzialisierungsmöglichkeiten verbessert werden kann. Das TPG stellt einen Bann gegen jegliche Form der Kommerzialisierung von Organen zu Transplantationszwecken dar¹⁰². Aus Angst vor Missbrauch tabuisiert der Gesetzgeber daher jede Art des Entgelts für die Zurverfügungstellung, Beschaffung oder Vermittlung eines Organs oder Gewebes. Diese grundsätzliche Verurteilung und Ablehnung eines gewinnorientierten Umgangs mit Organen ist jedoch mit Hinblick auf die zahlreichen Durchbrechungen des Organhandelsverbots (Arzneimittelklausel; Entgeltklausel) nicht überzeugend. Es ist zudem unverständlich, weshalb die Kommerzialisierung von lebensrettenden Organen im Rahmen einer Heilbehandlung verboten wird, ein Handeltreiben mit Organen zu Zwecken außerhalb einer Heilbehandlung (beispielsweise im Rahmen industrieller Forschung oder Kosmetik) hingegen weiterhin erlaubt ist¹⁰³.

Im Vordergrund des strafbewehrten Organhandelsverbots stand die Würde des Menschen, die es dem Staat verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt zu degradieren und seine Subjektsqualität in Frage zu stellen¹⁰⁴. Ob jedoch die Menschenwürde eines aufgeklärten Lebendspenders verletzt wird, der gegen einen finanziellen Anreiz ein Organ spenden möchte, bzw. für diesen eine paternalistische Schutzpflicht des Staates besteht, wenn er sich in Kenntnis des gesundheitlichen Risikos freiwillig zu einer Spende entschließt, wird zu Recht bezweifelt¹⁰⁵. Der Gesetzgeber übersieht zudem, dass in einer auf materiellen Werten basierenden Gesellschaftsordnung nicht prinzipiell jede Form der Kommerzialisierung notwendigerweise zur Ausnutzung gesundheitlicher oder wirtschaftlicher Notlagen führt¹⁰⁶. Kommerzialisierung ist und war von jeher Teil des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an Blut-, Samen- und Plasmaspenden, den Verkauf abgeschnittener Haare sowie an sexuell motivierte Darbietungen bzw. pornographische Zurschaustellung des menschlichen Körpers und Prostitution. Es ist nicht schlüssig, weshalb die entgeltliche Veräußerung eines Organs gegen die Menschenwürde verstoßen soll, die anderen Formen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers hingegen nicht. Allein die Tatsache, dass eine Organspende finanziell motiviert ist, macht einen aufgeklärten und einwilligungsfähigen Organspender noch nicht würdelos und auch nicht zwangsläufig zum Opfer skrupellosen Organhandels.

101 Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 283, Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, § 17 Rn. 30; Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 30; König, a. a. O., S. 191.

102 Deutsch, NJW 1998, S. 778.

103 Schroth, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 279.

104 BT-Drs. 13/4355, S. 29: »Die Garantie der Menschenwürde wird verletzt, wenn der Mensch bzw. seine sterblichen Reste zum Objekt finanzieller Interessen werden. Sowohl der Verkauf von Organen als auch Organspende gegen Entgelt sind daher mit der Schutzgarantie des Artikels 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar.«

