

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 750

# Die Motivationslösung

Neue Wege im Recht der Organtransplantation

Von

Hermann Christoph Kühn



Duncker & Humblot · Berlin

**HERMANN CHRISTOPH KÜHN**

**Die Motivationslösung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 750**

# Die Motivationslösung

Neue Wege im Recht der Organtransplantation

Von

Hermann Christoph Kühn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Kühn, Hermann Christoph:**

Die Motivationslösung : neue Wege im Recht der  
Organtransplantation / von Hermann Christoph Kühn. –  
Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 750)

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 1997

ISBN 3-428-09341-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09341-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

*Jedem das Seine geben:  
das wäre die Gerechtigkeit wollen  
und das Chaos erreichen.*

*Friedrich Nietzsche  
Unschuld des Werdens, 2, 613*

***Meinen lieben Eltern***



## Vorwort

Vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1997 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen.

Meinen großen Dank möchte ich zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wilfried Bottke, aussprechen. Seiner beispiellosen Offenheit ist es vor allem zu verdanken, daß ich dieses fachübergreifende Thema im Rahmen eines Promotionsverfahrens bearbeiten durfte. Seine eigenen Werke zu Fragen der Grenzbereiche des Strafrechts haben mir unschätzbare Anregungen für dieses Buch gegeben. Meinem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Jakob, möchte ich gleichfalls an dieser Stelle für seine Mühewaltung herzlich Dank sagen. Ein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Adolf Laufs, der mir in der Konzeptionsphase dieser Arbeit wertvolle Hinweise zu geben bereit war.

Mein besonderer Dank gilt darüber hinaus den vielen Medizinern, die mir während der Erstellung der Arbeit in unzähligen Gesprächen das nötige medizinische Verständnis vermittelten. Das Gespräch zwischen Medizinern und Juristen ist oft nicht leicht, um so dankbarer bin ich, daß ich selbst gewinnbringende Grenzgängererfahrungen sammeln konnte. Darüber hinaus gilt mein Dank dem Arbeitskreis Organspende und der Stiftung Eurotransplant für die Bereitschaft, mich mit Informationen und Datenmaterial zu versorgen.

All die anderen Menschen in meinem Umfeld, die mir während der Ausarbeitung durch Ermunterung oder Aufheiterung die notwendige Kraft gaben, dieses Projekt zu verwirklichen, sollen nicht unerwähnt bleiben. Gerade diese Beiträge sind mir sehr wertvoll. Vergebung und Verständnis für gelegentliche Ungebühr meinerseits sei an dieser Stelle nachgefragt.

Mittlerweile gibt es in Deutschland ein Transplantationsgesetz. Das allein ist ein Erfolg. Die bedeutsamen Fragen nach der gerechten Verteilung der Transplantate werden darin jedoch nur unzureichend beantwortet. Die Suche muß daher weitergehen und so versteht sich diese Arbeit als Anregung, das mühsam Geschaffene noch weiter zu verbessern.

Augsburg, im Januar 1998

*Hermann Christoph Kühn*



# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Einleitung</b>	15
-------------------	----

## *Kapitel 2*

### **Begriff, Entwicklung, Stand und Bedeutung der Organtransplantation**

I. Vorbemerkung.....	18
II. Begriffsbestimmung.....	18
III. Transplantationsarten .....	19
1. Autogene Organtransplantation .....	19
2. Isogene oder syngene Organtransplantation.....	19
3. Allogene Organtransplantation .....	19
4. Xenogene Organtransplantation.....	20
IV. Medizingeschichtliche Entwicklung.....	20
1. Frühgeschichte.....	20
2. Entwicklung der modernen Transplantationsmedizin .....	21
V. Organmangel als Grundproblem .....	24
VI. Bedeutung der Transplantationsmedizin heute .....	26
VII. Internationale Zusammenarbeit zur Organisation der Organtransplantation .....	28
VIII. Auswirkungen der Organtransplantation für Organempfänger .....	29
IX. Kostenüberlegungen .....	30

