

DIE ORGANTRANSPLANTATION BEIM MENSCHEN IN STRAFRECHTLICHER SICHT*

Professor Dr. iur. *Hans Lüttger*, Freie Universität Berlin.

Unserer Generation war es vergönnt, im Bereich der Humantransplantationen Fortschritte der Medizin zu erleben, zu deren Prophezeiung noch vor wenigen Jahrzehnten die ausschweifende Phantasie eines Jules Verne nötig gewesen wäre. Die einst aufsehenerregende Übertragung von Binde- und Stützgeweben (beispielsweise von Haut, Hornhaut, Knorpel und Knochen) hat seit langem ihren festen Platz in der Wiederherstellungschirurgie, mögen auch noch Probleme der Gewebeverträglichkeit auftreten. Kongreßberichte sprachen 1976 ohne viel Aufhebens von bisher weit über 20.000 Nierentransplantationen in der Welt; dabei sollen heute die verwendeten Leichennieren in 63 % der Fälle noch nach einem Jahr und in 56 % der Fälle noch nach zwei Jahren funktionieren; die Sterbewahrscheinlichkeit der Patienten soll 1975 in einem der Nierentransplantationszentren schon auf 12 % gesunken sein¹, was indessen offenbar noch nicht allgemein gilt. Der ersten Kapstadter Herztransplantation vom 3. Dezember 1967, die noch mit einem wahren Taumel weltweiter Anteilnahme aufgenommen wurde, sind seither mehrere hundert, fast gelassen hingenommene Herzüberpflanzungen gefolgt; ihre einstmals bedrückend hohe Mortalität soll Berichten zufolge einer langsam steigenden Überlebenschance gewichen sein, die jedoch zeitlich und prozentual immer noch weit geringer als bei der Nierentransplantation ist². Man liest auch von mehr als zweihundert Leberübertragungen mit früher sehr schlechten, heute immerhin ansteigenden Erfolgsaussichten; man erfährt schließlich von gelegentlichen Transplantationen anderer Organe (beispielsweise

* Vortrag, gehalten am 27. Juni 1977 vor der Juristischen Fakultät der Universität Ankara.

¹ Vgl. den Bericht von Prof. Dr. Rudolf *Pichlmayr* (Hannover) auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Wehrmedizin und Wehrpharmazie 1976, in "Der Tagesspiegel" (Berlin), Nr. 9459 vom 4. November 1976, S. 9.

² Vgl. den Bericht über ein Interview mit Prof. Dr. Edward B. *Stinson* (Stanford / USA), in "Der Tagesspiegel" (Berlin), Nr. 9377 vom 31. Juli 1976, S. 11.

der Lunge, der Bauchspeicheldrüse und der Milz), aber auch von dem unbewältigten Risiko dieser Eingriffe, von denen die meisten binnen kurzem zum Tode der Patienten geführt haben. Und jedermann weiß, daß das Hauptproblem aller Transplantationen in den noch nicht oder noch nicht völlig gelösten immunbiologischen Schwierigkeiten besteht.

Mit der Erwähnung des –wenn auch unterschiedlichen–Risikos aller Transplantationen ist schon die Legitimation für eine juristische Betrachtung ihrer Voraussetzungen und Schranken dargetan, denn wenn Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit des Menschen in Gefahr sind, kann–abgesehen von der ärztlichen Standesethik³– nur das Recht den Weg bestimmen, den der Fortschritt der Medizin nehmen darf. Um diese Frage geht es bei meinem Vortrag aus der Sicht des *Strafrechts*.

Freilich muß ich mein Thema in mehrfacher Hinsicht eingrenzen:

1. Zunächst werde ich die künstliche Überpflanzung menschlichen Gewebes bei ein und derselben Person (= Autotransplantation) sowie die Übertragung von tierischen Organen auf einen Menschen (= heterologe oder xenologe Transplantation) außer Betracht lassen. Denn die erstere folgt–ohne zusätzliche Besonderheiten– den allgemeinen strafrechtlichen Regeln über den ärztlichen–Heileingriff⁴; und die letztere unterliegt (heute noch) den ganz anderen, hier nicht interessierenden Regeln über das Humanexperiment⁵. Ich beschränke

³ Vgl. dazu: Franz *Böckle*, Ethische Aspekte der Organtransplantation beim Menschen in: *Studium Generale* 1970, S. 444 ff; Alfred *Gütgemann*, Probleme der Organtransplantation, in *Deutsches Ärzteblatt (DÄ)*, 1974, S. 11553 ff.

⁴ Vgl., zum ärztlichen Heileingriff insbesondere: Eberhard *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 116, 1939, S. 69 ff; Eberhard *Schmidt* Der Arzt im Strafrecht, in: Albert *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. 1957, S. 33 ff; Karl *Engisch*, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, in: Stich-Bauer, Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl. 1958, S. 1521 ff; Karl *Engisch*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Band 58, S. 1 ff; neuerdings etwa: Gerald *Grünwald*, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Göppinger (Hrsgbr.), *Arzt und Recht*, 1966, S. 125 ff; Paul *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, 1968, S. 50 ff.

⁵ Vgl. dazu: Ernst *Heinitz*, Ärztliche Experimente am lebenden Menschen, in *Juristische Rundschau (JR)*, 1951, S. 333 ff; Friedhelm *Böth*, Das wissenschaftlich–medizinische Humanexperiment, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1967, S. 1493 ff; E. *Deutsch*, Rechtliche Aspekte des klinischen Experiments, in *Beiträge zur gerichtlichen Medizin (Wien)*, 1975, S. 18 ff; H.-J. *Wagner*, Heilversuche und Experimente aus rechtsmedizinischer Sicht, in *Beiträge zur gerichtlichen Medizin*, 1975, S. 24 ff.

mich also auf die—ohnehin im Mittelpunkt des Interesses stehende—Organüberpflanzung von einem Menschen auf einen anderen Menschen (= homologe Transplantation); denn nur dort besteht die *spezielle* Problematik, die sich aus der Beteiligung *zweier* Menschen—des Transplantatspenders und des Transplantatempfängers—ergibt.

Demzufolge will ich bei der Erörterung zwei Problemgruppen bilden:

1. Rechtsfragen aus der Sicht des *Transplantatempfängers* (Implantation) und.

2. Rechtsfragen mit dem Blick auf einen *lebenden Spender* (Explantation).

2. Hingegen werde ich die bei der Transplantatentnahme aus einer *Leiche* auftauchenden Rechtsfragen nicht behandeln, und zwar aus mehreren Gründen: Die dafür einschlägige deutsche Strafvorschrift gegen die "Störung der Totenruhe" (§168 StGB), die dem Art. 178 des türkischen Strafgesetzbuchs ähnelt, ist in ihrer Anwendung auf die Entnahme von Leichenteilen zum Zwecke der Transplantation Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Kontroversen, die spezifische Besonderheiten der deutschen Strafrechtsdogmatik betreffen; ihre Einbeziehung würde den Rahmen eines Vortrags sprengen. Zudem liegen für diese Materie mehrere Gesetzesentwürfe vor, deren Berücksichtigung dann notwendig wäre, ohne daß sich jetzt schon ihre endgültige Gestalt übersehen ließe⁶. Der Verzicht auf diesen Aspekt des Themas fällt mir aber auch deshalb leicht, weil den spröden dogmatischen Einzelheiten des deutschen Leichenrechts jene Faszination fehlt, die von den lebenden Beteiligten ausgeht.

3. Aber auch bei Beschränkung auf die lebenden Beteiligten zwingt mich die Stofffülle, die sich in einer kaum noch übersehbaren und vielfach kontroversen strafrechtlichen Literatur äußert, zu einer weiteren Eingrenzung: ich muß mich auf einen großzügigen Aufriß der Probleme ohne erschöpfende Behandlung und mit Schwerpunktbildung beschränken; die vielfältigen Strafrechtsfragen, die bei *jedem*

⁶ Vgl. zum geltenden Recht: Eduard Dreher, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 37. Auflage 1977, Erläuterungen zu § 168 StGB, mit zahlreichen Nachweisen. – Zu den Reformvorschlägen vgl. etwa: Joachim Linck, Gesetzliche Regelung von Sektionen und Transplantationen, in Juristenzeitung (JZ), 1973, S. 759 ff (betr. Berliner Entwurf); Bernd Kuckuk, Der Hamburger Entwurf zur strafrechtlichen Regelung der Organtransplantation, in JR 1974, S. 410 ff; Joachim Linck, Vorschläge für ein Transplantationsgesetz, in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1975, S. 249 ff (betr. Entwurf einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe).

ärztlichen Eingriff auftreten, kann ich nur andeuten; ich werde mich statt dessen auf die *speziellen* Probleme der homologen Transplantation konzentrieren.

A

Aus Gründen eines vereinfachten juristischen Aufbaus will ich – entgegen einem naheliegenden Vorstellungsbild – mit dem Eingriff am *Transplantatempfänger* – also dem Patienten, den es zu heilen gilt – beginnen.

Es wird Ihnen bekannt sein, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland seit langen Jahrzehnten einhellig die Rechtsansicht vertritt, daß jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten – und zwar auch dann, wenn es sich um einen *Heileingriff* handelt – den Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB) erfülle und daher eines Rechtfertigungsgrundes bedürfe⁷. Die deutsche Rechtslehre hat dieser strafrechtlichen Bewertung des Heileingriffs zwar seit Jahrzehnten nahezu einhellig – wenn auch mit wechselnder Begründung und in unterschiedlichem Ausmaß – widersprochen⁸; sie hat jedoch keine Aussicht, sich durchzusetzen. Und wann der Gesetzgeber im Zuge der weiteren Strafrechtsreform⁹ hier für einen Wandel sorgen wird, ist ganz unbestimmt. Für unsere Zwecke ist es daher allein sinnvoll, von der für die ärztliche Berufsausübung heute und wohl noch geraume Zeit Maßgeblichen Judikatur auszugehen.

Betrachten wir also im folgenden – bezogen auf die besonderen Probleme der *Implantation* – die Voraussetzungen, die nach ständiger Rechtsprechung vorliegen müssen, wenn ärztliche Heileingriff gerechtfertigt sein sollen. Es sind dies:

1. die medizinische Indikation des Eingriffs,
2. die Ausführung des Eingriffs *lege artis*, das heißt: nach den Regeln der ärztlichen Kunst, und

⁷ Vgl. statt vieler: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), Band 25, S. 375 ff; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), Band 11, S. 111 ff.

⁸ Vgl. dazu die Nachweise in Anm. 4.

⁹ Vgl. dazu: §§ 161, 162 des Regierungsentwurfs eines Strafgesetzbuchs 1962 (E 62) – Bundestagsdrucksache IV/650 – mit Begründung S. 291 ff und S. 296 ff; § 123 des Alternativ – Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband 1970, mit Begründung S. 77 ff. – Dazu insbesondere: Horst Schröder, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB – Entwurf 1960, in NJW 1961, S. 951 ff; Walter Wilts, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), 1970, S. 971 ff, und 1971, S. 4 ff.