105 Schroth, a. a. O., S. 250.

106 Kühn, MedR 1998, S. 458; Parzeller/Bratzke, Rechtsmedizin 2003, S. 357 ff.

Zur Verbesserung der Organ- und Gewebesituation werden neben einer Änderung der erweiterten Zustimmungslösung¹⁰⁷, organisatorischen Verbesserungen bei der Organallokation¹⁰⁸, gezielter Personalfortbildung zur Verbesserung der Kommunikation mit den Angehörigen¹⁰⁹ auch Lockerungen im Sinne von Kommerzialisierungstendenzen gefordert. Als Ansatzmöglichkeiten zur Erhöhung der Spenderate werden finanzielle Anreize für Ärzte, Krankenhäuser und Spender diskutiert. Für das medizinische Personal entsteht auf der Intensivstation durch die Meldung eines Organspenders und dessen intensivmedizinischer Betreuung vor der Explantation eine zur tatsächlichen Arbeit anfallende Mehrbelastung, für die eine zusätzliche Aufwandsentschädigung für das Personal als auch das Krankenhaus für angemessen betrachtet wird¹¹⁰. Nach den Ergebnissen einer Befragung von Lebendspendern ließe sich die generelle Bereitschaft zur Lebendspende einer Niere durch eine Entlohnung im Bereich von 5000 bis 15000 Euro erhöhen¹¹¹. Finanzielle Aspekte bei der Lebendspende werden aber als schädlich betrachtet, wenn diese nicht in klaren und transparenten ethischen Lösungen geregelt sind¹¹². Als strafrechtlicher Schutzmechanismus zur Verhinderung eines ausufernden Zwischenhandels, der wirtschaftlichen Ausnutzung eines Schwächeren sowie der Garantie der Freiwilligkeit wird ein wucher- und nötigungssähnlicher Tatbestand als ausreichend angesehen¹¹³.

V. Fazit

Aus rechtsmedizinischer Sicht ergeben sich zahlreiche Punkte, die bei einer Novellierung des TPG geändert werden müssten bzw. bei einer offenen gesetzgeberischen Diskussion beachtet werden sollten. Die unzureichende Differenzierung des Gesetzgebers zwischen parenchymatösen Organen und Geweben, die fehlende Praktikabilität des im TPG festgeschriebenen Verfahrens zur Gewebeentnahme im Rahmen einer rechtsmedizinischen Obduktion statt einer sozialadäquaten Widerspruchslösung, die Frage der Todesfeststellung bei einer autoptischen Gewebeentnahme und die normativ unklare Regelung der Auskunftspflichten sind daher zu kritisieren¹¹⁴.

107 siehe Übersicht bei Parzeller/Bratzke, 2003 a. a. O., S. 361.

108 Strassburg/Becker/Klempnauer/Manns, Lebertransplantation zwischen Indikation und Spenderallokation, *Der Internist* 2004, S. 1233 ff.

109 Muthny/Wesslau/Smit, Organspende-bezogene Entscheidungsprozesse der Angehörigen nach plötzlichem Hirntod, *Transplantationsmedizin* 2003, S. 115 (124).

110 Schulz/Gold/Knesebeck/Koch, Der Organspendeprozess und Ansatzmöglichkeiten zur Erhöhung der Spenderate, *Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz* 2002, S. 774 (776), wobei natürlich der Eindruck entstehen könnte als handele sich bei der Aufwandsentschädigung um eine Erfolgsprämie für eine erfolgreiche Organvermittlung, wenn man nach wie vor einer Kommerzialisierung widerspricht.

111 Senninger/Wolters, Nierentransplantation nach Lebendspende: Hoffnung für den Empfänger – Finanzielles Risiko für den Spender? *Transplantationsmedizin* 2003, S. 56 (59).

