

# Hirntod und Organtransplantation\*

Takaaki MATSUMIYA\*

## Einleitung: Das japanische und das koreanische Organtransplantationsgesetz (= TPG)

In Korea wurde das Organtransplantationsgesetz (= TPG) am 8. Februar 1999 verabschiedet und es ist am 9. Februar 2000 in Kraft getreten. Schon 1997 wurden in Japan und in Deutschland die TPG durchgesetzt. In Japan ist das Gesetz seit Oktober 1997 in Kraft.

Diese drei TPG haben bemerkenswerterweise nicht den sog. Hirntod als Tod des Menschen definiert, sondern nur die Bedingungen der Organentnahme geregelt. Nach dem Koreanischen Gesetz wird außerdem der Hirntod nicht für den Tod, sondern nur für ein Übergangsstadium zum Zwecke der Organtransplantation gehalten.<sup>1)</sup>

Das deutsche TPG übernimmt freilich das sog. weite Einwilligungsmodell, das mittlerweile auch in Japan einige Vertreter findet, während das japanische und das koreanische TPG das sog. enge Modell mit dem Ablehnungsrecht der Angehörigen übernehmen.

Diese Position dieses Gesetzes zum sog. Hirntod und den Bedingungen der Organentnahme suggeriert einerseits die Grundlosigkeit des Hirntodkonzepts, also des Konzepts, den sog. Hirntod mit dem Menschentod gleichzustellen, andererseits die Fragilität der Logik, die Organentnahme auch aus dem Hirntoten, also nach dieser Meinung noch Lebenden, zu erlauben.

### 1. Zwei Hirntodkonzepte: begriffliches und klinisches

„Was das Argument vom ‚point of no return‘ betrifft,“ so hat schon vor über 16 Jahren der Journalist Takashi Tachibana in seinem berühmten Werk „Noshi (= Hirntod)“ bemerkt, „kann der medizinische Befund, dass man den Patienten nicht mehr retten kann, nicht aber bedeuten, dass er kein Mensch mehr ist. Daraus, dass man, einschließlich des Nicht-Hirntoten, unwiderruflich im Sterben liegt, folgt nicht, dass der Zustand in diesem Zeitpunkt der Tod des Menschen ist.“ In diesem Satz zeigen sich alle Gründe für das Chaos.

---

\* Referat des Strafrechtskolloquiums: „Lebensschutz im Strafrecht“ in Seoul am 13. Sep. 2001.

1) s. Art. 17 k. TPG.

### 1-1 . Die Definition des Gesamthirntodes: all functions or a function as a whole

Was ist die Definition des Gesamthirntodes: Erlöschensein aller Funktionen oder der Gesamtfunktion des Gehirns?

Manchmal bemerkt man bei der Definition des Hirntodes, wie im Plenarvortrag von Roxin, dass es zwei verschiedene Definitionen gibt: Eine ist der Ausfall aller Funktionen (Plural) des Gehirns und die andere das Erlöschensein der Gesamtfunktion (Singular) des Gehirns. Diese Definitionen sind nicht dieselbe, weil sich nach der letzten noch einige Funktionen des Gehirns vielleicht erhalten können, während nach der ersten selbstverständlich keine überleben.

Daraus ergeben sich zwei Hirntodkonzepte. Eines ist das Konzept, den Hirntod als den Zustand des irreversiblen Erlöschenseins aller Funktionen, — genauer gesagt, nicht aller sondern aller wichtigen, um den Organismus zu integrieren, — des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms zu verstehen und diesen Zustand mit dem Tod des Menschen gleichzustellen. Das Andere ist das, den Hirntod als Zustand des irreversiblen Erlöschenseins der Gesamtfunktion des Gehirns zu definieren und diesen Zustand mit dem Tod des Menschen gleichzustellen. Man braucht nicht den Ausfall aller Funktionen des Gehirns festzustellen, um einen Menschen für tot zu halten. Ich möchte vorläufig das erste das begriffliche Hirntodkonzept nennen und das letzte das klinische Hirntodkonzept.

In der praktischen Medizin wird, wie im Folgenden, die klinische Definition des Hirntodes verwendet, und zwar auch in Japan.