3. eine wirksame Einwilligung oder möglicherweise in bestimmten Notfällen ein Einwilligungssurrogat, wobei

4. die ärztliche Aufklärung des Patienten als praktisch wichtigste Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung—gerade bei Transplantationen—einer hervorgehobenen Betrachtung bedarf.

I.

Die erste Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines ärztlichen Heileingriffs ist also, daß er *medizinisch indiziert* (= angezeigt) ist. Diese Frage ist—wie schon der Name andeutet—nicht nur eine juristische, sondern vor allem eine medizinische. Beschränkt man die Definition der “medizinischen Indikation” auf die hier in Rede stehenden Fallgruppen, so läßt sich sagen: Indiziert ist ein ärztlicher Eingriff, wenn er nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und nach den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes das einzige oder das beste Mittel ist, um das Leben des Patienten zu erhalten oder seine Gesundheit wiederherzustellen und wenn infolgedessen die Inkaufnahme der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren, Schäden oder Schmerzen im (überwiegenden) Interesse des Patienten liegt¹⁰.

Aus dieser—für unsere Zwecke verkürzten—Definition ist ein Dreifaches ersichtlich¹¹ *Basis* der Beurteilung sind gleichermaßen die wissenschaftlichen Kenntnisse und medizinisch—technischen Erfahrungen wie auch die Regeln der ärztlichen Standes ethik. Mit ihrer Hilfe muß dann eine sowohl sachverständige als auch berufsmoralisch gebundene *Abwägung* der Chancen und Risiken des Eingriffs miteinander und mit dem mutmaßlichen Krankheitsverlauf erfolgen. Das *Ergebnis* dieser Prognose muß ein für den Patienten günstiger Saldo zwischen den ihm ohne den Eingriff drohenden Gefahren sowie den guten oder weniger guten Aussichten des Eingriffs ein. Hingegen ist die “Bilanz ex post” nicht entscheidend; die Indikation hängt nicht vom tatsächlichen—glücklichen oder unglücklichen—Ausgang ab, sondern von dessen sorgsamer Berechnung “ex ante”.

Doch was bedeutet dies für die Zulässigkeit von Implantationen?

1. Zunächst allgemein: Lassen wir einmal die —sagen wir—“einfacheren” Transplantationen von Binde- und Stützgeweben beiseite,

¹⁰ Vgl. zu dieser Formulierung insbesondere : Karl *Engisch* bei: Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1523; aber auch: § 161 des Regierungs-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs - E 62- (Bundestags-Drucksache IV / 650) - mit Begründung (S. 291 ff. u. 296 ff.).

¹¹ Vgl. dazu besonders : Karl *Engisch* wie Anm. 10.

die längst fester Bestandteil der Heilkunde sind, und befassen wir uns nur mit den "größeren" Transplantationen der Nieren, des Herzens, der Leber und der anderen genannten Organe. Bei ihnen springt ein auch *rechtlich wesentlicher Unterschied* ins Auge: Die Nierentransplantation ist als einzige aus dem Erprobungsstadium heraus; ihre Operationstechnik ist inzwischen Routine und ihre immunbiologischen Probleme sind schon weitgehend unter Kontrolle; sie ist eine "echte Therapie" geworden¹². Alle anderen Transplantationen sind hingegen noch "*Neulandoperationen*"¹³. Das gilt auch für die Herztransplantation; bei ihr mögen zwar die chirurgischen Operationsformen schon das Stadium technischer Perfektion erreicht haben; die- insbesondere immunbiologischen-Todesrisiken sind indessen noch weit von einer verlässlichen Beherrschung entfernt. Ganz zu schweigen von den anderen Transplantationsarten. Solche Neulandoperationen sind zwar nicht per definitionem aus dem Begriff des "ärztlichen Heileingriffs" ausgeklammert; denn dies würde den Stillstand der Medizin und das Verbot des Fortschritts bedeuten; jede Operation ist ja einmal die erste ihrer Art gewesen¹⁴. Wohl aber hat es die Konsequenz, daß die Indikation von Neulandoperationen besonders strengen Grundsätzen unterliegt¹⁵.

Das versteht sich nicht erst dann von selbst, wenn erste Operationsreihen – wie bei allen Transplantationsarten außer der Nierenübertragung – im Ergebnis immer noch eine große und zum Teil sogar erdrückende Mortalität beweisen. Es liegt vielmehr schon dann in der "Natur der Sache", wenn bei einer neuen oder erst vereinzelt erprobten Transplantationsart überhaupt noch keine oder jedenfalls keine nennenswerten Erfahrungen vorliegen. Denn dann kann sich die Abwägung der Chancen und Risiken, die zum Wesen der medizinischen Indikation gehört, nicht mehr auf "Erfahrungen der Heilkunde" stützen. Damit wird aber der *Maßstab selbst* unsicherer, der jener Prognose zugrundezulegen ist. Der Arzt muß daher bei Neulandoperationen auch aus Rechtsgründen in der Indikationsstellung prinzipiell weit mehr eingengt sein als bei erfolgreich erprobten Operationen.

¹² Vgl. dazu: Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 99; Winfried Vahlensieck, Klinischer Stand der Nierentransplantation, in: Deutsches Medizinisches Journal, 1971, S. 196; Ulrich Fiedler, Möglichkeiten und Grenzen der Nierentransplantation, in: Pressedienst Wissenschaft der Freien Universität Berlin, 1972, Heft 4, S. 4 ff (8).

¹³ Vgl. dazu statt vieler: K.H. Bauer, Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation aus der Sicht des Klinikers, in: Der Chirurg, 1967, S. 245 ff (246); Eckhart von Bubnoff, Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1968, S. 65 ff (77).

¹⁴ So Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 101.

¹⁵ Vgl. dazu Anm. 14; unbestritten.

Damit ist auch schon das zentrale Problem der Indikation aller Transplantationen in Sicht gekommen: Die Abwägung der Chancen und Risiken sowie die Feststellung des "positiven Saldos" für Leben oder Gesundheit des Patienten sind ganz allgemein mit allen *Unsicherheiten einer Prognose* beladen. Das kann indessen gar nicht anders sein, denn Basis dieser Abwägung ist notwendig die medizinische Wissenschaft in ihrem jeweiligen Stande, also auch mit ihren Unvollkommenheiten¹⁶, und Grenze dieser Abwägung ist notwendig das menschliche Unvermögen einer absolut sicheren Vorausschau¹⁷. Eben darum kann es – wie zuvor gesagt – nur auf die sorgsam ex ante getroffene Kalkulation "mehr Chancen als Risiken" ankommen, nicht auf die Bilanz ex post, bei der man neunmal klüger ist. Denn käme es auf absolute Sicherheit an, wäre keine Operation jemals angezeigt¹⁸.

Hier zeigt sich, wie gut unser Recht daran tut, daß es in die erwähnte Definition der medizinischen Indikation außer den wissenschaftlichen Kenntnissen und den medizinisch-technischen Erfahrungen auch die Grundsätze der *ärztlichen Standesethik* aufgenommen hat. Denn wie jeder folgenschwere Handlungsentschluß muß auch die Abwägung der Chancen und Risiken eines ärztlichen Eingriffs Raum haben für das an der Berufsmoral orientierte Verantwortungsbewußtsein des Arztes. Und zwar nicht nur als weiterer Damm gegen Willkür und Experimentierlust; und auch nicht allein deshalb, weil der Anteil der ärztlichen Gewissensentscheidung steigt, je mehr ärztliche Berufserfahrungen bei noch nicht genügend erprobten Transplantationen fehlen. Sondern vor allem deshalb, weil jeder, der die *Pflicht* hat, in Risikosituationen für Leben oder Gesundheit anderer Menschen folgenschwere Entscheidungen – über das Angezeigtsein oder Nichtangezeigtsein von Operationen und speziell von Transplantationen – zu fassen, diese Verantwortung nur tragen kann, wenn er auch das *Recht* hat, sein an den Maximen der Standesethik orientiertes Gewissen sprechen zu lassen.

2. Damit fällt die Entscheidung unserer Frage, wann eine Organtransplantation "medizinisch indiziert" ist, weitgehend in die Kompetenz der Ärzte zurück. Der Jurist kann und muß aber *einige verbindliche rechtliche Grundsätze für diese Abwägung* der Erfolgchancen und der Mißerfolgsrisiken aufzeigen¹⁹. Wenn ich dabei von "Erfolg" rede,

¹⁶ So Gerald Grünwald (Anm. 4), S. 129.

¹⁷ Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 99.

¹⁸ Vgl. Anm. 17.

¹⁹ Vgl. dazu und zum folgenden: Eckhart von Bubnoff in GA 1968, s. 78; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 99 ff.

ist nicht das technische Gelingen der Operation und ihr bloßes Überleben gemeint, sondern eine Lebenserwartung des Patienten, die seine ohne Transplantation zu erwartende Lebensdauer wesentlich übersteigt. "Erfolg" ist nicht eine "Verlängerung des Sterbens", sondern eine Verlängerung des Lebens²⁰. Dies vorausgesetzt, lassen sich folgende – heute kaum mehr bestrittene – allgemeine Rechtsgrundsätze aufzeigen, in denen sich Schranken für die vom Arzt zu treffende Prognose manifestieren:

a) Die Frage, ob die Erfolgchancen des Eingriffs die Risiken überwiegen, kann zunächst vom *allgemeinen Risikograd* der betreffenden Transplantationsart abhängen. Wie ich eingangs ausgeführt habe, übersteigt die Überlebensquote bei den Nierentransplantationen die Mortalität beträchtlich; bei den übrigen Transplantationen ist es in abgestufter Weise bis hin fast zu völliger Mortalität anders. Hier zeigt sich also vom Risikograd her eine *Gruppeneinteilung* der Transplantationen, die rechtliche Bedeutung hat. Denn eine Transplantationsart, die nach ärztlicher Berufserfahrung *generell* mehr Chancen als Risiken hat, kann auch *grundsätzlich* eher indiziert sein, als eine solche mit umgekehrtem Vorzeichen. Was demnach beispielsweise bei der Nierentransplantation recht sein kann, ist bei der Überpflanzung des Herzens und der Leber noch lange nicht billig; von den übrigen Transplantationsarten ganz zu schweigen.

Freilich bedeutet dies nicht, daß etwa eine Herztransplantation wegen eben dieses immer noch beträchtlichen Todesrisikos schlechthin unzulässig wäre. Wohl aber wird man hier aus rechtlichem Respekt vor dem Leben als dem höchsten aller Rechtsgüter energisch betonen müssen, daß sie nur dann gewagt werden darf, wenn sie das *einzig* Mittel zur Erhaltung des Lebens eines sonst in naher Zukunft unrettbar dem Tode verfallenen Kranken ist²¹. Soweit beispielsweise erprobte lebensrettende chirurgische Korrekturen am Herzen oder andere den Tod abwehrende Therapien möglich sind, kann eine risikoreichere Herzüberpflanzung aus Rechtsgründen niemals in Frage kommen; das "Fremdherz" muß daher die *ultima ratio* sein²². Dann freilich wiegt die noch relativ geringe Erfolgchance in der Prognose des Für und Wider mehr als der sonst sichere Tod. Das einzige Mittel anzuwenden, das einige Hoffnung gewährt, ist eben dort, wo der Tod naht, immer noch richtiger, als nichts zu tun²³.