112 Thiel, Financial temptations for and against living organ donation, *Transplantationsmedizin Suppl. 2/2002*, S. 8.

113 Schroth, a. a. O., S. 250

114 Püschel/Tomforde, a. a. O., S. 367; Dettmeyer/Madea, a. a. O.; Deutsch, *Medizinrecht*, Rn. 507.

Im TPG wird in zahlreichen Vorschriften auf den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft hingewiesen (§§ 3 I Nr. 2; II Nr. 2, 16 TPG). Die Fallbeispiele zur Todesfeststellung belegen, dass die Feststellungen eines Arztes ausreichen, um beim Vorliegen sicherer Todeszeichen eine Bestattung durchführen zu können, aber trotz dieser sicheren Todeszeichen eine Gewebeentnahme selbst bei mehrfacher Begutachtung gesetzlich sehr umständlich gestaltet wurde. An diesen Beispielen wurde deutlich, dass die Regelungen im TPG einen den thanatologischen, allgemein anerkannten Regeln der Todesfeststellung durch sichere Todeszeichen widersprechenden Formalismus darstellen. Das Gesetz sieht für die Missachtung der Verpflichtung, die Feststellung des Gesamthirntodes durch zwei weitere Ärzte treffen zu lassen, keinerlei ordnungs- oder strafrechtlichen Konsequenzen vor. Dennoch wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber beim Vorliegen sicherer Todeszeichen (Totenflecken, Totenstarre, Fäulnis) auf den indirekten Nachweis des Hirntodes verzichtet¹¹⁵. Es ist seit Jahrzehnten Stand der Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft, dass bei Vorliegen bereits eines sicheren Todeszeichens (Totenflecken, Totenstarre oder Fäulnis) der Mensch irreversibel tot ist¹¹⁶. Er ist zu dem Zeitpunkt der Feststellung bereits

115 Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 5 Rn. 5; Dettmeyer/Madea, a. a. O., 2002, 366 (Hirntoddiagnostik bei Gewebeentnahmen nicht mehr erforderlich).

116 Bajanowski/Brinkmann, Todesbegriffe und Todesfeststellung, in: Brinkmann/Madea (Hrsg.), Handbuch der gerichtlichen Medizin, Bd. 1, 2004, S. 14: »Nur der Nachweis zumindest eines sicheren Todeszeichens berechtigt zur Feststellung des Todes.«; Forster/Ropohl, Thanatologie, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 1986, S. 16: »Es darf hier noch einmal wiederholt und in aller Entschiedenheit betont werden, dass es nur drei sichere Todeszeichen gibt, nämlich: Totenflecken (Livores), Totenstarre (Rigor mortis) und späte Leichenerscheinungen.«; Lommer, Gerichtliche Medizin, 1952, S. 24: »Sichere Todeszeichen sind die Totenflecken, Fäulnis und Verwesung.... Die Diagnose des eingetretenen Todes ist nur aus den sicheren Todeszeichen zu stellen. Zu den am frühesten eingetretenen gehören die Totenflecken,...«; Knight, Forensic pathology, 1996: »Unlike hypostasis, the stiffening of the muscles after death has some relevance in determining the post-mortem interval. It has been known since antiquity that immediately after death there is general muscular flaccidity, usually followed by a period of partial or total rigidity, ...«; Kratter, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1921, S. 54: »Totenflecken sind ein untrügliches und auch nie fehlendes Kennzeichen des Todes.«, S. 57: »Die Erstarung der Leichen, die sogenannte Totenstarre (rigor mortis), ist eine allgemeine und bekannte Leichenerscheinung, die wegen ihres ausnahmslosen Vorkommens mit Recht auch als unfehlbares Kennzeichen des Todes anzusehen ist.«; Madea/Dettmeyer/Schmidt, Thanatologie, in: Madea (Hrsg.), Praxis Rechtsmedizin 2003, S. 20: »Die Feststellung des eingetretenen Todes ist dabei unproblematisch, wenn sichere Todeszeichen (Totenstarre, Totenflecken, Fäulnis, mit dem Leben nicht zu vereinbarende Körperzerstörungen) vorliegen. Freilich erleben wir immer wieder, dass auch bei eindeutigen Leichenerscheinungen (Totenflecken, Totenstarre) noch Reanimationsbemühungen vorgenommen werden, offensichtlich aus Unkenntnis dieser sicheren Leichenerscheinungen.«; Madea/Dettmeyer, a. a. O. 2003, A-3161 (A-3171): »Bei der ambulant durchgeführten Leichenschau muss immer ein sicheres Todeszeichen vorliegen.«; Mattern, Rechtsmedizin, in: Ökologisches Stoffgebiet, 3. Aufl. 1999, S. 307: »Sichere Todeszeichen, in der Reihenfolge des üblichen Auftretens, sind: Totenflecken (Livores), Totenstarre (Rigor mortis), Autolyse und Fäulnis.«; Schneider, Leichenschau, Rechtsmedizin 2002, S. 339 (341): »Der zur Leichenschau gerufene Arzt hat zunächst Feststellung darüber zu treffen, ob der Tod bereits eingetreten ist.