„Der Hirntod wird definiert als Zustand der irreversibel erloschenen Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms. Dabei wird durch kontrollierte Beatmung die Herz- und Kreislaufunktion noch künstlich aufrechterhalten.“<sup>2)</sup>

Noch wichtiger ist das Diagnosekriterium dieser Richtlinien. Die Diagnose des Hirntodes erfordert die Erfüllung der Voraussetzungen, die Feststellung der klinischen Symptome: Bewußtlosigkeit (Koma), Hirnstamm-Areflexie und Atemstillstand (Apnoe), sowie den Nachweis der Irreversibilität der klinischen Ausfallsymptome. Die klinischen Symptome des Ausfalls der Hirnfunktion, die nach den Richtlinien festgestellt werden müssen, sind nur die Bewußtlosigkeit, die Lichtstarre beider ohne Mydriatikum mittel- bis maximal weiten Pupillen, die vier Hirnstamm-Areflexien<sup>3)</sup> und der Ausfall der Spontanatmung. Also nicht alle Hirnstamm-Areflexien bzw. Hirnfunktionen werden geprüft, und zwar nicht alle wichtigen für die Integration des gesamten Organismus. Die klinische Definition des Hirntodes bedeutet also nur den Befund, der sich aus dieser Diagnose ergibt,

---

2) Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, 3. Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG) Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer Stand: 24. 07. 1998, die trotz des Schweigens des TPG den Tod des Menschen erwähnen: „Mit dem Hirntod ist naturwissenschaftlich-medizinisch der Tod des Menschen festgestellt.“

3) Fehlen des okulo-zephalen Reflexes; Fehlen des Kornealreflexes; Fehlen von Reaktionen auf Schmerzreize im Trigeminusbereich; Fehlen des Pharyngeal- und Trachealreflexes; in Japan kommen noch drei weiteren Areflexie hinzu.

und das klinische Hirntodkonzept setzt diesen Befund mit dem Tod des Menschen gleich.

#### 1-2 . Implikation des „Erlanger(baby)-Falls“

„Dieses Konzept“ — das klinische Hirntodkonzept —, darauf weist Stephan Rixen in seiner Dissertation hin, „ist nach den Ereignissen um das ‚Erlanger Baby‘ von Hirnforschern, Medizinern, Ethikern und Theologen verstärkter Kritik unterzogen worden“.<sup>4)</sup> „Er nimmt dem Hirntodkonzept . . . seine bis dato vorherrschende Fraglosigkeit“.<sup>5)</sup>

Auch in Japan hat schon 1983 eine sog. hirntote Mutter ein Baby geboren, und zwar im natürlichen Geburtsprozess. Das Wichtigste ist, dass diese Hirntoten nach der sog. Hirntoddiagnostik, also Hirntodfeststellung, noch einige Fähigkeiten hatten, nämlich die Körpertemperatur zu regulieren oder ein Baby zu gebären. Einige dieser Funktionen gehören ohne Zweifel zum Gehirn, und zwar zum Hypothalamus.

Der Hypothalamus liegt unterhalb des Thalamus, ist der Hauptteil des Zwischenhirns (= Diencephalon) und steht in Verbindung mit der Hypophyse. Im Hypothalamus befinden sich verschiedene übergeordnete Zentren des autonomen Nervensystems.

Er ist der wichtigste Teil des Gehirns zur Regelung des inneren Milieus des Körpers: Er steuert die Kreislauf- und Atmungsanpassung und regelt den Wärme-, Wasser-, Salz- und Energiehaushalt des Körpers sowie den Schlaf-Wach-Rhythmus. Über die Hypophyse beeinflusst der Hypothalamus die Funktion verschiedener Hormondrüsen und wird selbst wieder durch deren Hormone beeinflusst. Diese Funktionen des so wichtigen Organs werden trotzdem bei der Diagnose des Hirntodes kaum geprüft.<sup>6)</sup>

Gegner des Hirntod-Kriteriums gehen außerdem davon aus, dass das menschliche Empfindungsvermögen mit dem klinischen Hirntod nicht erloschen ist, sondern auch untergeordnete Strukturen zu differenzierten Wahrnehmungen von Schmerz- und Berührungseizen befähigt sind.

Im Anschluss an den „Erlanger-Fall“<sup>7)</sup> hat in Deutschland die Gesetzgebung des TPG

4) S. Rixen, Lebensschutz am Lebensende. Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption. Zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, 1999, S. 23.

5) Rixen, a. a. O., S. 145.

6) Äußere sichtbare Zeichen oder Verdachtsmomente des Hirntodes sind:

Ausfall von Großhirn- und Hirnstammfunktion (irreversibles Koma, Hirnstammreflexie, Apnoe =keine Eigenatmung)

Hämodynamische Instabilität=Blutdruckabfall (Ausfall der Vasomotorenkerne und Herz-Kreislaufregulation)

Diabetes insipidus=Wasserharnruhr (Fehlende Produktion von Antidiuretischen- Hormon im Rahmen der ausgefallenen neuro-endokrinen Regulation)

Hypothermie (Ausfall des Hypothalamus und Temperaturregulation) falls kein Infekt vorliegt.