²⁰ Vgl. K.H. Bauer in Der Chirurg 1967, S. 247.

²¹ So Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 101.

²² Vgl. Püllmann in Berliner Ärzteblatt, 1968, S. 623.

²³ So Paul Bockelmann wie Anm. 21.

Und nun ist deutlich, daß dort, wo hoffnungsvoll begonnene neuartige Transplantationsarten bei ersten Versuchen *ausnahmslos und unvermeidlich sogleich tödlich* verlaufen, vorerst für eine "medizinische Indikation" dieser Transplantationsart überhaupt kein Raum mehr ist. Denn hier fehlt es ja bei der gebotenen Abwägung der Chancen und Risiken mangels jedweder generellen Erfolgsaussicht an einem noch so kleinen "positiven Saldo". Es bleibt dann nur der vorläufige Verzicht und das Warten auf bessere Forschungsergebnisse. Darüber wird noch zu reden sein.

b) Bei der Frage nach den Erfolgchancen sind aber die *speziellen* Risiken des Einzelfalles ebenso wichtig. Denn Alter und Gesundheitszustand des Patienten können die *theoretisch-wissenschaftlich* errechnete oder gar schon statistisch ausgewiesene *generelle* Erfolgchance einer Transplantationsart in concreto *hinfällig* machen. Damit kommen die *Kontraindikationen* in die Abwägung hinein, deren Einzelheiten Sache der Medizin, nicht des Rechts sind.

c) Wir sprachen schon von den immunbiologischen Problemen der Transplantationen, also von den Abwehr- und Abstoßungsbestrebungen des Körpers gegen das eingepflanzte Transplantat. An ihnen wird beispielhaft ein weiterer rechtlich bedeutsamer Umstand sichtbar. Die medizinische Indikation von Transplantationen unterliegt einem "*Wandel durch Fortschritt*".

Dieser "*Wandel durch Fortschritt*" kann *positive* Bedeutung haben. Denn ebenso wie die *medizinisch-technischen* Schwierigkeiten, die einst jeder "*größeren*" Transplantation entgegenstanden, inzwischen bei manchen Transplantationsarten bis zur *technischen* Perfektion überwunden sind, wird die *medizinische* Forschung wohl auch *dereinst* die *immunbiologische* Barriere überwinden. Bei der Nierentransplantation ist dies bereits in bemerkenswertem Umfange gelungen; die intensiv betriebene Forschung läßt hoffen, daß sich mit ihrem Erfolg zukünftig auch die *medizinische* Indikation anderer Transplantationsarten grundlegend verbessert.

Der "*Wandel durch Fortschritt*" kann aber auch im Laufe der Zeit zur *Einschränkung* von risikoreichen Transplantationen zwingen. Denn immer dann, wenn neue Therapien anderer Art bessere Erfolge zeitigen, geht die Abwägung der Chancen und Risiken *zugunsten* der betreffenden Transplantationsart aus. Und es mag durchaus sein, daß in Zukunft einmal das "*Kunstherz*", an dem so fieberhaft gearbeitet wird, die Herztransplantation zum skandalösen Kunstfehler denaturieren läßt.

Und ebenso kann es sein, daß jene seltenen Transplantationsarten, die bisher ausnahmslos und unvermeidlich tödlich verlaufen sind, nur ein abgeschlossenes Kapitel der Medizingeschichte bleiben, wenn alle wissenschaftlichen Forschungen keinen Fortschritt bringen und daher auch keinen Neubeginn gestatten.

Dies alles ist nicht graue juristische Theorie, sondern weitgehend schon erlebte medizinische Wirklichkeit. Als beispielsweise nach der grenzenlosen Euphorie der frühen "Nach-Kapstadt-Zeit" eine nicht abreißende Serie von tödlich verlaufenen Herztransplantationen eine jähe Ernüchterung brachte, ging die Zahl dieser Operationen rapide zurück²⁴; sie stieg erst nach einem Forschungsintervall nunmehr mit wachsenden Erfolgen - wieder an²⁵. Und es ist allgemein bekannt, welche Zurückhaltung die Ärzte heute bei den immer noch chancenarmen Transplantationsarten - etwa der Milz, der Bauchspeicheldrüse und der Lunge - üben. Der Einklang des Standesethos mit dem Recht ist hier unverkennbar.

II.

Wenn eine Organimplantation gerechtfertigt sein soll, dann muß sie ferner *lege artis* ausgeführt sein. Dies setzt voraus, daß sie ohne "Kunstfehler" durchgeführt wird, mit anderen Worten: daß die "allgemein oder doch überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst" beachtet werden²⁶. Dabei handelt es sich indessen um eine bei jedem ärztlichen Eingriff bestehende Problematik, nicht um eine Besonderheit der Organtransplantation; ich lasse diesen Aspekt unseres Themas daher - wie eingangs angekündigt - beiseite. Doch legt das Stichwort von der "lex artis" immerhin einen für unser Thema wichtigen Hinweis nahe²⁷: Wenn eine Transplantationsart noch nicht oder erst einzeln praktiziert worden ist, dann können sich für ihre Ausführung auch noch *keine speziellen* "anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst" herausgebildet haben, gegen die verstoßen werden könnte. Die für die Durchführung des Eingriffs gültige *lex artis* reduziert sich dann auf die bestehenden *allgemeinen* ärztlichen Sorgfaltsregeln. Diese gewinnen also bei Neuland-Transplantationen ein besonderes dogma-

²⁴ Vgl. das Interview mit Prof. Dr. Emil Sebastian Bücherl (Berlin) in "Der Tagesspiegel" (Berlin) vom 27. März 1970.

²⁵ Vgl. Anm. 2.

²⁶ Vgl. zum Begriff des "Kunstfehlers" näher: Eberhard Schmidt, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien (Anm. 4), S. 159 ff.; Eberhard Schmidt bei Ponsold (Anm. 4), S. 45 ff.; Karl Engisch bei Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1537 ff.

²⁷ Vgl. zum folgenden (mit abweichender Terminologie, aber ähnlichem Ergebnis): K.H. Bauer in Der Chirurg 1967, S. 246-247; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 86 ff.

tisches Gewicht. Hier zeigt sich – wie so oft – die enge juristische Verflechtung zwischen der Ausführung *lege artis* und der medizinischen Indikation²⁸; denn auch bei dieser spielten ja beim Fehlen praktischer Erfahrungen die allgemeinen wissenschaftlichen Einsichten und die standesethischen Bindungen die entscheidende Rolle.

III.

Eingangs hatte ich erwähnt, daß zur Rechtfertigung einer Organimplantation weiterhin eine *Einwilligung* erforderlich ist, und ich hatte die Frage angedeutet, ob diese Einwilligung in Notfällen durch ein Einwilligungssurrogat ersetzt werden könne. Diese Problematik taucht bei *jedem* ärztlichen Eingriff auf; bei der Implantation von Organen bestehen jedoch einige *Besonderheiten*. Ich beschränke mich daher auf eine summarische Schilderung der Rechtslage unter Hervorhebung dieser Besonderheiten.

1. Zunächst allgemein: Das deutsche Recht geht von der Freiheit des Patienten aus, selbst zu bestimmen, ob er sich einer ärztlichen Heilbehandlung – und gegebenenfalls: welcher – unterziehen will; es kennt daher kein ärztliches Berufsrecht auf eigenmächtige Heilbehandlung²⁹. Aus diesem Selbstbestimmungsrecht des Patienten folgt, daß ein ärztlicher Eingriff grundsätzlich nur mit vorheriger Einwilligung *des Patienten selbst* erfolgen darf. Die Wirksamkeit dieser Einwilligung hängt nach ganz herrschender Meinung hier, wo es um einen Eingriff in das höchstpersönliche immaterielle Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit geht, nicht von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit des Patienten ab³⁰. Denn diese Einwilligung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine eigenständige Rechtsfigur des Strafrechts, deren Wesen in der Gestattung tatsächlicher Eingriffshandlungen und im partiellen Verzicht auf Strafschutz für das davon betroffene Rechtsgut besteht³¹. Infolgedessen ist für die Wirk-

²⁸ Vgl. dazu: Karl *Engisch* bei Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1524.

²⁹ Vgl. dazu: RGSt Band 25, S. 375 ff; BGHSt Band 11, S. 111 ff; BGH in NJW 1959, S. 811 ff. – Eine ärztliche „Zwangsbehandlung“ gibt es nur in einigen gesetzlich besonders geregelten Fällen, beispielsweise nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten und nach den Impfvorschriften, ferner als „Zwangsuntersuchung“ nach der StPO.

³⁰ Die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit ist jedoch Voraussetzung für die Gültigkeit des (von dem Eingriff zu unterscheidenden) zivilrechtlichen Behandlungsvertrages mit dem Arzt; vgl. dazu: BGH in NJW 1959, S. 811; eingehend: Wilhelm *Uhlenbruck*, Rechtsfragen bei der ärztlichen Behandlung von minderjährigen Patienten, in: *Arztrecht* 1976, S. 301 ff u. 341 ff.

³¹ Vgl. dazu: RGSt Band 41, S. 392 ff; Band 70, S. 107 ff; BGHSt Band 17, S. 359 ff; BGH in NJW 1959, S. 811; BGH in JZ 1964, S. 323.

samkeit der Einwilligung entscheidend, ob der Einwilligende nach seiner geistigen und sittlichen Reife fähig ist, die Sachlage zu verstehen, die Tragweite seiner Erklärung zu erkennen, insbesondere das Für und Wider verständig gegeneinander abzuwägen, und nach dieser Einsicht zu handeln³². Je nach dem persönlichen Reifegrad kann daher auch ein noch nicht volljähriger Patient einwilligungsfähig und die von ihm erklärte Einwilligung wirksam sein; und zwar ohne Rücksicht auf Zustimmung oder Widerspruch der für ihn Sorgeberechtigten, denn deren Kompetenz entfällt im Ausmaß der eigenen Befugnisse des minderjährigen Patienten³³. Nur dann, wenn dem Patienten diese natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, geht die Entscheidungsbefugnis auf die Sorgeberechtigten³⁴ über, wie beispielsweise bei noch "unreifen" Minderjährigen oder bei dauernd bewußtlosen erwachsenen Patienten.

Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß ein ärztlicher Eingriff ausnahmsweise in bestimmten *Notfällen* auch ohne (ausdrücklich oder konkludent erklärte) Einwilligung statthaft ist. Hier kann die Rechtsfigur der sogenannten "*mutmaßlichen Einwilligung*" den Eingriff rechtfertigen. Sie setzt – zunächst noch allgemein gesprochen – voraus, daß dem Patienten bei einem Aufschub ein schwerer Gesundheitsschaden oder gar der Tod droht, daß die nötige Einwilligung – etwa wegen Bewußtlosigkeit des Patienten³⁵ – nicht rechtzeitig zu erlangen ist, daß ferner keinerlei Umstände auf einen – wenn auch ganz "unvernünftigen" – gegenteiligen Willen des Patienten hindeuten und daß schließlich bei sorgfältiger Prüfung aller Umstände angenommen werden darf, der Patient würde bei objektiv-vernünftiger Interessenabwägung seine Zustimmung geben, wenn er gefragt werden könnte (= er würde also "mutmaßlich" einwilligen)³⁶.