## *Kapitel 3*

### **Gesetzliche Regelungen der Organtransplantation in anderen Rechtsordnungen**

I. Einführung.....	31
--------------------	----

II. Österreich.....	32
1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Entwicklung der Organtransplantation .....	32
2. Ein Strafverfahren als Anstoß zur gesetzlichen Regelung der Organtransplantation .....	33
3. Regelung der Organtransplantation im Krankenanstaltengesetz .....	34
4. Abschließende Stellungnahme .....	37
III. Belgien.....	37
IV. Frankreich.....	39
V. Großbritannien .....	42
VI. Niederlande.....	45
VII. Vereinigte Staaten von Amerika .....	48
VIII. Québec.....	52
1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Entwicklung .....	52
2. Transplantationsrelevante Bestimmungen im Code Civil de Québec .....	52
3. Abschließende Stellungnahme .....	53
IX. Republik Singapur .....	54
1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Entwicklung .....	54
2. Der „Human Organ Transplant Act“.....	55
3. Abschließende Stellungnahme .....	56

#### *Kapitel 4*

#### **Rechtliche Grundlagen der Organtransplantation in Deutschland**

I. Einführung.....	58
II. Blick zurück.....	59
1. Entwurf eines Berliner Gesetzes über Transplantationen und Sektionen (1973).....	59
2. Transplantationsverordnung der DDR aus dem Jahre 1975.....	60
3. Erster Versuch zur Schaffung eines Bundestransplantationsgesetzes-Regierungsentwurf.....	61

4. Gegenentwurf des Bundesrates.....	65
5. Das rheinland-pfälzische Transplantationsgesetz aus dem Jahre 1994.....	66
III. Die derzeitige Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland .....	69
1. Voraussetzungen zur Organentnahme.....	69
a) Das Problem der Anerkennung des Hirntodes als rechtlich relevantes Kriterium zur Todesfeststellung.....	70
b) Einwilligung des Spenders bzw. seiner Angehörigen .....	79
aa) Verfügungsmacht über den eigenen Körper nach dem Tode .....	80
bb) Qualität des Zustimmungsrechts der Angehörigen.....	81
2. Entnahme vom Lebenden.....	83
VI. Stand des Gesetzgebungsverfahrens zum Bundestransplantationsgesetz .....	91
1. Derzeitiger Gesetzgebungsversuch .....	91
a) Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen .....	92
b) Mehrheitsentwurf .....	93
2. Bedeutung und Auswirkungen der wiedererwachten Hirntoddebatte.....	93
3. Verlauf der bisherigen Beratungen .....	94
4. Stellungnahme zu den diskutierten Entwürfen.....	96
V. Zwischenergebnis .....	97

*Kapitel 5*

**Möglichkeiten zur rechtlichen Regelung der Organtransplantation in Deutschland**

I. Einführung.....	98
II. Notstandslösung .....	99
1. Transplantationsgesetz auf der Basis der Notstandslösung.....	99
a) Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Aspekt des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.....	99
b) Menschenwürdegesichtspunkte.....	103
c) Art. 4 Abs. 1 GG Glaubens- und Religionsfreiheit.....	103
2. Rechtfertigender Notstand.....	107
a) Tatbestandsmäßigkeit der Organentnahme beim Verstorbenen.....	108

aa) Störung der Totenruhe, § 168 StGB.....	108
bb) Unterschlagung, § 246 StGB .....	110
b) Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB....	113
aa) Probleme bei der Annahme der Gegenwärtigkeit der Gefahr.....	113
bb) Ausschluß der alternativen Abwendbarkeit der Gefahr .....	115
cc) Gesamtabwägung.....	116
(1) Rechtfertigung einer Organentnahme unter der Prämisse der der Anerkennung der normativen Bedeutung des Hirntodes.....	116
(2) Rechtfertigung einer Organentnahme unter Anerkennung der jüngst geäußerten Zweifel an der Aussagekraft des Hirntodes....	120
dd) Grundlegende systematische Bedenken. ....	122
3. Zwischenergebnis .....	123
III. Widerspruchslösung.....	124
1. Begriff.....	124
2. Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	125
IV. Zustimmungslösung.....	133
1. Zustimmungslösung unter Einbeziehung der Angehörigen.....	134
2. Enge Zustimmungslösung .....	135
a) Pflichtanfrage („required request“) .....	136
b) Pflichtentscheidung („mandated choice“).....	136
V. Informationslösung.....	138
VI. Zwischenergebnis .....	138