7) „Erlanger Baby“: Am 5. 10. 92 erlitt die 19jährige Marion Ploch bei einem PKW-Unfall schwerste Schädel-Hirn-Verletzungen. Sie wurde in die Erlanger Universitätsklinik gebracht. Drei Tage später, am 8. 10. 92 wurden bei der Verletzten alle klinischen Zeichen eines Hirntodes festgestellt. Inzwischen war bei der Toten eine Schwangerschaft festgestellt worden, die trotz des Unfalls vollkommen intakt war und zum Zeitpunkt der Hirntodfeststellung etwa der 15. Schwangerschaftswoche entsprach. ↗

angefangen. Das Ziel des Gesetzes war die Sicherung der Organspenden. Trotzdem bemerkt M. Knoche: „ . . . spätestens seit der Expertenanhörung des Deutschen Bundestages zur Bewertung des „Hirntods“ am 28 Juni 1995 muß die Gleichsetzung des „Hirntods“ mit dem Tod des Menschen als widerlegt angesehen werden. Das Konzept vom „Hirntod“ ist nicht auf einen Konsens innerhalb und zwischen natur- und geisteswissenschaftlichen Disziplinen gegründet.“

Knoche fasst die Ergebnisse der Anhörung folgendermaßen zusammen:

Der Verlust aller Hirnfunktionen kann prinzipiell nicht nachgewiesen werden, weil die gesamten Hirnfunktionen weder bekannt noch messbar sind.

Es ist nicht völlig sicher, dass zum Zeitpunkt der Feststellung des sog Hirntods in allen Fällen der Ausfall des ganzen Gehirns eingetreten ist.

Die Frage, ob ein für „hirntot“ erklärter Mensch noch elementare Empfindungen haben kann, lässt sich naturwissenschaftlich nicht klären. Die Grenzen des wissenschaftlich Beschreibbaren dürfen aber nicht mit den Grenzen der Wirklichkeit gleichgesetzt werden.

Auch nach dem sogenannten Hirntod gibt es Wechselbeziehungen zwischen Organismus und Umwelt.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß auch Teile des Rückenmarks mit der Integration des autonomen Selbst zu tun haben, denn es integriert die Sensibilität und Motorik fast des gesamten Körpers. . . .

Knoche weist, wie Takashi Tachibana, auch auf Folgendes hin:

Noch Tage nach der Feststellung des unumkehrbaren Ausfalls aller messbaren Hirnfunktionen ließen sich in deutschen und japanischen Studien noch normale Spiegel von Hormonen (Arginine vasopressin = anti-diuretic hormone: ADH) feststellen, die nur im Gehirn (=Hypothalamus) produziert werden.

Bei manchen als „hirntot“ diagnostizierten Kindern ließen sich noch Durchblutung und Stoffwechselaktivitäten im Hirn nachweisen.

Männer im Zustand des irreversiblen Ausfalls aller meßbaren Hirnfunktionen sind fortpflanzungsfähig. Sie können Erektionen und Samenergüsse bekommen.

Schwangere im Zustand des irreversiblen Ausfalls aller meßbaren Hirnfunktionen sind in der Lage, gesunde Kinder zu gebären.<sup>8)</sup>

Im Anschluss an Herbert Tröndle, Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, führt der ehemalige Justizminister Edzard Schmidt-Jortzig, Wann ist der Mensch tot?, Beck'sche Verlags-

---

↘ Die Ärzte der Erlanger Universitätsklinik haben sich entschlossen, die Schwangerschaft durch Fortführung der intensivmedizinischen Behandlung im Leichnam der Marion Ploch aufrechtzuerhalten. 5 Wochen später kam es zu einem plötzlichen Spontanabort; diesem waren einige Stunden vorher ein Fieberanstieg sowie Zeichen einer pneumonischen Infektion im Körper der hirntoten Mutter vorausgegangen.