eines sicheren Todeszeichens sowohl hirntot (direkt oder indirekt) als auch klinisch tot und individual tot. Der Nachweis sicherer äußerer Todeszeichen ist begrifflich somit umfassender als der direkte oder indirekte Nachweis des Hirntodes, da der Nachweis des klinischen Todes beim Vorliegen sicherer Todeszeichen ebenfalls mitefasst ist. Eine Reanimation eines Menschen ist auch unter intensivmedizinischen Bedingungen beim Vorliegen sicherer Todeszeichen nicht mehr möglich. Das Vorliegen eines sicheren Todeszeichens reicht allgemein aus, um den Leichnam der Bestattung zuführen zu können. Die zusätzliche praxisferne und nicht praktikable indirekte Hirntodfeststellung vor einer Gewebeentnahme in rechtsmedizinischen Instituten zur Todesfeststellung und als Zulässigkeitskriterium ist im Kontext der normalen Leichenschau als ausreichendes Kriterium für eine Bestattung wertungswidersprüchlich und nicht geeignet entsprechend der Ratio legis die postmortale Gewebespende zu fördern. Außerhalb intensivmedizinischer Bedingungen spielt die Hirntoddiagnostik keine entscheidende Rolle und sollte es beim Nachweis sicherer Todeszeichen auch nicht indirekt sein¹¹⁷. Für Gewebeentnahmen bei der rechtsmedizinischen Obduktion ist der Nachweis sicherer Todeszeichen im Ergebnis weitreichender als eine Hirntodfeststellung, die sich außer im Kontext intensivmedizinisch aufrechterhaltener Herz- und Lungenfunktion gar nicht stellt¹¹⁸. Anlässlich einer Novellierung des TPG wäre es ratsam, den Bereich der postmortalen Gewebespende dem Anwendungsbereich des TPG zu entziehen und stattdessen ein bundeseinheitliches Obduktionsgesetz zu erlassen. In einem solchen Gesetz wäre eine Todesfeststellung nach dem anerkannten Stand rechtsmedizinischer und ärztlicher Wissenschaft entsprechend den herkömmlichen, bewährten und sicheren Zeichen des Todes (Totenflecken, Totenstarre, Fäulnis) durch einen qualifizierten Arzt einzuführen, unabhängig ob es sich um eine Todesfeststellung vor einer Gewebeentnahme oder einer Bestattung handelt. Auf das Kriterium »Nachweis des indirekten Hirntodes« kann, da es sich auch hierbei nur um den Nachweis der sicheren Todeszeichen handelt, ohne Qualitätseinbuße oder Spendergefährdung verzichtet werden. Ein tatsächliches Mehr an Qualität könnte unter Aufgabe des Kriteriums »indirekter Hirntod« durch einen neutralen, ärztlichen und amtlichen Leichenschauer erreicht werden, der gerade bei behaupteten oder tatsächlichen ärztlichen Behandlungsfehlern über die notwendige Neutralität verfügen würde und damit das Zutrauen der Bevölkerung in eine ordnungsgemäße Praxis mit einer zu erwartenden Zunahme der Spendebereitschaft stärken würde. Ein einheitliches Sektionsrecht, zum Teil unter Hinweis auf entsprechende Leichenschauer und unter Einbeziehung der Gewebespende, wird in Literatur und Rechtsprechung immer wieder angemahnt¹¹⁹.

Dies kann relativ einfach sein, dann beispielsweise, wenn durch äußere Gewalteinwirkung der Kopf vom Rumpf getrennt ist (z. B. Überrollen durch Schienenfahrzeug oder aber wenn bereits sichere Todeszeichen (Totenstarre, Totenflecken, Leichenfäulnis) vorliegen.«

117 Höfling/Rixen a. a. O. § 3 Rn. 8.

118 Dettmeyer/Madea, 2002, a. a. O., S. 369.

119 Dufková, Zivil- und strafrechtliche Auswirkungen des Transplantationsgesetzes vom 5.11.1997 auf Verwaltungs- und klinische Sektionen bei Organentnahmen und hierbei zu Transplantationszwecken entnommenen Geweben, MedR 1999, S. 454 (457); Heifer, Rechts- und Kunstfehler bei der autoptischen Abklärung fraglicher iatrogenen Schäden.