### *Kapitel 6*

#### **Die Motivationslösung**

I. Einführung.....	140
II. Eine Idee wird formuliert.....	142
III. Rechtsphilosophischer Hintergrund.....	144
1. Gerechtigkeitserwägungen .....	144

Inhaltsverzeichnis	13
a) Die Sicht der Rechtsphilosophie .....	144
b) Der Gedanke der Reziprozität .....	147
c) Ende der Achtung altruistischen Handelns? .....	149
2. Gesellschaftsvertraglicher Deutungsversuch .....	154
a) Klassische Vorstellung der Gesellschaftswerdung .....	157
b) Die Reformulierung des Gesellschaftsvertrages durch John Rawls .....	158
c) Bedeutung des Rawls'schen Differenzmodells für die Motivationslösung .....	160
d) Zwischenergebnis .....	161
IV. Umsetzungsmöglichkeiten .....	161
1. Privatrechtliche Überlegungen .....	161
a) Versicherungsrechtlicher Lösungsansatz .....	162
b) Gesellschaftsrechtlicher Ansatz .....	163
c) Vereinsrechtlicher Ansatz .....	164
2. Schaffung eines Transplantationsgesetzes .....	165
a) Gründe für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung .....	165
aa) Rechtssicherheit .....	165
bb) Informations- und Effektivierungspotentiale .....	166
cc) Internationale Zusammenarbeit .....	167
dd) Verfassungsauftrag .....	167
b) Gesetzesvorschlag auf der Basis der erlangten Ergebnisse: „ <i>Transplan-</i> <i>tationsgesetz (TG)</i> “ .....	168

### *Kapitel 7*

#### **Die Verfassungsmäßigkeit des vorgeschlagenen Transplantationsgesetzes (TG)**

I. Vorbemerkung .....	171
II. Verfassungsmäßigkeit des § 2 TG .....	171
III. Verfassungsmäßigkeit des § 7 TG .....	173
1. Gleichheitsgesichtspunkte (Art. 3 GG) .....	173

a) Die Vereinbarkeit der Bevorzugung von registrierten Organspendern bei der Organverteilung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz.....	174
b) Die Vereinbarkeit der Schaffung einer Karenzzeit gemäß § 7 Abs. 1 2. Spiegelstrich TG mit dem allgemeinen Gleichheitssatz.....	178
c) Die Vereinbarkeit der Aufnahme aller Patienten bis zum Erreichen des Erklärungsalters in die Prioritätengruppe, § 7 Abs. 3 TG, mit dem Gleichheitssatz.....	180
d) Die Vereinbarkeit der Einreihung von entscheidungsunfähigen Personen in die Prioritätengruppe gemäß § 3 Abs. 1 TG mit dem Gleichheitssatz.....	182
e) Weitere spezielle Gleichheitsfragen, insbesondere die Frage nach der Vereinbarkeit der Bevorzugung von Organspendern bei der Organverteilung unter dem Aspekt des Verbotes der Benachteiligung aufgrund einer Religionszugehörigkeit gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.....	183
2. Verstoß gegen die Religionsfreiheit (Art. 4 GG)?.....	183
a) Praktisches Ausmaß möglicher Konflikte mit der Religionsfreiheit.....	184
b) Möglicher Eingriff in die Religionsfreiheit.....	185
c) Rechtfertigung des Eingriffs in die Religionsfreiheit.....	187
3. Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht?.....	189
4. Konflikt mit einem etwaigen Grundrecht auf Gesundheit?.....	189
5. Zusammenfassung der grundrechtlichen Analyse.....	190
IV. Effizienzüberlegungen.....	190
1. Analyse der Erfahrungen in der Republik Singapur.....	190
2. Theoretische Untersuchungen zur Steigerungsmöglichkeit der verfügbaren Transplantate.....	191
3. Die Motivationslösung als Chance.....	192
V. Schlußbemerkung.....	193
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>194</b>
<b>Sachwortverzeichnis.....</b>	<b>205</b>