8) M. Knoche (MdB), Argumente gegen die Hirntodkonzeption, in: <http://members.aol.com/ehsdober/organitodkritik.html>.

buchhandlung, München 1999 im Folgenden aus:

„Es trifft indessen — gottlob — nicht zu, wie mitunter behauptet wird, daß in der Medizin der Hirntod als maßgebliches Kriterium völlig unbestritten sei. Gerade eben erst ist diesem Eindruck etwa im Hastings Center Report<sup>9)</sup> umfassend und grundsätzlich entgegengetreten worden. Und etwa Gerhard Roth, der Leiter des Instituts für Hirnforschung der Universität Bremen, hat noch unter dem 15 April 1997 öffentlich dafür plädiert: „Der künstlich beatmete Hirntote ist keine Leiche.“ Der Göttinger Strafrechtler Schreiber hat . . . verkannt, daß es gerade dieser intensivmedizinische Fortschritt ist, der seinerseits die Zweifel am Hirntodkriterium als sicheres Todeszeichen im besonderen hinsichtlich des irreversiblen Funktionsverlustes des physischen Organismus immer stärker werden läßt. Besonders deutlich werden diese Zweifel am Beispiel der sog. Erlanger Schwangeren.“

Er fasst seine Meinung im Folgenden zusammen:

„Leichen bekommen kein Fieber und tragen auch keine Kinder aus.“<sup>10)</sup>

1-3 . Vermischung dieser zwei — des klinischen und des begrifflichen — im Wesentlichen verschiedenen Konzepte

Alles, was bisher erwähnt worden ist, impliziert die Möglichkeit, dass einige Funk-

9) Ein amerikanischer Kinderarzt, R. D. Truog, weist auch in seinem Aufsatz: Is it Time to Abandon Brain Death?, Hasting Center Report, January-February, 27, no. 1, 1997, auf die bleibenden Funktionen des Gehirns hin.

10) Schmidt-Jortzig geht weiter: „Der Erlanger Fall drängt den Eindruck auf, daß die Hirntodtheorie die Interaktion der verschiedenen Organsysteme, des Rückenmarks und der Hormone verkennt. Alle diese Systeme steuern in ihrem Zusammenwirken den Lebensablauf des Menschen. So ist der hirntote Körper unter anderem fähig zur Regulation der Körpertemperatur (z.B. durch Schwitzen), zum Stoffwechsel, zu Bewegungen, zur Regulation des Blutdrucks (der Blutdruck des Hirntoten steigt dramatisch an, wenn sein Körper zur Explantation geöffnet wird; ihm werden dann blutdrucksenkende Mittel zugeführt), bei männlichen Hirntoten zu Erektionen und bei weiblichen Hirntoten zur Geburt eines gesunden Kindes oder zur Abstoßung der Leibesfrucht, wenn diese abgestorben oder schwer geschädigt ist. Der Ausfall eines auch noch so wichtigen — Organs allein kann nicht mit dem Tod des gesamten Organismus gleichgesetzt werden, ohne die Komplexität des menschlichen Körpers zu verkennen.“

Es bedarf ehrlicher Erfassung dieser Einmaligkeit als Gesamtschöpfung, um die nicht nur zivilisatorische und ethische, sondern konkret staatliche Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens umfassend zu erfüllen. . . „Jeder (Mensch) hat das Recht auf Leben.“ (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz (GG)).

Läßt sich die durch den Eintritt des Hirntodes zwar reduzierte Leistung des Organismus nicht mehr mit Sicherheit leugnen, entfällt das Argument des irreversiblen Funktionsverlustes des physischen Organismus. Die Hirntodkonzeption wird allein auf den endgültigen Bewußtseinsverlust zurückgeworfen. Es fehlt damit an einem tauglichen Kriterium, z.B. Anecephale (Säuglinge, denen ausgedehnte Teile des Gehirns fehlen) von Leichen zu unterscheiden. Denn dem Anecephalen fehlt sein Bewußtsein ebenso endgültig wie dem Hirntoten. . . (Das) Argument, dieser Unterschied genüge, um den Anecephalen als (noch) lebend, den Hirntoten dagegen als schon gestorben anzusehen, (ist) nicht zwingend. . . “ Vgl., auch. <http://www.aerzteaktion.de/organ/schmidt1.htm>

tionen des Gehirns, um den Organismus im Ganzen zu integrieren, noch überleben. Es handelt sich dabei um die Funktionen des Gehirns, nicht des Herzens. Es ist gleichgültig, ob man das Herz nur als eine Pumpe sehen muss.