Dettmeyer und Madea ist zudem dahingehend zuzustimmen, dass für die Gewebeentnahme anlässlich einer Obduktion die erweiterte Zustimmungslösung durch eine Widerspruchslösung zu ersetzen ist, wie sie z. B. in Österreich, allerdings ohne Differenzierung zwischen parenchymatösen Organen und Geweben, durchgeführt wird¹²⁰. Zudem könnte vor einer Gewebeentnahme im Rahmen einer zweiten Leichenbesichtigung erneut das Vorliegen der sicheren Todeszeichen bestätigt werden, wie es in einigen Bundesländern vor einer Feuerbestattung gefordert wird.

Die Auskunftspflichten vor einer Gewebeentnahme müssen deutlich geregelt werden. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht, das postmortale Persönlichkeitsrecht und die Totenfürsorgepflicht der Angehörigen werden durch eine schnelle und zielgerichtete Information der Angehörigen durch Weitergabe der Daten an die Gewebe entnehmenden Ärzte in der Rechtsmedizin besonders beachtet. Um erfolgreich Gewebe transplantieren zu können, ist eine zügige Entscheidung unter strikter Beachtung des Willens des Verstorbenen erforderlich. Eine Gegenauffassung unter dem Deckmantel des Datenschutzes widerspricht dem gesetzlichen Auftrag der Förderung der Organ- und Gewebespende, den medizinischen Anforderungen an zügige Entscheidungen und führt zu einer unzulänglichen Rechtsverkürzung bei den Angehörigen und zu einer möglichen Beeinträchtigung des Willens des Toten. Ohne die Mitwirkung von Polizei und Staatsanwaltschaft bei der Ermittlung bzw. Weitergabe der Daten von Angehörigen in einem für Gewebespenden angemessenen Zeitrahmen ist mit einer weiteren Abnahme der Gewebespenden zu rechnen. Ohne die erforderliche Zustimmung und Einwilligung nach §§ 3, 4 TPG geht der z. B. Augenhornhaut entnehmende Arzt ein strafrechtliches Risiko ein, da Gewebeentnahmen ohne Einhaltung dieser gesetzlichen Voraussetzungen sogar als Versuch strafbar sein könnten. Problematisch ist zudem, dass derzeit § 7 TPG lediglich als Datenübermittlungsnorm bereits erhobener Daten zu werten ist. Eine Auslegung als Datenerhebungsnorm, um z. B. die nach § 4 Abs. 2 TPG zwingend erforderliche Rangfolge der für die erweiterte Zustimmung im Sinne des Verstorbenen berechtigten nächsten Angehörigen zu ermitteln, ist derzeit unter Berücksichtigung der restriktiven Anforderungen im Bereich des Datenschutzes nicht möglich. Bei einer Neugestaltung des Gesetzes sollte aus pragmatischen Gründen und zur Förderung erfolgreicher Gewebetransplantationen § 7 TPG klarstellend als Datenerhebungsnorm ausgestaltet werden.

Auch bei der Lebendspende sollte eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgen. Die sich im Hinblick auf den eingegrenzten Spender- bzw. Empfängerkreis gemäß § 8 I S.2 TPG ergebende Problematik der Zulässigkeit einer Cross-over-Spende ist in den parlamentarischen Beratungen über die Ausgestaltung des TPG bedauerlicherweise nicht thematisiert worden¹²¹. Infolgedessen wurde für diese Spendenkonstellation im

XII. Kongress der internationalen Akademie für gerichtliche und soziale Medizin, Wien, 17. – 22. Mai 1982, 1982, S. 250; Heifer/Pluisch, Aktuelle Rechtsfragen zur klinischen Sektion und Entnahme von Leichenteilen, Rechtsmedizin 1991, S. 73 (81 f.).