³² Vgl. dazu: RGSt Band 41, S. 392 ff; BGHSt Band 4, S. 88 ff; Band 12, S. 379 ff; BGH in NJW 1959, S. 811; BGH in JZ 1964, S. 323.

³³ Vgl. dazu: Hans – Heinrich *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1972, S. 283 (mit weiteren Nachweisen in Fn. 26 dort). – Zur Unterscheidung zwischen "Sorgerecht" und "gesetzlicher Vertretung" vgl. statt vieler: Karl *Engisch* bei: Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1531. – Auf die gesetzliche Vertretung kommt es für den (von der Einwilligung in die Operation zu unterscheidenden) Abschluß des Behandlungsvertrags an; vgl. BGH in NJW 1959, S. 811.

³⁴ Als Sorgeberechtigte kommen in Betracht: Eltern, Vormund, Pfleger.

³⁵ Oder wegen Nichterreichbarkeit der Sorgeberechtigten.

³⁶ Vgl. dazu: RGSt Band 25, S. 375 ff (382); Band 61, S. 242 ff (256). – Eingehend: Theodor *Lenckner* in: Schöncke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 18. Aufl. 1976, Vorbem. 54 ff vor § 32 StGB; Hans Joachim *Hirsch* in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 9. Aufl. 1974, Vorbem. 123 ff vor § 51 StGB und Rand-Nr. 27 zu § 226 a StGB. – Vgl. zum künftigen Recht aber auch die (bedenklichen) weit-

Nicht selten greift die Rechtslehre für solche Notfälle auch auf die Rechtsfigur des (früher übergesetzlichen, heute normierten) *rechtfertigenden Notstands* (§ 34 n.F. StGB) zurück. Indessen ist heute überwiegend und mit Recht anerkannt³⁷, daß bei zur Lebensrettung vorgenommenen *riskanten Operationen* im Rahmen der beim rechtfertigenden Notstand vorzunehmenden Interessenabwägung auch das verfassungsrechtlich garantierte³⁸ Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu berücksichtigen ist. Bei riskanten Operationen kann daher auch der rechtfertigende Notstand das *Fehlen*³⁹ einer mindestens mutmaßlichen Einwilligung *nicht überspielen*⁴⁰. Die weiteren Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands können daher, wie sich sogleich zeigen wird, dahinstehen.

2. Nun stellt sich die Frage, ob diese sonst für den ärztlichen Heileingriff geltenden Rechtsgrundsätze unverändert oder nur mit Modifikationen auf die *Organimplantation* übertragen werden können.

Unstreitig gilt der vorangestellte Grundsatz, daß es (zunächst) auf die *Einwilligung* des Patienten selbst beziehungsweise der für ihn Sorgeberechtigten ankommt, auch und erst recht für Organimplantationen. Indessen hat sich hier seit der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre (§ 2 n.F. BGB) praktisch eine Grenzverschiebung eingestellt: Ein nach heutigem Recht noch Minderjähriger wird allenfalls in seltenen Ausnahmefällen jenes Maß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit haben⁴¹, das angesichts der komplizierten Problematik der Organim-

herzigeren Fassungen in § 162 Abs. 2 des Regierungsentwurfs eines Strafgesetzbuchs-E 1962- (Bundestags-Drucksache IV / 650) und in § 123 Abs. 3 des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, Besond. Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970.

³⁷ Vgl. zum folgenden : Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Vorbem. 71 u. 123 vor § 51 StGB und Rand-Nr. 27 zu § 126 a StGB; Theodor Lenckner in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand - Nr. 8 zu § 34 StGB.

³⁸ Vgl. dazu: BGHSt Band 11, S. 111 ff; Günter Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz (1958), Rand-Nr. 37 zu Art. 2 Abs. 2 GG; Adolf Laufs, Zur Deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, in NJW 1969, S. 529 ff; Horst Trockel, Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, in NJW 1970, s. 489 ff.

³⁹ Wohl aber greift der rechtfertigende Notstand durch, wenn die *Sorgeberechtigten* ihre Einwilligung *mißbräuchlich verweigern* und das Vormundschaftsgericht (§ 1666 BGB) nicht mehr rechtzeitig angerufen werden kann; vgl. RGSt Band 74, S. 350 ff; näher dazu: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 28 zu § 226 a StGB.

⁴⁰ Es ist auch höchst fraglich, ob eine riskante Operation ohne mindestens mutmaßliche Zustimmung des Patienten noch ein "angemessenes" Mittel zur Abwendung der Gefahr im Sinne von § 34 Satz 2 StGB wäre; vgl. zu diesem Begriff: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Vorbem. 80 ff vor § 51 StGB; Theodor Lenckner in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand-Nr. 36 ff zu § 34 StGB.

⁴¹ Vgl. dazu allgemein: Wilhelm Uhlenbruk (Anm. 30) in Arztrecht 1976, S. 306.

plantationen seine Einwilligung wirksam machen könnte. Die Einwilligung der Sorgeberechtigten wird daher hier die Regel sein müssen.

Was nun die *“mutmaßliche Einwilligung”* anlangt, so findet sich in der Literatur zumeist die Ansicht, sie könne eine Organimplantation zwar dann rechtfertigen, wenn diese bereits als standardisiertes Heilverfahren gelte, nicht aber, wenn es sich noch um eine Neuland-Transplantation handele⁴². Das letztere ist richtig; das erstere ist kurzschlüssig; insgesamt ist es zu undifferenziert:

Als *“standardisiertes Heilverfahren”* kann heute nur die so zahlreich und mit so beeindruckendem Erfolg erprobte Nierentransplantation gelten. Indessen fehlt es bei ihr mit Rücksicht auf das Dialyseverfahren doch in aller Regel schon an jener gefahrbedingten Eilbedürftigkeit, die als erste und zwingende Voraussetzung vorliegen muß, um sagen zu können, daß die nötige Einwilligung nicht mehr abgewartet werden könne. Abgesehen von *“Katastrophen-Fällen”*, deren Existenz ein Jurist weder bejahen noch bestreiten kann, ist also die Nierentransplantation trotz ihrer Standardisierung gerade kein Fall, der durch *“mutmaßliche Einwilligung”* gedeckt sein könnte.

Bei den *“Neuland-Transplantationen”* scheidet eine Rechtfertigung durch *mutmaßliche Einwilligung* ausnahmslos aus anderen Gründen. Das gilt auch für die Herz- und Leberüberpflanzungen, die immerhin eine langsam steigende Erfolgsbilanz aufweisen. Denn auch dann, wenn Gefahr im Verzug ist und wenn Anzeichen eines entgegenstehenden Willens nicht vorliegen, läßt sich nicht *“mutmaßen”*, der Patient werde *“vernünftigerweise”* einwilligen. Angesichts der ganz unterschiedlichen Einstellung der Bevölkerung zu den Organtransplantationen sowie mit Rücksicht auf die psychisch bedrückenden Folgezustände und das Todesrisiko eines solchen Eingriffs gibt es nämlich keinen objektiv -verläßlichen Anhalt dafür, was *“verständige”* Menschen in der Lage des Patienten tun würden⁴³. Es läßt sich ja nicht leugnen, daß es *“vernünftige”* Gründe auch dafür gibt, in dieser Lage den Tod als Schicksal hinzunehmen. Hier bleibt als Rechtfertigung *nur die tatsächlich erklärte Einwilligung* übrig⁴⁴. Denn auch ein Rückgriff

⁴² Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 98; Günter Brenner, Organtransplantation, in: Mergen (Hrsgbr.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band 1, 1971, S. 135; Michael-Peter Henninger, Todesdefinition und Organtransplantation im Recht, 1972., S. 137.-Noch weitherziger: Karl Engisch in Der Chirurg, 1967, S. 254-255; Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 79.

⁴³ Vgl. Bockelmann und Henninger wie Anm. 42.

⁴⁴ Vgl. auch Rainer Kallmann, Rechtsprobleme bei der Organtransplantation, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1969, S. 573. - Ob außer der *“aus-*

auf den rechtfertigenden Notstand scheidet hier aus, weil dieser—wie soeben erörtert— bei risikoreichen Operationen das Fehlen einer (mindestens) mutmaßlichen Einwilligung nicht zu überspielen vermag. Dieses unbedingte Beharren auf dem Erfordernis einer erklärten Einwilligung trägt überdies—zusammen mit der medizinischen Indikation und mit der sogleich zu erörternden ärztlichen Aufklärungspflicht—entscheidend dazu bei, daß diese Neuland—Transplantationen nur im Interesse des Patienten und nicht im bloßen Interesse der Wissenschaft vorgenommen werden⁴⁵, mit anderen Worten: daß sie nicht in den Bereich der Humanexperimente abgleiten.

Damit zeichnet sich zugleich eine nur selten beachtete Besonderheit ab: Neuland—Transplantationen, die nach den bisherigen Erfahrungen ausnahmslos und unvermeidlich sogleich zum Tode führen, verlieren auch durch eine ausdrücklich erklärte Einwilligung des Patienten ihre Rechtswidrigkeit nicht. Denn einmal kann niemand rechtswirksam in seine Tötung einwilligen⁴⁶, und zum anderen sind solche Implantationen—wie erörtert—ja mangels jedweder Erfolgchance auch niemals medizinisch indiziert, bis weitere Forschungen eine bessere Prognose gestatten.

IV.

Die Wirksamkeit der von einem urteilsfähigen Patienten⁴⁷ erteilten Einwilligung hängt insbesondere⁴⁸ davon ab, ob sie als Ausfluß einer eigenen wahren inneren Willensbildung gelten kann⁴⁹. Dies kann sie nur, wenn sie eine *bewusste und freie* Ausübung des Selbstbestimmungstrechts zur Gestattung des Rechtsgutseingriffs ist⁵⁰, denn Einsicht in die Sachlage und Freiheit von Willensmängeln sind Voraussetzung dafür, daß der Patient das Für und Wider des Eingriffs über-

drücklich" erklärten Einwilligung auch eine (sonst hinreichende) "konkludent" erklärte Einwilligung genügt, ist hier höchst fraglich; vgl. dazu auch: BGHSt Band 17, S. 359 ff (360).

⁴⁵ Vgl. dazu: K.H. Bauer in Der Chirurg 1967, S. 247; Hans Hinderling, Die Transplantation von Organen als Rechtsproblem, in Schweizerische Juristen-Zeitung, 1968, S. 65 ff (68); Gerd Geilen, Rechtsfragen der Organtransplantation, bei: Honnecker (Hrsgbr.), Aspekte und Probleme der Organverpflanzung, 1973, S. 127 ff (131); Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Vorbem. 66 vor § 51 StGB.

⁴⁶ Vgl. dazu: RGSt Band 2, S. 442; BGHSt Band 4, S. 93.

⁴⁷ Oder seinen Sorgeberechtigten.

⁴⁸ Zu anderen, hier nicht interessierenden Wirksamkeitsvoraussetzungen vgl. Theodor Lenckner in Schönke-Schröder (Anm. 36), Vorbem. 35 ff u. 43 ff vor § 32 StGB.