Nach diesen Ereignissen ist das Hirntodkonzept immer stärkerer Kritik unterzogen worden, obwohl dieses die herrschende Meinung in der deutschen Rechtswissenschaft zu sein schien. Es wundert uns nicht, wenn es das begriffliche Hirntodkonzept ist, das viele Rechtswissenschaftler eigentlich vertreten wollten. Der „Erlanger-Fall“ lehrt viele Deutsche einschl. der Rechtswissenschaftler, dass das begriffliche Hirntodkonzept nicht mit dem klinischen Konzept identisch ist, was Hirn-Neurologen schon lange bekannt ist.

Ich muss noch ein Wort zu den Hirntodkonzepten sagen. Einige Autoren, wie Fuat Oduncu, Hirntod und Organtransplantation, 1998, S. 100f. — seine Kritiken stützen sich leider meistens auf die Hypothesen —; auch der japanische Strafrechtler Seiji Saito, wollen den Befund, nach der Diagnose des klinischen Hirntodes noch normale Spiegel von Hormonen festzustellen, die nur im Gehirn produziert werden, lediglich auf die Wirkung des im Hypophysenhinterlappen (HHL) gespeicherte Vasopressin reduzieren, obwohl dieser Befund selbst beim das Hypothalamus belastende Test festgestellt werden kann. Im Hinblick auf unsere verfassungsrechtlichen Maximen verlieren diese Argumente jegliche Überzeugungskraft. Verfassungsrechtlich gilt: „In dubio pro vita“, weil alle unsere Verfassungsgesetze in Deutschland, Korea und Japan den Menschen den möglichst großen Respekt vor dem Leben widmen. Das bedeutet also, wenn es schon Zweifel daran gibt, ob der Mensch noch lebt, ist von dessen Leben auszugehen.

Wir dürfen diese zwei — das klinische und das begriffliche — im Wesentlichen verschiedenen Konzepte nicht vermischen. Zwar mögen auch schon bei Feststellung des klinischen Hirntodzustandes alle Funktionen des Gehirns vielleicht ausgefallen sein. Die Diagnose nach dem klinischen Hirntodkonzept kann diesen Komplettausfall jedoch nicht gewährleisten, weil sich die klinische Hirntoddefinition danach eigentlich nicht richtet. Der Ausfall der Gesamtfunktion des Gehirns bedeutet nur die Irreversibilität des Zerfallprozesses des Gehirns und des Sterbeprozesses.

## 2. Definition vom Tod des Menschen

Nun wenden wir uns der zweiten Frage zu: Kann man das klinische Hirntodkonzept mit dem Tod des Menschen gleichsetzen oder dadurch den Tod ersetzen? Um diese Frage zu beantworten, muss man vorher wissen, was der herkömmliche Todesbegriff des Menschen impliziert hat.

### 2-1 . „Drei-Symptome-Konzept“ und das begriffliche Hirntodkonzept

Das sog. „Drei-Symptome-Konzept“, irreversibles Erlöschen von Puls, Atmung und Pupillenreflex, ist zwar nur der Ausdruck der Diagnosekriterien, nicht der Todesbegriff.

Man muss aber die Implikation bzw. „den sozialen Konsens“<sup>11)</sup> des „Konzepts“ mit der Verhaltensnorm bei der Beerdigung hinzudenken. Nach dem japanischen Beerdigungsgesetz darf man innerhalb von 24 Stunden die Leiche weder beerdigen noch einäschern. Das ist die Sicherheitsmaßnahme gegen die zu frühe Beerdigung.

Schon 24 Stunden nach der Feststellung der „drei Symptome“ könnte keine Funktion des Gehirns überleben, d.h. alle integrierenden Funktionen des Gehirns sind zerstört, denn das Gehirn wird in dieser langen Zeit nicht mit Blut und somit nicht mit Sauerstoff versorgt. Es handelt sich dabei nicht um den Blutkreislauf oder Herzschlag selbst, sondern um den Ausfall aller Funktionen des Gehirns. Ohne Gehirn kann der Organismus sich nicht integrieren. Deswegen kristallisiert die Implikation des „Drei-Symptome-Konzepts“ sich in dem begrifflichen Hirntodkonzept.

#### 2-2 . Der soziale Konsens und das klinische Hirntodkonzept

Das klinische Hirntodkonzept stellt auf den „point of no return“, also auf den Zeitpunkt ab, in dem man den Patienten nicht mehr retten kann. Tachibana hat, wie oben erwähnt, bemerkt, dass dieser medizinische Befund aber nicht bedeuten kann, dass er kein Mensch mehr ist. Selbstverständlich darf man daraus, daß man, einschl. des Nicht-Hirntoten, unwiderruflich im Sterben liegt, nicht schließen, dass der Zustand in diesem Zeitpunkt der Tod des Menschen ist.