120 Dettmeyer/Madea, 2002 a. a. O., S. 369; Dettmeyer/Madea, Aufklärung und Einwilligung bei der Beschaffung und Verarbeitung von menschlichen Zellen und Geweben, Rechtsmedizin 2004, S. 85 ff.

121 Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, a. a. O., § 8 Rn. 19.

TPG keine gesonderte Regelung geschaffen. Die Zulässigkeit der Cross-over-Spende ist somit ausschließlich anhand der in § 8 TPG prinzipiell für die Lebendspende vorgesehenen Kriterien zu beurteilen. Das vom Gesetzgeber für eine Lebendspende grundsätzlich vorausgesetzte Erfordernis einer besonderen persönlichen Verbundenheit zwischen Organempfänger und Organspender, an das, wie bereits geschildert, hohe Anforderungen zu stellen sind, hat insofern faktisch den Ausschluss der Cross-over-Spende zur Folge¹²². Es ist daher angemessen, das Merkmal der besonderen persönlichen sowie offenkundigen Verbundenheit weiter zu interpretieren und den Anwendungsbereich des Verbots in § 8 I S.2 TPG auf diese Weise einzuschränken¹²³. Erste Lockerungen diesbezüglich erfolgten bereits durch das im Dezember 2003 ergangene Urteil des BSG¹²⁴, das insoweit zu begrüßen ist. Jedoch müssen praxisrelevante Fragen der Umsetzung des Urteils insbesondere im Hinblick auf die teilweise strafbewehrten Normen des § 8 i. V. m. §§ 17 ff. TPG, die teleologische Reduktion des Handelstreibens, die Ausgestaltung der besonderen persönlichen, offenkundigen, nahestehenden Verbundenheit und den jederzeit möglichen Widerruf der Spendebereitschaft eines der Spender bei der Cross-over-Spende noch hinreichend geklärt werden¹²⁵. Nach unserer Ansicht erscheinen die überzogenen gesetzgeberischen Forderungen praxisfremd und realistisch kaum überprüfbar. Es wäre bei der Cross-over-Spende vollkommen ausreichend, die Schicksalsgemeinschaft der beiden Paare für die gegenseitige Gesundheit und Lebensverlängerung als ausreichendes Kriterium einer besonderen persönlichen Verbundenheit zu betrachten. Die langfristige Überprüfung einer offenkundigen Nähebeziehung ist in diesem Zusammenhang untauglich.

Der Gesetzgeber hatte die Intention, ein umfassendes Regelwerk zu erlassen, durch das insbesondere Rechtssicherheit geschaffen, die Ausbeutung von Menschen in Notlagen verhindert und die Bereitschaft der Bevölkerung zur Organspende gesteigert werden sollte¹²⁶. Die Kriminalisierung von Organspendern, Organempfängern und Ärzten hat aber erneut zur Abschreckung, Unsicherheit und Ablehnung gegenüber der Organspende und der Transplantationsmedizin geführt. Die Beispiele der kleinen Dankbarkeitsgaben verdeutlichen eindrucksvoll, dass hier eine teleologische Reduktion der gesetzgeberischen Normen zwingend erforderlich ist. Mit der Schaffung derart umfassender Organhandelsverbotsvorschriften verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, jegliche Kommerzialisierung eines Handels mit Organen auszuschließen. Die Intention, die Ausnutzung finanzieller und gesundheitlicher Notlagen von potentiellen Organspendern und -empfängern zu verhindern, ist im Grundsatz durchaus zu begrü-