⁴⁹ Vgl. RGSt Band 41, S. 392 ff (396); BGH in JZ 1964, S. 323.

⁵⁰ Vgl. dazu: Theodor Lenckner in Schönke-Schröder (Anm. 36), Vorbem. 49 § 32 StGB.

haupt beurteilen und abwägen kann⁵¹. Irrtümer des Patienten über Gegenstand und Tragweite seiner Einwilligung sind daher nach der Rechtsprechung die wichtigste Ursache für eine Unwirksamkeit seiner Einwilligungserklärung. Daraus folgt zwingend die Notwendigkeit der *Aufklärung* des Patienten durch den Arzt.

Diese ärztliche Aufklärungspflicht ist im Grundsatz unbestritten. Streitig ist zwischen der (sehr strengen) Judikatur und der (oftmals viel weitherzigeren) Literatur seit jeher nur das Ausmaß dieser Aufklärungspflicht⁵²; für unsere Zwecke ist es auch hier allein sinnvoll, den Standpunkt der Rechtsprechung zugrunde zu legen. Aber selbst auf dieser Basis ist eine weitere Einschränkung meines Vortrags geboten: Die ärztliche Aufklärungspflicht ist ein Problem *jedes* ärztlichen Eingriffs; vieles aus der unübersichtlichen Kasuistik ist für unser Thema ohne Interesse; und manche sogar von der Rechtsprechung anerkannte Einschränkungen der Aufklärungspflicht kommen wegen der Besonderheiten der Organimplantationen nicht zur Wirkung. Ich will daher anders als bisher verfahren und – unter Verzicht auf eine wenig nützliche allgemeine Einführung – sogleich die Rechtsgrundsätze für die Aufklärungspflicht bei Organimplantationen schildern.

1. Der Arzt hat den Patienten zunächst über den bei ihm diagnostizierten Krankheitsbefund zu unterrichten; denn der Patient kann eine "wirklich autonome" Entscheidung nur fällen, wenn er den Operationsanlaß kennt⁵³. Für den bekannten Streit, ob und in welchen Fällen (sonst) ein Verschweigen oder doch ein schonendes Bemänteln der Diagnose statthaft ist⁵⁴, bleibt hier kein Raum; denn nur eine wahrheitsgemäße Information über Art und Ernst des Leidens vermag den Grund verständlich zu machen, weshalb das eigene Organ des Patienten extirpiert und ein fremdes Organ implantiert werden soll, und damit Fehlbeurteilungen der Lage durch den Patienten zu verhindern.

⁵¹ Vgl. die Nachweise in Anm. 49; ferner: RGSt Band 70, S. 107 f; BGHSt Band 4, S. 88 ff (90), u. Band 16, S. 309 ff (310); BGH in NJW 1956, S. 1106 ff (1107); Theodor *Lenckner* in Schönke-Schröder, (Anm. 36), Vorbem. 50 ff vor § 32 StGB u. Rand-Nr. 15-16 zu § 223 StGB.

⁵² Vergleiche zur ärztlichen Aufklärungspflicht allgemein: Eberhard *Schmidt* bei Ponsold (Anm. 4), S. 37 ff; Karl *Engisch* bei Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1526 ff; Gerd *Geilen*, Einwilligung und Ärztliche Aufklärungspflicht, 1963; Hans Joachim *Hirsch* in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 14 ff zu § 226 a StGB; Theodor *Lenckner* in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand-Nr. 16 ff zu § 223 StGB. –Vgl. aber auch neuerdings die allgemein bedeutsamen Rechtsgrundsätze in § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden vom 15. August 1969-Bundesgesetzblatt 1969, Teil I, S. 1143 ff-;

⁵³ Vgl. RGSt Band 66, S. 181 ff (182); BGHSt Band 11, S. 111 ff (115); wie hier: Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 60.

⁵⁴ Vgl. dazu: Hans Joachim *Hirsch* in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 16-17 zu § 226 a StGB.

Der Arzt hat den Patienten nämlich weiterhin über die *Art* des geplanten Eingriffs und über dessen *Folgen* aufzuklären; dazu gehört –unter Verzicht auf alle Einzelheiten –namentlich folgendes⁵⁵: Der Patient muß erfahren, daß es sich bei der vorgeschlagenen Operation um eine Organtransplantation –und zwar um welche – handelt. Es muß ihm erklärt werden, daß und warum andere Therapien ausscheiden oder nur eine geringere Chance bieten; denn sonst kann der ultima-ratio-Charakter der Transplantation gar nicht deutlich gemacht werden. Der Patient muß weiter über die für seine Urteilsbildung wichtigen “Gegengründe” informiert werden; das sind einmal die allgemeinen Risiken der großen Operation selbst, insbesondere ihre Sterblichkeitsrate⁵⁶; es sind ferner die spezifischen Risiken der betreffenden Transplantationsart, wozu vor allem die immunbiologischen Gefahren gehören⁵⁷; und es sind schließlich die –physisch und psychisch oft bedrückenden–Folgen und Nebenwirkungen einer geglückten Implantation⁵⁸.

Das alles klingt schlimmer, als es ist: In den meisten Fällen wird der Patient, für den eine Organimplantation in Aussicht genommen wird, sein Leiden und dessen Lebensgefährlichkeit seit langem kennen. Dann ist die Aufklärung über den Befund gegenstandslos und dann trifft die Erörterung des Eingriffs, seiner Risiken und seiner Nebenfolgen den mit seinem Schicksal vertrauten Patienten kaum je so schockhaft, wie etwa die unvermutete Eröffnung einer Krebsdiagnose⁵⁹. Aber auch abgesehen hiervon verlangt die Rechtsprechung ja kein “Kollossalgemälde” aller nur erdenklichen Risiken und Folgen⁶⁰: Die Aufklärungspflicht betrifft nicht solche Folgen, denen jederzeit wirksam begegnet werden kann, wie etwa Blutungen während einer Operation; auch nicht die Folgen, von denen allgemein bekannt ist, daß sie mit jedem operativen Eingriff verbunden sein können, wie etwa eine Embolie; und auch nicht atypische oder seltene Folgen, die schon den Charakter unberechenbarer Zufälligkeiten haben. Gegenstand der Aufklärungspflicht sind nur die wesentlichen und häufigeren (typischen) Risiken. Und auch bei diesen braucht die Aufklärung nur in für Laien verständlicher Form zu geschehen.

⁵⁵ Vgl. dazu eingehend: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 18 ff zu § 226 a StGB; ferner die Rechtsgrundsätze in § 3 Abs. 1 KastrG (Anm. 52).

⁵⁶ Vgl. BGHSt Band 12, S. 379 ff (383).

⁵⁷ Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 98; Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 78; Günter Brenner (Anm. 42), S. 134.

⁵⁸ Vgl. K.H. Bauer in Der Chirurg, 1967, S. 250; Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 78.

⁵⁹ Vgl. dazu auch: Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 98.

⁶⁰ Vgl. zum folgenden statt vieler: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 19 zu § 226a StGB; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 59 ff.

2. Für weitere Einschränkungen der Aufklärungspflicht ist jedoch bei Organimplantationen -im Gegensatz zu manchen anderen Operationen- kein Raum:

Das gilt schon für die landläufige These, daß es einer Aufklärung des Patienten nicht bedürfe, wenn dieser darauf *verzichte*⁶¹. In der Rechtslehre ist schon seit langem auf die dogmatische Absurdität dieser "Verzichtstheorie" hingewiesen worden⁶². Denn wenn -wie die ständige Rechtsprechung betont - zur Rechtfertigung eines ärztlichen Eingriffs die Einwilligung des Patienten nötig ist und wenn diese Einwilligung zu ihrer Wirksamkeit der Einsicht des Patienten in die Sachlage und damit der Aufklärung durch den Arzt bedarf, dann ist unverständlich, wie eine ohne Aufklärung und folglich ohne Einsicht in Gegenstand und Tragweite erklärte Einwilligung wirksam sein könnte. Anders ausgedrückt: Von einer *bewußten und freien* Ausübung des Selbstbestimmungsrechts kann bei "blindem Vertrauen" eines Patienten, der nicht weiß, worum es geht und was auf dem Spiele steht, jedenfalls in Rechtsinne nicht die Rede sein. Man mag sich bei kleinen, alltäglichen operativen Eingriffen mit juristischen Kunstgriffen um diese Einsicht drücken; bei riskanten Operationen, insbesondere bei den mit-zum großen Teil beträchtlichem-Todesrisiko behafteten Organtransplantationen halte ich dies für ausgeschlossen. Angesichts der unberstrittenen besonderen Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts im Transplantationsbereich⁶³, kann der Schluß nur dahin gehen: eine Einwilligung ist hier lediglich dann wirksam, wenn sie auf erfolgter gehöriger Aufklärung beruht⁶⁴. Es ist gewiß kein Zufall, daß die Literatur die seltsame Rechtsfigur des Aufklärungsverzichts bei der Erörterung von Transplantationen totschweigt.

Auch ein anderer, bei sonstigen Operationen oft bemühter Grundsatz kann hier nicht gelten: die These nämlich, je *dringender* die Operation indiziert sei, *desto geringere* Anforderungen seien an die Aufklärungspflicht zu stellen⁶⁵; und bei lebensbedrohlicher Lage brauche der Arzt mit der Einwilligung überhaupt nicht "viel Umstände" zu

⁶¹ Vgl. dazu: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 14 a. E. zu § 226a StGB, mit Nachweisen.

⁶² Vgl. zum folgenden Gerd Geilen (Anm. 52), S. 24 ff.

⁶³ Vgl. besonders: Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 78.

⁶⁴ Ebenso: Günter Brenner (Anm. 42), S. 134; vgl. auch: K.H. Bauer in Der Chirurg 1967, S. 250; Karl Engisch in Der Chirurg 1967, S. 255.

⁶⁵ Vgl. dazu: Theodor Lenckner in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand-Nr. 16 zu § 223 StGB; Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 14 zu § 226a StGB; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 59.

machen⁶⁶. Diese Rechtsansicht ist schon in sich fragwürdig, weil sie in "Eilfällen" das angebliche Fundament für die Wirksamkeit der Einwilligung – eben die Aufklärung – bis auf im Grunde unzulängliche Rudimente reduziert, obgleich die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung und die Eilbedürftigkeit der Operation nicht in einem Verhältnis der begrifflichen Austauschbarkeit zueinander stehen. Indessen mag dies hier auf sich beruhen. Denn einmal bricht die Notwendigkeit einer Implantation von Organen kaum je unvermutet "über Nacht" herein; und zum anderen bedürfen Implantationen in aller Regel auch einer – oft zeitraubenden – medizinischen Vorbereitung beim Transplantatempfänger. Somit ist Zeit dafür vorhanden, daß ein anderer anerkannter Rechtsgrundsatz seine unabdingbare Funktion behält: der Grundsatz nämlich, daß die Genauigkeit der Aufklärung entscheidend vom *Grade der Gefährlichkeit* des Eingriffs abhängt; sich also mit zunehmendem Risiko steigert⁶⁷. Angesichts des schon mehrfach erwähnten – wenn auch abgestuften – Todesrisikos der Organeinpflanzungen ist es folglich richtig, wenn die Literatur hier eine unverkürzte Aufklärung als Voraussetzung einer gültigen Einwilligung verlangt⁶⁸.