### 3. Ist das unerlaubte Tötung?

#### 3-1 . Zwei Wege bei Verzicht auf das klinische Hirntodkonzept

Beim begrifflichen Hirntodkonzept wäre es leider unmöglich, die Organe aus dem begrifflich Hirntoten zu entnehmen und in Empfänger einzupflanzen, weil der Ausfall aller Funktionen, sogar aller für die organische Integration wichtigen, noch später als der klinische Hirntod passiert, und zu der Zeit die Organe, die Empfänger brauchen würden, für die Transplantation nicht geeignet wären. Wir können nicht so lange warten.

Welche Wege bleiben nun bei Verzicht auf dem klinischen Hirntodkonzept für uns offen?

Der erste Weg: Man lasse die Organtransplantation aus dem klinisch Hirntoten unter bestimmten Umständen dem Lebensschutz des Hirntoten vorgehen.

Der zweite Weg: Man lasse den Lebensschutz des klinisch Hirntoten der Organtransplantation vorgehen.

Wir prüfen zunächst den ersten Weg.

---

11) Vgl. K. Bai, japanischer Zivil-Medizinrechtler, Untersuchungen vom Hirntod, 1995.

### 3-2 . Organentnahme mit Einwilligung des Hirntoten bei Verzicht auf das klinische Hirntodkonzept?

Auf dem Weg begegnet man dem Vorwurf, dass das unerlaubte Tötung sei. Demgegenüber sagt Schmidt-Jortzig: „Es ist unbestritten, daß jedenfalls mit dem Hirntod die Pflicht des Arztes zur Aufrechterhaltung der Herz-Kreislauf- und weiterer Körperfunktionen endet und in die Verpflichtung wechselt, den natürlichen Sterbeprozess nicht weiter aufzuhalten. Allein aus diesem Grunde ist es unhaltbar, im Falle einer nach Eintritt des Hirntodes stattfindenden Organentnahme eine Tötung auf Verlangen und damit aktive Sterbehilfe oder Euthanasie anzunehmen; denn der Hirntote „bedarf“ gerade keiner Hilfe mehr, um zu sterben.“<sup>12)</sup>

Ist es aber nicht aktive Tötung, aus dem Hirntoten sein Herz zu entnehmen? Wieso nicht? „Den Spender eines unpaaren Organs berauben, hieße ihn töten.“<sup>13)</sup> Wenn der Hirntote keine Leiche ist, sondern noch lebt, dann stellt die Entnahme lebenswichtiger Organe eine Tötung im strafrechtlichen Sinne dar. Das ist, so müsste man mit H.-L. Schreiber sagen, „ein Weg zur aktiven Euthanasie.“ Genauer gesagt freilich stellt sich ein Verdacht auf die Tötung, weil der Spender vielleicht schon tot wäre.

Demgegenüber behaupten einige Staatsrechtler, dass die Entnahme lebenswichtiger Organe vom hirntoten Lebenden durch entnahmewillige Ärzte im „Lichte“ des Art. 2 II 1 Var. 1GG kein Fall des § 216 I StGB sei, weil eine mit Willen des Grundrechtsinhabers vorgenommene Lebensbeendigung „im Lichte“ des Art. 2 II 1 Var. 1GG (des speziellen Selbstbestimmungsgrundrechts) nicht von § 212 I StGB erfaßt werde.<sup>14)</sup>

Diesen Autoren kann man folgende Fragen stellen.

Erstens: § 216 I StGB ist nur anwendbar, wenn jemand durch das Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist. Die „entnahmewillige Ärzte“ sind normalerweise nicht durch das Verlangen des Getöteten bestimmt worden, sondern vorher entnahmewillig. Deswegen ist nicht § 216 I StGB anwendbar, sondern § 212 StGB.

Zweitens: Würde die Entnahme des Herzens beim Hirntoten ohne Transplantation auch nicht von § 212 I StGB erfaßt, wenn sie eine mit Willen des Grundrechtsinhabers vorgenommene Lebensbeendigung wäre?

Drittens: Warum ist die Entnahme des Herzens beim nicht hirntoten, aber nahesterbenden Patienten nicht erlaubt? Oder wäre sie vielleicht auch zulässig? In diese Richtung ist Robert Truog schon in seinem Hastings Center Report gegangen. Das ist „ein Weg zur aktiven Euthanasie“.