122 Deutsch, Medizinrecht, Rn. 630.

123 Schroth, in: Roxin/Schroth, a. a. O., S. 288.

124 BSG, 10.12.2003, Az: B 9 VS 1/01 R.

125 Schroth, Urteilsanmerkung zu BSG-Urt. vom 10.12.2003, JZ 2004, 469 ff.

126 Nach Jahren der Stagnation, auch nach Erlass des TPG, stieg im Jahr 2003 die Anzahl z. B. der gespendeten Nieren aber auch die Anzahl der Neuanmeldungen auf der Warteliste in Deutschland an. Trotz der Zunahme der Spendebereitschaft besteht für Deutschland eine deutliche Diskrepanz zwischen Nierentransplantationen (n = 2516) und Patientinnen und Patienten auf der Warteliste (n = 9479), siehe Organspende und Transplantation in Deutschland 2003, Deutsche Stiftung Organtransplantation 2004.

ben. Allerdings ist der Gesetzgeber bei der strafrechtlichen Einordnung und bei der Ausgestaltung der Organhandelsvorschriften über das eigentliche Ziel weit hinausgeschossen¹²⁷. Die Würde sowie die höchstpersönlichen Rechtsgüter eines Menschen werden nicht sinnvoll dadurch geschützt, dass man ihren Träger mit Strafe bedroht¹²⁸. Die Übertragung der Bedeutung des Begriffs »Handeltreiben« vom BtMG auf das TPG ist zudem zu kritisieren¹²⁹. Es wird nämlich schon im Ansatz von falschen kriminalpolitischen Hintergründen ausgegangen. Im BtMG geht es um gefährliche Drogen, während Organe und Gewebe heilbringende bzw. lebenserhaltende Körpersubstanzen darstellen, deren Transplantationen vom Gesetzgeber und der Gesellschaft befürwortet werden. Zudem verfolgt das Betäubungsmittelrecht das Ziel, die organisierte Schwerekriminalität, insbesondere die Drogenkriminalität, umfassend zu sanktionieren bzw. ihr vorzubeugen. In diesem Zusammenhang ist es durchaus plausibel, jedes potenziell marktrelevante Verhalten lückenlos zu pönalisieren. Die Übernahme des Handelsbegriffs in das TPG ist aber übertrieben und verfehlt. Die Personenkreise (Organspender und -empfänger sowie die an einer Transplantation beteiligten Ärzte) weisen keinerlei Bezug zu professioneller Schwerekriminalität auf, der eine vergleichbare rechtliche Wertungssituation zur Drogenkriminalität rechtfertigt¹³⁰, auch wenn teilweise die umfassende Kriminalisierung begrüßt wird, da nur auf diese Weise ernsthaft sichergestellt werden könne, dass jegliche Kommerzialisierung von Organspenden unbunden werde¹³¹. An dieser Stelle ist sicherlich kritisch zu hinterfragen, ob nicht eine staatlich kontrollierte, nach medizin-ethischen Gesichtspunkten ausgerichtete Kommerzialisierung der Organ- und Gewebespende, den Mangel an Organen und Geweben beseitigen könnte, da sich dieser Mangel trotz der Regelungen im TPG weiter verschärft hat¹³². Der Erlass des TPG war und ist im Grundsatz zwar zu begrüßen. Genauso ist aber ein bundeseinheitliches Obduktions- und Sektionsrecht von Nöten, in dem wesentliche Fragen der postmortalen Gewebeentnahme unter Herausnahme aus dem TPG klar und praxisnah geregelt werden.

127 Kühn, NJW 1998, S. 782; Parzeller/Bratzke, Sporthorthopädie-Sporttraumatologie 2003, S. 230.

128 Gutmann, MedR 1997, S. 154; Schroth, JZ 1997, S. 1154.

129 König, a. a. O., S. 151; König, in: Roxin/Schroth, S. 299; Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 10.

130 König, a. a. O., S. 151; König, in: Roxin/Schroth, S. 299; Rixen, in: Höfling, a. a. O., § 17 Rn. 10.

131 Heuer/Conrads, MedR, 1997, S. 202.

132 Dufková, Zur Frage der Zulässigkeit von sog. Cross-Spenden bei Nierentransplantationen lebender Organspender unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11.8.1999 zur altruistischen fremdnützigen Lebendspende, MedR 2000, 408; Parzeller/Bratzke, Rechtsmedizin 2003, 357 ff.