## *Kapitel 1*

### **Einleitung**

In einer sich ständig verrechtlichenden Welt scheint kein Platz mehr zu sein für Lebensbereiche, die der juristischen Betrachtung entzogen wären. Gerade das Verhältnis von Medizin und Rechtswissenschaft gibt hierfür ein anschauliches Beispiel ab. Je größer die Möglichkeiten der medizinischen Diagnostik und Therapie werden, je mehr der Arzt mit seiner Kunst das menschliche Leben zu erhalten und zu verlängern vermag, desto mehr sinkt die Bereitschaft der Menschen, das eigene Schicksal zu akzeptieren, und desto mehr steigt das Bedürfnis, die Medizin in verstärktem Maße der rechtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Der Konfliktfelder sind hier Legion. Ärztlicher Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung, künstliche Befruchtung und Genmanipulationen seien hier nur stellvertretend für viele entstehende Probleme schlagwortartig genannt. Charakteristisch sind dabei stetes Mißtrauen auf der einen und das Gefühl der Bevormundung durch Sachkundige auf der anderen Seite. Häufig wird dabei nicht erkannt, daß der gemeinsame, interdisziplinäre Versuch, einen Fragenkreis einer für alle befriedigenden Lösung zuzuführen, für alle Beteiligten gewinnbringend sein kann.

Auch die Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Organtransplantation stellen, lassen sich nicht ausschließlich unter dem Blickwinkel eines Faches befriedigend lösen. Transplantation ist eine gesellschaftliche Herausforderung und muß daher auch unter Einbeziehung aller Standpunkte gesehen und gewürdigt werden. Die Medizin als die Wissenschaft, die diese Therapie seit langem und in großem Umfang anwendet, muß ihre Erfahrungen und Hoffnungen einbringen. Aber auch andere Fakultäten werden sich berufen fühlen, ihren Standpunkt vorzutragen. Tatsächlich berührt die Transplantation mit der Übertragung von Organen von einem Menschen auf einen anderen ein Tabuthema. Es werden dabei grundlegende ethische und theologische Fragen aufgeworfen, die eingehend bedacht werden müssen. Aber auch das Recht ist gefordert. Ihm kommt die Aufgabe zu, die unterschiedlichen Ansichten zusammenzuführen und dann verbindlich festzulegen, unter welchen Bedingungen die Transplantationsmedizin zu agieren hat. Daß dieser rechtliche Rahmen im Einklang mit der Verfassung stehen muß, versteht sich

von selbst. Darüber hinaus muß bedacht werden, daß eine verfassungsmäßige Ausgestaltung allein noch nicht den Erfolg der Regelung bedingt. Auch die rechtspolitische Frage, welches der verfassungsmäßigen Modelle letztendlich auch die größten Chancen auf Akzeptanz in der Bevölkerung hat, bedarf der Beantwortung.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die vielfältigen Lösungsmöglichkeiten und die jeweils dagegen geäußerten Bedenken kritisch zu sichten und rechtlich wie rechtspolitisch zu werten. Dabei beschränkt sie sich auf die Transplantation von Organen Verstorbener. Fragen der Lebendspende werden nur dann gestreift, wenn dies zum Verständnis notwendig ist. Als Ergebnis dieser Auseinandersetzung mit dem Problemkomplex wird ein eigener Entwurf eines deutschen Transplantationsgesetzes vorgelegt und gegen Ende der Arbeit seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft.

Am Beginn der Darstellung steht ein Kapitel zu Definition und Bedeutung der Organtransplantation aus medizinischer Sicht. In diesem wird auch der Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen die anschließende rechtliche Diskussion vorgenommen werden soll.