Man kann sich nicht darauf berufen, dass der Hirntote im natürlichen Sterbeprozess noch früher gestorben wäre, wenn er in eine Organspende nicht eingewilligt hätte. Die

---

12) E. Schmidt-Jortzig, Wann ist der Mensch tot?, 1999.

13) P. Bockelmann, Strafrechtliche Aspekte der Organtransplantation, Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie Bd. 322 (1968), S. 49.

14) Rixien, a. a. O., S. 377.



Ärzte haben verständlicherweise keine Pflicht, den natürlichen Sterbeprozess weiter aufzuhalten. Aber, die Entnahme der Organe, wie sie ohne Transplantationszweck sich zeigen kann, töten auch den Patienten, indem sie das Herz entnehmen.

### 3-3 . Todursachenwendung, Wahlzeitraum des Todeskonzepts bzw. gerechtfertigte Tötung

Kann man nun auf die Lehre von der Todesursachenwendung, wie Art. 17. kTPG aufgenommen hat, zurückgreifen? Das heißt: Falls ein Hirntoter wegen der Entnahme seiner Organe gestorben ist, wird die Todesursache des Hirntoten als die Krankheiten oder Taten, die den Hirntod verursachten, angesehen. Oder kann man auf die Lehre vom des Wahlzeitraum zurückgreifen? Bezüglich des § 6 jTPG vertitt der Strafrechtler Akira Ishihara die Lehre: Man kann das Todeskonzept zwischen dem klinischen Hirntod und dem Herztod wählen, also beim hirntoten Zustand selbst bestimmen, wann er/sie tot ist. Oder kann man sich kurzerhand auf die Lehre von der gerechtfertigten Tötung unter Umständen mit dem rechtfertigenden Notstand und dem Selbstbestimmungsrecht berufen?

Diese Konzepte stehen alle im Widerspruch zu der oben erwähnten verfassungsrechtlich gebotenen gleichwertigen Behandlung des Menschen. Warum wird als Todesursache des am Krebs erkrankten Sterbenden bei der Organentnahme nicht die Krankheit, also der Krebs selbst angesehen? Warum kann er nicht diesen sterbenden Zustand zu seinem Tod erklären? Warum darf man nicht schon dem Sterbenden seine Organe entnehmen? Schon seit 30 Jahren, nebenbei bemerkt, hat der japanische Strafrechtler Yoshikatsu Naka — der Lehrer von Prof. Keiichi Yamanaka — auf diesen Widerspruch hingewiesen.

Um den Widerspruch vermeiden zu können, liegen vor uns wieder zwei Alternativen. Eine: Die Organentnahme aus allen Nahesterbenden ist mit ihrer Einwilligung zulässig, um die Ziffer der Organspenden zu maximieren, was von Robert Truog in seinem Hastings Center Report empfohlen wird. Die andere: Die Organentnahme aus allen Nahesterbenden ist, wenn auch mit ihrer Einwilligung, unzulässig, um den Lebensschutz der Nahesterbenden zu maximieren und das Tabu der Tötung aufrechtzuerhalten.

Das ist eine sehr heikle Frage. Trotzdem scheint es mir, dass meine Verständnisse für die Natur- und Rechtswissenschaften und mein Gewissen mich zwingen, der zweiten den Vorzug zu geben. Wenn ich Recht hätte, müssten wir mit dem deutschen Arzt Frank Meyer wie im Folgenden uns fragen, und zwar verneinend antworten:

„Dürfen wir Patienten mit irreversiblen Ausfall der Hirnfunktionen, nachdem wir zu der Überzeugung gelangt sind, daß auch sie noch am Leben sind, dennoch den aktiv und vorsätzlich lebensbeendenden Eingriff der Organentnahme zumuten, sofern ihr Einverständnis vorliegt? Dürfen wir es erlauben, müssen wir es dulden?“<sup>15)</sup>

---

15) F. Meyer, Allgemeinarzt, Organtransplantation — wissen wir, was wir tun?, in: <http://members.aol.com/ehsdober/organirntod.html>

### 3-4 . Vorläufigkeit, Gefährlichkeit und ethische Probleme der Organtransplantationsmedizin

Noch ein Wort zur Organtransplantation: Die Organtransplantation ist nicht unbedingt höchsträngig, auch nicht in den USA. Das Interesse der Rechtspflege an der Leichenschau — wenn der klinische Hirntod schon der Menschentod wäre —, geht normalerweise dem Interesse an der Organent transplantation vor; ansonsten könnte man das Beweismittel, mit dem die Misshandlung von Kindern mit Todesfolge bewiesen werden kann, durch die Organspende des Opfers zerstören.