Unser Recht kennt schließlich noch eine dritte, hier erwähnenswerte Einschränkung der Aufklärungspflicht: Eine Teilaufklärung soll genügen, wenn eine Vollaufklärung den Patienten so schwer belasten würde, daß der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich *beeinträchtigt* würde⁶⁹. Indessen ist dieser Grundsatz aus einem doppelten Grunde auf die Fälle der Organimplantation nicht übertragbar: Zum einen ist der präsumtive Transplantatempfänger ja – wie soeben erörtert – in aller Regel seit langem mit seinem Leiden und mit dessen Gefährlichkeit vertraut, so daß ihn eine volle ärztliche Aufklärung nicht mehr "vernichtend" trifft. Und zum anderen trägt nach geltendem Recht die Einwilligung *nur soweit* wie die Teilaufklärung reicht, während *im übrigen* auf die Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung zurückgegriffen werden muß⁷⁰; bei Organimplantationen kann aber – wie ich früher dargetan habe – niemals vermutet werden, daß der Patient einwilligen würde, wenn er gefragt werden könnte. Freilich wollen

⁶⁶ Vgl. BGHSt Band 12, S. 379 ff (382).

⁶⁷ Vgl. Hans Joachim Hirsch wie Anm. 65.

⁶⁸ Vgl. Anm. 64. – Auch sonst verlangt die Literatur (mit Recht) bei neuartigen Behandlungsmethoden eine besonders eingehende Aufklärung über die Risiken; vgl. dazu: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 19 a. E. zu § 226 a StGB, mit Nachweisen.

⁶⁹ Vgl. dazu Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 27 zu § 226 a StGB, mit Nachweisen.

⁷⁰ Vgl. Anm. 69.

die Reformvorschläge sich in den Fällen der bloßen Teilaufklärung bei gefahrbedingter Eile damit begnügen, daß –statt einer (positiv) zu vermutenden Zustimmung –lediglich (negativ) anzunehmen sei, daß der Patient seine Einwilligung nicht verweigern würde⁷¹. Dabei handelt es sich indessen um eine auch verfassungsrechtlich fragwürdige⁷² Beschneidung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, die –entgegen vereinzelt Stimmen in der Literatur – keinesfalls auf das geltende Recht übertragen werden sollte. Bei Organimplantationen hätte dies im geltenden Recht auch die groteske Folge, daß man sich mit einem *minus* gegenüber der –ihrerseits ja nicht einmal tragfähigen –mutmaßlichen Einwilligung begnügen würde. Ich pflichte daher der Warnung eines unserer bedeutendsten Strafrechtslehrer bei, daß man sich hüten solle, für Organtransplantationen Kapital aus den Klauseln der Reformvorschläge zu schlagen und daß man hier eher zu einer strengen Interpretation neigen müsse⁷³.

Das Fazit lautet also: keine Organimplantation ohne ausdrückliche Einwilligung und keine gültige Einwilligung ohne volle Aufklärung.

3. Doch bleiben noch zwei Sonderfragen der Aufklärungspflicht zu erwähnen, die zugleich zum nächsten Kapitel überleiten, das vom Transplantatspender handeln wird:

In der juristischen Literatur wird zumeist angenommen daß der Arzt den Patienten auch über die Größe des Risikos unterrichten müsse, das der (lebende) Spender mit der Hingabe eines (für ihn nicht lebensnotwendigen) Organs –etwa einer Niere– auf sich nehme⁷⁴. Dagegen ist eingewandt worden, die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten könne hiervon nicht abhängen; denn es sei ausgeschlossen, den Arzt wegen Körperverletzung am Empfänger zu bestrafen, wenn er diesen nicht genügend über das Risiko des Spenders aufgeklärt habe⁷⁵. Dies ist indessen eine kurzschlüssige Argumentation, bei der verkannt wird, daß die Organtransplantation aus der –bei anderen Operationen fehlenden –Beteiligung zweier Menschen auch ihre rechtliche Besonderheit erfährt. So nehmen ja auch dieselben Kritiker umgekehrt ganz unbefangen und völlig richtig an, daß der Transplantatspender über

⁷¹ Vgl. § 162 Abs. 3 Nr. 4 des StGB-Entwurfs 1962 (Anm. 36).

⁷² Vgl. Anm. 38.

⁷³ Vgl. Karl Engisch (Anm. 42), in *Der Chirurg* 1967, S. 255.

⁷⁴ So: Karl Engisch wie Anm. 73; Eckhart von Bubnoff, in *GA* 1968, S. 78–79; Gernot Korthals, *Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation*, 1969, S. 51; wohl auch: Max Kohlhaas, *Rechtsfragen zur Transplantation von Körperorganen*, in *NJW* 1967, S. 1490.

⁷⁵ Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 99; Michael-Peter Henninger (Anm. 42), S. 141.

die Erfolgsaussichten beim *Empfänger* aufzuklären sei⁷⁶. Greift also der geschilderte Einwand nicht durch, so ist folgendes entscheidend: Ebenso wie bei der Entscheidung des Arztes über die medizinische Indikation auch standesethische Gesichtspunkte eine – unter Umständen ganz beherrschende – Rolle spielen, darf man dem Patienten für die in Einsicht und Freiheit zu treffende EntschlieÙung über Erteilung oder Verweigerung seiner Einwilligung nicht den *MaÙstab des Gewissens* verweigern. Die Frage, ob er das Opfer des Spenders annehmen soll, ist aber in hohem MaÙe eine Gewissensfrage; das Gewissen vermag jedoch hier ohne Kenntnis der Risiken des Spenders nicht zu sprechen.

Nun sollte auch kein Streit mehr darüber bestehen, daÙ der Arzt den Patienten darüber aufzuklären hat, ob das Transplantat – statt von einem lebenden Spender – von einem Frischverstorbenen oder aus einer Organbank stammt⁷⁷. Denn auch diese Umstände vermögen die Gewissensentscheidung – etwa aus religiösen Gründen – zu beeinflussen.

Es ist, so scheint mir, nicht das Unwichtigste an unserem Transplantationsthema, daÙ sich hier allenthalben – auf der Seite des Arztes und auf der Seite des Patienten – eine enge Verknüpfung der Maßstäbe des Rechts und des Gewissens offenbart.

B.

Wenden wir uns nun den Rechtsfragen zu, die sich mit dem Blick auf einen *lebenden Organspender* ergeben. Angesichts der eingehenden Rechtsausführungen, die ich im vorangegangenen Kapitel zur Implantation von Organen gemacht habe, genügt es jetzt, die rechtlichen *Unterschiede bei der Explantation* von Organen aufzuzählen.

Der Eingriff am Spender erfolgt *in fremden Interesse*. Dadurch unterscheidet er sich vom Eingriff beim Empfänger, der durch die Tendenz zur Heilung des Patienten geprägt ist. Aus diesem Grunde ist es auch in der Rechtslehre unbestritten, daÙ der Eingriff beim Spender den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt und daher eines Rechtfertigungsgrundens bedarf⁷⁸. Dafür kann es – anders als im Empfängerfall – nicht auf eine „medizinische Indikation“ ankommen, denn eine solche ist dem Eingriff am gesunden Spender wesensfremd. Zwar muß auch die Transplantatentnahme „*lege artis*“ erfolgen; doch will ich diese Fra-

⁷⁶ Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 103; Michael-Peter Henninger (Anm. 42), S. 104.

⁷⁷ So: Karl Engisch in Der Chirurg 1967, S. 255; Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 79.

⁷⁸ Vgl. Eberhard Schmidt bei Ponsold (Anm. 4), S. 44–45; Karl Engisch bei Stich-Bauer (Anm. 4), S. 1550 ff; Karl Engisch in Der Chirurg 1967, S. 253; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 103; Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 66.

ge auch hier beiseitelassen. Die speziellen Probleme liegen nämlich in zwei anderen Voraussetzungen für die Rechtfertigung einer Organexplantation:

1. Für die Einwilligung gelten bedeutsame Besonderheiten.
2. Der Eingriff darf nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstoßen (§ 226 a StGB).

1.

Der Eingriff beim Spender bedarf zu seiner Rechtfertigung ebenfalls einer vorher erklärten wirksamen *Einwilligung* (§ 226 a StGB).

1. Diese Einwilligung kann hier jedoch anders als auf der Empfängerseite *nur vom Spender selbst* und folglich nur von einem einwilligungsfähigen Spender erteilt werden; die Sorgeberechtigten scheiden dafür aus⁷⁹. Das hat folgende Gründe: Bei der Organentnahme geht es um die Leistung eines Opfers zugunsten eines Dritten; der Eingriff hat für den Spender nur Nachteile. Die Sorgeberechtigten – seien es die Eltern eines Jugendlichen, der Vormund eines Geisteskranken oder der Pfleger eines gebrechlichen Erwachsenen – haben aber ausschließlich die Interessen ihres Schützlings zu wahren; eine Zustimmung zu einer stets mit Risiken verbundenen Transplantatentnahme wäre daher ein Mißbrauch des Sorgerechts, der die Einwilligung unwirksam machen würde⁸⁰.

2. Die fehlende ausdrückliche Einwilligung des Spenders selbst kann auch in Notfällen *niemals* durch einen anderen Rechtfertigungsgrund *ersetzt* werden; das ist hier – im Gegensatz zur Empfängerseite – heute unstrittig:

Wählt man nämlich für ein solches Notrecht die Rechtsfigur der *mutmaßlichen Einwilligung*, so fehlt es offenkundig an deren früher geschilderten Voraussetzungen: Die *mutmaßliche Einwilligung* kann nur solche Eingriffe rechtfertigen, die dem eigenen Gesundheitsinteresse des Betroffenen dienen⁸¹; denn ihr Zweck ist – wie erörtert – ausschließlich, die fehlende "echte" Einwilligung eines in Lebens- oder Gesundheitsgefahr schwebenden Patienten zu ersetzen, bei dem eine eilige rettende Operation vorgenommen werden soll; auf die Trans-

⁷⁹ Ebenso: Karl *Engisch* in *Der Chirurg* 1967, S. 253; Max *Kohlhaas* in *NJW* 1967, S. 1490; Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 104; Eckhart von *Bubnoff* in *GA* 1968, S. 68–69; Günter *Brenner* (Anm. 42), S. 129; Gerd *Geilen* (Anm. 45), S. 149; Michael-Peter *Henninger* (Anm. 42), S. 110–111.

⁸⁰ Vgl. die Nachweise in Anm. 79.

⁸¹ So Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 121.

plantatentnahme beim Spender trifft dies alles nicht zu. Sodann läßt sich niemals "vermuten", daß der (etwa bewußtlose) Spender mit einer Organentnahme einverstanden sein würde⁸², denn ihn erwarten nur Risiken; infolgedessen kann die "Vermutung" nur umgekehrt dahin gehen, daß auch ein "verständiger" und "vernünftiger" Mensch – selbst ein naher Verwandter des Patienten – nur in nicht vorausberechenbaren Ausnahmefällen in eine Organentnahme einwilligen würde. Der Rückgriff auf eine "mutmaßliche" Einwilligung des Spenders ist also schlechthin unzulässig.