Im Anschluß daran, noch bevor auf die derzeitige Rechtslage in Deutschland eingegangen wird, folgt ein Kapitel zum Recht der Organtransplantation in ausgewählten ausländischen Rechtsordnungen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, ob nicht aus einem solchen Rechtsvergleich Denkanstöße für die noch ausstehende rechtliche Lösung des Problemkomplexes in unserem Land gewonnen werden könnten, zumal die bisherige Diskussion in Deutschland immer um die gleichen Fragen kreiste, ohne zu einer für alle Seiten befriedigenden Lösung gekommen zu sein. Der Blick über die Grenzen zeigt häufig ein völlig anderes Problemverständnis und demzufolge auch abweichende Lösungsmöglichkeiten. Dieses Vorgehen soll die Bedingungen für die notwendige Offenheit und Unvoreingenommenheit beim Herangehen an die Problematik schaffen.

Kapitel 4 ist mit „Rechtliche Grundlagen der Organtransplantation in Deutschland“ überschrieben. Ziel dieses Abschnittes ist es, zunächst aufzuzeigen, welche Gesetzesvorschläge in der Vergangenheit in Deutschland gemacht wurden. Da keiner dieser Entwürfe jemals Gesetzeskraft erlangt hat<sup>1</sup>, wird anschließend das Recht der Organtransplantation, so wie es sich heute anhand der allgemeinen Regeln darstellt und praktiziert wird, vorgestellt. Am Schluß des Kapitels wird auf den derzeitige aktuellen Gesetzentwurf eingegangen und der letzte verfügbare Stand analysiert.

---

<sup>1</sup> Abgesehen von der Transplantationsverordnung der DDR aus dem Jahre 1975, siehe dazu unten Kapitel 4 II., S. 60 ff.

Nachdem die Analyse der *lege lata* hinsichtlich der Transplantation menschlicher Organe unbefriedigend ist, soll in Kapitel 5 versucht werden, alle theoretischen Möglichkeiten zur Transplantationsregelung aufzuzeigen. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die verfassungsrechtliche Umsetzbarkeit gelegt. Dabei ergibt sich, daß nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht nur solche Modelle als verfassungsmäßig haltbar erscheinen, denen die Zustimmung des Organspenders als Entnahmevoraussetzung zugrunde liegt.

Eine solche Prämisse stimmt jedoch bedenklich im Hinblick auf die Möglichkeit, Menschen in einem größeren Umfang als bisher durch die Übertragung menschlicher Organe zu helfen. Denn: Fordert man eine zu Lebzeiten erteilte Zustimmung zur Organspende als unumgängliche Entnahmevoraussetzung, würde dies bei der derzeitigen Einstellung großer Kreise der Bevölkerung zum Ende der Transplantationsmedizin in Deutschland führen, da bisher nur ein verschwindend geringer Teil der Bevölkerung zu Lebzeiten eine Spendeerklärung abgegeben hat. Vor die Wahl gestellt, die grundrechtlich verbürgten Freiheiten des Einzelnen dem Pragmatismus der Transplantationsmedizin zu opfern oder nach Mitteln und Wegen zu suchen, eine möglichst große Zahl von Mitbürgern zur Organspende zu bewegen, schlägt die Arbeit einen neuen Weg ein: Ausgehend von dem alten Prinzip „do ut des“ wird in Kapitel 6 das Modell einer Motivationslösung skizziert. Dieser liegt der Gedanke zugrunde, daß zum einen jeder Mensch eher bereit ist, ein Opfer zu bringen, wenn er eine Gegenleistung dafür erhält. Zum anderen soll hier das Prinzip zum Tragen kommen, daß derjenige, der zu einer Organspende nach seinem Tod bereit ist, auch in den Genuß prioritärer Versorgung mit Spenderorganen kommen soll. Nachdem untersucht wurde, auf welche Weise eine rechtliche Umsetzung der Motivationslösung erfolgen könnte, entscheidet sich die Arbeit für eine gesetzliche Regelung in einem Transplantationsgesetz, welches in den entscheidenden Paragraphen im Entwurf vorgestellt wird.

Im abschließenden 7. Kapitel dieser Arbeit wird das Transplantationsgesetz in der vorgeschlagenen Fassung auf seine Verfassungsmäßigkeit hin untersucht. Es ergibt sich, daß eine rechtliche Regelung der Transplantationsmedizin auf der Basis der Motivationslösung sowohl rechtlich möglich als auch rechtspolitisch sinnvoll wäre.