Wählt man statt dessen die Rechtsfigur des *rechtfertigenden Notstands*, so kommt zu den schon auf der Empfängerseite erörterten Ablehnungsgründen hier beim Spender noch ein weiteres rechtliches Hindernis hinzu: Nach heute mit Recht herrschender Ansicht erlaubt der beim rechtfertigenden Notstand anzustellende Wertvergleich es schon im Hinblick auf die Menschenwürde nicht, einen anderen – über seine Freiheitsrechte und seine verantwortliche sittliche Entscheidung hinweg – zu zwingen, seinen Körper als bloßes Mittel zur Erreichung eines – wenn auch wünschenswerten – Zweckes verwenden zu lassen⁸³. Im übrigen wäre ein solcher nichtkonsentierter Eingriff in die unantastbaren Freiheitsrechte des Betroffenen auch kein "angemessenes" Mittel zur Gefahrabwendung mehr (§ 34 Satz 2 n.F. StGB)⁸⁴. Das gilt uneingeschränkt auch zwischen nahen Verwandten, und zwar selbst dann, wenn ihre Transplantatspende die einzige Rettungschance für den Patienten wäre; denn auch dann, wenn diese Verwandten – wie etwa die Eltern gegenüber ihrem Kinde – eine Schutz- und Beistandspflicht (= sogenannte Garantspflicht) haben, läge die erzwungene Organentnahme jenseits der zumutbaren Opfergrenze; die Garantpflicht ist keine Pflicht zur Selbstschädigung⁸⁵. Eine nichtkonsentierter – insbesondere zwangsweise – Transplantatentnahme ist also schlechthin unzulässig⁸⁶.

⁸² Vgl. dazu: Eckhart von Bubnoff in GA 1968, S. 69; Gernot Korthals (Anm. 74), S. 88–89; Günter Brenner (Anm. 42), S. 130; Michael-Peter Henninger (Anm. 42), S. 112; Gerd Geilen (Anm. 45), S. 134 u. 144.

⁸³ Vgl. Bundestagsdrucksache IV/650, S. 160; Hans Lüttger, Neue Probleme um den Todesbegriff im Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, in Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1971, S. 279 ff (291); zahlreiche weitere Nachweise bei: Hans Lüttger, Der Tod und das Strafrecht, in JR 1971, S. 309 ff (314).

⁸⁴ Vgl. Eduard Dreher (Anm. 6), Rand-Nr. 16 zu § 34 StGB.

⁸⁵ Vgl. dazu: Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 121–122; Gernot Korthals (Anm. 74), S. 87–88; Michael-Peter Henninger (Anm. 42), S. 121.

⁸⁶ Ebenso: Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 103; Gernot Korthals wie Anm. 85; Michael-Peter Henninger (Anm. 42), S. 120; Gerd Geilen (Anm. 45), S. 134 u. 144 ff. – Das gilt auch für den seltsamen Fall, daß der Spender den Empfänger auf strafbare Weise

Allein denkbarer Rechtfertigungsgrund für eine Organexplantation ist mithin die von einem einwilligungsfähigen Spender selbst ausdrücklich erklärte Einwilligung. Damit scheiden alle Personen als Spender aus, die entweder einwilligungsunfähig sind oder die eine solche Einwilligung nicht geben.

3. Zu einer wirksamen Einwilligung gehört – wie ich früher erwähnt habe – eine Entschließung in völliger *Freiheit des Willens*. Zwang, Drohung und andere die Freiwilligkeit ausschließenden Willensmängel machen die Einwilligung mithin unwirksam⁸⁷. Dabei sind an die Freiwilligkeit hier strenge Anforderungen zu stellen⁸⁸. Deshalb ist nach herrschender Meinung eine Einwilligung unwirksam, die ein Spender auf Grund von Pressionen seiner Familie erteilt oder die ein Strafgefangener aus Furcht vor Nachteilen im Strafvollzug abgibt⁸⁹.

4. Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt auch beim Spender Einsicht in die Sachlage und folglich eine *ärztliche Aufklärung* über die Risiken voraus. Da es beim Spender jedoch nicht um dessen Rettung aus Lebens- oder Gesundheitsgefahr, sondern um die Auferlegung eines Opfers geht, muß die ärztliche Aufklärung hier unstreitig weitaus umfassender sein⁹⁰: Sie muß das Operationsrisiko und das Risiko postoperativer Störungen umfassen, so etwa im Falle einer Nierentransplantation die Gefahren der Einnierigkeit bei Unfall oder Krankheit. Dabei beschränkt sich die Aufklärungspflicht nicht – wie beim Empfänger – auf die wesentlichen und typischen Risiken; sie muß vielmehr alle – auch entfernte – Gefahren einschließen. Damit der Spender den Nutzen seines Opfers gegen dessen Risiken abwägen kann, muß der Arzt ihn auch über die mutmaßlichen Erfolgchancen einer Implantation beim Empfänger aufklären; auch hier wirkt sich also die in der Beteiligung zweier Menschen liegende Besonderheit der Organtransplantation aus. Dies alles ist unstreitig; doch mag im Anschluß

vorsätzlich verletzt hat und nun den von ihm angerichteten Schaden durch seine Organspende wiedergutmachen soll (vgl. dazu: Karl *Engisch* in *Der Chirurg* 1967, S. 254); denn ein Zwang zu solcher "körperlicher Naturalrestitution" ist dem deutschen Recht fremd.

⁸⁷ Vgl. RGSt Band 41, S. 392 ff (396); BGH in JZ 1964, S. 323.

⁸⁸ Vgl. Ernst *Heinitz*, *Rechtliche Fragen der Organtransplantation*, 1970, S. 29.

⁸⁹ Vgl. dazu: Max *Kohlhaas* in NJW 1967, S. 1490; Eckhart von *Bubnoff* in GA 1968, S. 67; Gernot *Korthals* (Anm. 74), S. 78; Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 104, 122; Günter *Brenner* (Anm. 42), S. 129; Michael-Peter *Henninger* (Anm. 42), S. 106; Gerd *Geilen* (Anm. 45), S. 150.

⁹⁰ Vgl. dazu und zum folgenden: Max *Kohlhaas* wie Anm. 89; Eckart von *Bubnoff* wie Anm. 89; Gernot *Korthals* (Anm. 74), S. 76 ff; Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 103; Ernst *Heinitz* (Anm. 88), S. 29; Günter *Brenner* (Anm. 42), S. 128; Michael-Peter *Henninger* (Anm. 42), S. 102 ff; Gerd *Geilen* (Anm. 45), S. 147 ff.

an meine Ausführungen zur Aufklärung des Empfängers hier noch folgendens angefügt werden: Ein *Verzicht* auf eine Aufklärung über die Risiken der Transplantatentnahme ist beim Spender erst recht unbeachtlich. Die etwaige *Dringlichkeit* der Transplantation ändert nichts an der Pflicht zu umfassender Aufklärung des Spenders. Daß eine volle Aufklärung den Spender seelisch und vielleicht auch körperlich *schwer belastet*, entbindet nicht von der Pflicht zu "ungeschminkter" Wahrhaftigkeit. Die "fromme Lüge" mag ihren Platz am Sterbebett haben; der Spender muß die ganze Wahrheit kennen, wenn seine Einwilligung eine *bewußte* Ausübung des Selbstbestimmungsrechts sein soll.

5. Die von einem einwilligungsfähigen Spender in voller Einsicht und Willensfreiheit erteilte Einwilligung ist *nicht* deshalb *unwirksam*, weil ihre *Motive sittenwidrig* sind; so etwa, wenn der Spender eine unangemessen hohe Vergütung erzielen will oder wenn er sich durch den mit der Organentnahme verbundenen längeren Krankenhausaufenthalt einer bestehenden Unterhaltspflicht entziehen will⁹¹. Denn die Einwilligung ist – wie früher erörtert – eine eigenständige Rechtsfigur des Strafrechts, auf welche die zivilrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) keine Anwendung finden⁹². Wir brauchen uns also um derart seltsame Motive nicht weiter zu kümmern.

6. Doch bleibt eine andere, wichtige Schranke: Niemand kann rechtswirksam in seine Tötung einwilligen⁹³. Unser Recht reagiert zwar auf einen *Selbstmordversuch* nicht mit einer Bestrafung des erfolglosen Selbstmörders; es macht aber deutlich, daß es niemand erlaubt ist, die Verfügung über das eigene Leben einem *anderen* zu übertragen⁹⁴. Denn nach § 216 StGB ist sogar die auf "ausdrückliches und ernstliches Verlangen" hin erfolgende Tötung strafbar. Das hat Folgen für unser Thema: Als Gegenstand einer Transplantatspende kommen nur nicht lebenswichtige Gewebe und paarige Organe in Betracht⁹⁵; den Spender eines *unpaarigen* Organs berauben, hieße ja, ihn töten⁹⁶.

⁹¹ Vgl. dazu: Eckart von Bubnoff in GA 1968, S. 67; Gernot Korthals (Anm. 74), S. 69; Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 73.

⁹² Vgl. RGSt Band 74, S. 95; BGHSt Band 4, S. 91; Ulrich Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in GA 1969, S. 145 ff, mit Nachweisen.

⁹³ Vgl. RGSt Band 2, S. 442 ff; BGHSt Band 4, S. 93; Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (BayObLGSt) 1957, S. 75 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu: Günter Dürig (Anm. 38), Rand-Nr. 12 zu Art. 2 Abs. 2 GG.

⁹⁵ Vgl. Paul Bockelmann (Anm. 4), S. 103; Gerd Geilen (Anm. 45), S. 138.

⁹⁶ So Paul Bockelmann wie Anm. 95.

Die Romanfigur der ihr Herz für das geliebte Kind opfernden Mutter hat mir der medizinisch-juristischen Realität nichts zu tun.

II

Aus § 226 a StGB ergibt sich, daß auch eine mit Einwilligung des Betroffenen vorgenommene Körperverletzung gleichwohl rechtswidrig bleibt, wenn *die Tat* trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Es geht jetzt also um die Frage einer etwaigen Sittenwidrigkeit des Eingriffs, nicht um die soeben erörterte Frage nach der Sittenwidrigkeit der Einwilligung⁹⁷. Dieses Problem taucht auf der Empfängerseite kaum je auf, denn eine – in den geschilderten engen Grenzen – medizinisch indizierte sowie mit gültiger Einwilligung und nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführte Implantation verstößt unstreitig nicht gegen die guten Sitten⁹⁸. Wohl aber stellt sich dieses Problem bei der *Explantation*; und hier wirkt sich auch ein bedeutender Wandel in der Auslegung dieser Schranke für die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung aus. Ich kann dies nur unter Verzicht auf rechtstheoretische Einzelheiten in seiner unmittelbaren Auswirkung auf die Organ entnahme aufzeigen.

1. Nach noch heute herrschender und früher sogar unbestrittener Ansicht liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nur vor, wenn die Tat gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt⁹⁹. Soweit man sich überhaupt um eine Ausfüllung dieser unpräzisen Formel bemühte, stellte man zumeist darauf ab, ob die Tat nach den Umständen, insbesondere im Hinblick auf die Beweggründe und die Ziele des Handelnden und des Verletzten sowie die angewandten Mittel und den Umfang der Verletzung verwerflich sei; damit waren freilich auch nur Gesichtspunkte für die richterliche Bewertung des „sozialethischen Unwerturteils aller billig und gerecht Denkenden“ umschrieben¹⁰⁰. Auf der Basis solcher Formeln verlor die Schranke der Sittenwidrigkeit des Eingriffs viel von ihrer Bedeutung¹⁰¹; das zeigt

⁹⁷ Vgl. zu dieser Unterscheidung: RGSt Band 74, S. 95; BGHSt Band 4, S. 91.

⁹⁸ Vgl. dazu allgemein: BGHSt Band 19, S. 201 ff (203); Walter *Stree* in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand-Nr. 16 zu § 226 a StGB; Paul *Bockelmann* (Anm. 4), S. 52.

⁹⁹ Vgl. BGHSt Band 4, S. 32 u. 91. – Die Schwierigkeiten dieser Formel werden beispielhaft daran deutlich, daß – ausgerechnet in einer pluralistischen Gesellschaft – die „Skrupel einer Minderheit“ irrelevant sein sollen (so Paul *Bockelmann*, Anm. 4, S. 97–98).

¹⁰⁰ Vgl. § 152 des Entwurfs eines StGB 1962-Bundestags-Drucksache IV/650 – mit Begründung S. 286 ff; Eduard *Dreher* (Anm. 6), Rand-Nr. 9 zu § 226 a StGB. – Zum Streit um diese Formel vgl. besonders: Hans Joachim *Hirsch* in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 7 zu § 226 a StGB; Walter *Stree* in Schönke-Schröder (Anm. 36), Rand-Nr. 6 zu § 226 a StGB.

¹⁰¹ Vgl. dazu allgemein: Ulrich *Berz* wie Anm. 92.

sich besonders deutlich bei der Organentnahme: Daß nämlich die *Beweggründe und Ziele des Arztes* sowie die von ihm angewandten *Mittel* kein sittliches oder sozialetisches Unwerturteil verdienen, wenn die Organentnahme zur Rettung eines Schwerkranken, mit wirksamer Einwilligung des Spenders und *lege artis* erfolgt, liegt auf der Hand. Und sollten wirklich einmal die *Motive und Ziele des Spenders*—wie früher geschildert—anstößig sein, so bleibt dies in der Gesamtwertung aller Kriterien von untergeordneter Bedeutung¹⁰². Daß todbringende Entnahmen lebenswichtiger Organe unzulässig sind, ergab sich schon aus der Unmöglichkeit einer wirksamen Einwilligung des Spenders in seine Tötung. Schranken ergeben sich aus unserer Formel erst im Hinblick auf *Art und Umfang der Verletzungen*, die dem Spender drohen: schwere Verstümmelungen, bleibende schwere Entstellungen und schwere Gesundheitsschäden würden in der Gesamtwertung durchaus einer Transplantatentnahme den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken und sie damit verbieten¹⁰³. Und weil die Beweggründe, Ziele, Mittel und Verletzungen nur Beispiele ohne abschließende Bedeutung für die zu berücksichtigenden "Umstände" unserer Formel sind¹⁰⁴, ist auch die dem Spender drohende *Lebensgefahr* in die Wertung einzu beziehen¹⁰⁵. Einen *Wertungsmaßstab* hat man aber mit alledem *noch nicht* gewonnen.

Die zunehmenden Bedenken gegen die vage Formel von der "Sittenwidrigkeit" des Eingriffs¹⁰⁶ und gegen ihre bisher geschilderte Auslegung¹⁰⁷ haben in der Rechtslehre zu einer Neuinterpretation geführt, die sich an verfassungsrechtlichen Grundsätzen orientiert. Sie geht aus von der Erwägung, daß es hier um den Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte des Spenders auf Leben und körperliche Unversehrtheit handelt (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Dies führt dazu, daß die Zulässigkeit des Eingriffs beim Spender nicht nur von den erwähnten Voraussetzungen—wie Einwilligung und kunstgerechter Ausführung—, sondern auch von der Wahrung des verfassungskräftigen *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck* und des dazu gehörenden *Prinzips des geringstmöglichen Mittels* abhängt; fehlt es da-

¹⁰² Vgl. Eckart von Bubnoff in GA 1968, S. 70.

¹⁰³ Vgl. dazu näher: Gernot Korthals (Anm. 74), S. 72.

¹⁰⁴ Vgl. Bundestagsdrucksache IV / 650, S. 287.

¹⁰⁵ Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung: Hans Joachim Hirsch in LK (Anm. 36), Rand-Nr. 7 zu § 226 a StGB.

¹⁰⁶ Vgl. dazu statt vieler: Theodor Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", in Juristische Schulung (JuS) 1968, S. 249 ff u. S. 304 ff, mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁷ Vgl. dazu: Hans Joachim Hirsch und Walter Stree wie Anm. 100.

ran, so verstößt der Eingriff auch gegen die guten Sitten¹⁰⁸. Diese Grundsätze mögen zwar im wesentlichen auch von den früher erwähnten Formeln gemeint gewesen sein; ihre zweifelsfreie und zwingende Auswirkung als Mittel zur Ausfüllung des sozialetischen Unwerturteils entfalten sie jedoch erst durch den Rückgriff auf ihre verfassungsrechtliche Ausprägung. Vor allem aber setzen sie neue Maßstäbe und führen – namentlich im Bereich der Organentnahme – zu Konsequenzen, die den Rechtsgütern des Spenders – Leben, Gesundheit und körperliche Integrität – einen weitaus effektiveren Schutz gewähren:

Wenn nämlich zwischen der Schwere und den Risiken des Eingriffs beim Spender sowie der Aussicht auf Erfolg beim Empfänger ein angemessenes Verhältnis bestehen muß, so besagt dies folgendes¹⁰⁹: Eine – auch nur mit geringem Risiko behaftete – Organentnahme beim lebenden Spender scheidet schlechthin aus, wenn dem Empfänger *andere Therapien* helfen können. Sie scheidet ferner aus, wenn die Verwendung von *Leichentransplantaten* einen der Lebendspende in etwa vergleichbaren Erfolg verspricht, wie es heute schon bei Hornhaut sowie im Verhältnis zwischen Leichennieren und Nierenspenden lebender nichtverwandter Personen der Fall ist. Die Lebendspende wird also zunehmend durch die Entwicklung überholt und damit auch rechtlich immer mehr zurückgedrängt. Doch auch dort, wo sie heute noch ihren Platz hat, unterliegt sie rechtlichen Schranken. Denn von einem „angemessenen“ Verhältnis zwischen den Gefahren für den Spender und den Erfolgsaussichten beim Empfänger kann nur gesprochen werden, wenn das Spenderrisiko gering *und* die Erfolgchance beim Empfänger groß ist. Anders ausgedrückt: Eine Lebendspende von Organen scheidet aus, wenn das Spenderrisiko groß ist *oder* wenn die (generelle oder individuelle) Erfolgsaussicht beim Empfänger gering ist, wie heute noch bei der Transplantation von Lungenflügeln und Leberteilstücken. Und damit ist auch klar, daß die Organentnahme bei einem *lebenden* Spender immer dann unzulässig ist, wenn die betreffende Transplantationsart noch im Stadium des Experiments steckt; den dort kann ein „angemessenes“ Verhältnis zwischen Risiken und Chancen noch nicht prognostiziert werden. Hier bleibt nur der Rückgriff auf Leichentransplantate.

So haben die „guten Sitten“ einen guten Sinn.

¹⁰⁸ Vgl. dazu näher (mit teilweise unterschiedlicher Begründung): Gernot Korthals (Anm. 74), S. 26 ff und besonders S. 73; Günter Brenner (Anm. 42), S. 135 ff; Gerd Geilen (Anm. 45), S. 139 ff; Eckhard von Bubnoff in GA 1968, S. 69 ff.

¹⁰⁹ Vgl. zum folgenden die in Anm. 108 genannten Autoren, deren Argumente ich übernehme.

2. Den Abschlußmag ein Hinweis bilden, der in die Zukunft weist und zugleich wieder zum Transplantatempfänger zurückführt.

Sittenwidrig und somit unzulässig ist ein ärztlicher Eingriff auch dann, wenn er die den Leiwert unserer Verfassung bildenden *Würde des Menschen* verletzt (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG). Zwar ist eine exakte Definition des Begriffs der Menschenwürde bis heute nicht gelungen¹¹⁰; doch besteht Einigkeit darüber, daß damit der menschliche Persönlichkeitswert und die menschliche Individualität gemeint sind¹¹¹. Organtransplantationen verstoßen daher dann gegen die Menschenwürde, wenn sie die menschliche Individualität verändern. Das ist gewiß bei den bisher praktizierten und zuvor erörterten Transplantationen – schon mit Rücksicht auf ihre Art und ihre engen rechtlichen Grenzen – nicht der Fall. Es wäre aber dann der Fall, wenn man – mit den Futurologen unter den Humanbiologen¹¹² – an die Überpflanzung von weiblichen Eierstöcken oder männlichen Keimdrüsen oder gar von Gehirnen denkt¹¹³. Indessen ist die Transplantation von Eierstöcken und Keimdrüsen bei uns noch keine Realität; und die Transplantation von Gehirnen wird von namhaften Medizinern ohnehin für unmöglich gehalten. Überlassen wir es also denen, die nach uns kommen, bei solchen spektakulären Versuchen den Fortschritt der Medizin in die Schranken des Rechts zurückzuweisen.

Für die Juristen ist es tröstlich, daß manches nicht machbar ist, was manche möchten. Wir haben henug damit zu tun, der medizinischen Wissenschaft zu sahen, daß nicht alles erlaubt ist, was machbar ist.

¹¹⁰ Vgl. dazu: Günter *Dürig* (Anm. 38), Rand-Nr. 17 ff zu Art. 1 Abs. 1 GG und Rand-Nr. 34 zu Art. 2 Abs. 2 GG.

¹¹¹ Vgl. dazu: Horst *Trockel*, Menschenwürde und medizinischbiologische Forschung, in NJW 1971, S. 217 ff, mit Nachweisen.

¹¹² Vgl. zum Beispiel: Wladimir *Demichow*, Die Verpflanzung von Organen, in: Bild der Wissenschaft, 1966, S. 27 ff.

¹¹³ Vgl. dazu: Günther *Kaiser*, Künstliche Insemination und Transplantation, in: Göppinger (Hrsgbr.), Arzt und Recht, 1966, S. 58 ff (61, 79); Eckhart von *Bubnoff* in GA 1968, S. 70; Gernot *Korthals* (Anm. 74), S. 35 ff; Horst *Trockel* in NJW 1971, S. 219; Günther *Kaiser*, Einfluß der Fortschritte der Biologie und der Medizin, in: Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum VIII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung (Pescara 1970), Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1971, S. 35; Michael-Peter *Henninger* (Anm. 42), S. 117 f.-Anderer Ansicht: Gerd *Geilen* (Anm. 45), S. 151 ff.