Außerdem muss man sich die Vorläufigkeit, die Gefährlichkeit und die ethischen Probleme der Organtransplantationsmedizin vorstellen.

Die Möglichkeit der Klonung der Organe aus sog. embryonalen Stamm-Zellen (ES-Zelle) ist ein Beispiel, das uns die Vorläufigkeit der Organtransplantation aus dem anderen Menschen lehrt. Man würde in Zukunft die Organe aus dem Hirntoten nicht brauchen. Die Benutzung der ES-Zelle bedarf selbstverständlich der entsprechenden Regulationen.

Die sog. Creutzfeld-Jakob Krankheit (CJK) infolge der Transplantation der harten Gehirnhaut ist ein Beispiel, das uns die Gefährlichkeit der Organtransplantation aus dem anderen Menschen lehrt. Die Übertragungsweise von CJK ist nicht völlig geklärt. Einige bemerkenswerte Fallbeschreibungen haben besonderes Interesse erlangt. Es handelt sich um iatrogene Übertragungen von Mensch zu Mensch: z.B. bei Kornea- oder Hirnhauttransplantationen.

Dürfen wir auf den Tod des anderen Menschen warten? Das Dilemma der Unterkühlungstherapie ist ein Beispiel, das uns diese ethischen Probleme der Organtransplantation aus dem anderen Menschen lehrt. In der Unterkühlung (ca. 32°C) des Körpers und des Gehirns können die Neuronen im Gehirn noch länger überleben und wiederbelebt werden als in der normalen Körpertemperatur. In der Klinik der Nihon-Universität in Japan ist deswegen die sog. Unterkühlungstherapie entwickelt worden. Nach über 1 Monat im Bewußtlosigkeitszustand konnten einige Patienten wiederbelebt werden, und zwar ohne Behinderung. Um die Patienten zu retten, muss man die Therapie vor der Feststellung des klinischen Hirntodes durchführen und in der Unterkühlung (ca. 32°C) kann man nicht den klinischen Hirntod diagnostizieren.<sup>16)</sup>

Die Ärzte des Rettungswesens müssen also darüber entscheiden, ob die Unterkühlungstherapie bei dem Patienten angewendet wird oder nicht, bevor er in den klinischen Hirntodzustand geraten wird. Dabei kann niemand sicher sagen, ob der Patient wiederbelebt werden kann oder nicht. Wenn man die Rettung vorgehen lassen wollte, müsste man vorläufig auf die Organentnahme aus dem Patienten verzichten, weil man während der Unterkühlung nicht den klinischen Hirntod diagnostizieren darf. Wie lange sollte man aber warten? Wenn man die Organentnahme zwecks Transplantation vorgehen lassen

---

16) s. Richtlinien 1. 2.

wollte, müsste man zu dieser Zeit auf die Rettung verzichten. Das heißt: Dieser Zeitpunkt ist praktisch der entscheidende Punkt, ob die weiteren Bemühungen zur Rettung zurückgehalten werden und damit die letzte Chance zu überleben dem Patienten genommen wird. Vor dem Zeitpunkt der klinischen Hirntodesdiagnose<sup>17)</sup> wird das Schicksal des Patienten bestimmt. Das heißt: Die Ärzte müssen darüber entscheiden, ob weitere Rettungsbemühungen angewendet werden oder nicht, wenn nur Gott es weiß.

Hinzu kommt noch ein Dilemma: Je frischer die Organe sind, desto aussichtreicher sind die Organtransplantation. Damit die Organe frischer bleiben, muss man den Kreislauf im Körper des Patienten gut aufrechterhalten, indem viel Wasser, anti-diuretische Hormone (ADH) usw. von außen hinzu geleistet wird, und zwar meistens vor der klinischen Hirntoddiagnose; beiläufig wird infolgedessen der Belastungstest des Hypothalamus unmöglich. Diese Maßnahme fördert die Zerstörung des Gehirns, weil der Wasserdruck im Gehirn damit gesteigert wird. Die Ärzte müssen darüber entscheiden, ob sie den aktiven Beitrag zum Tod des Patienten leisten oder nicht, bevor die letzte Chance zur Rettung verloren geht. Das ist auch das echte Dilemma.

Manche Autoren fürchten, dass menschliche Organe außerdem einen Warencharakter bekommen haben. Der Erfolg jeder Transplantation steht und fällt mit der Lebensfrische des Organs. Deshalb liegt es im Interesse der Transplantationsmedizin und der Empfänger, die sterbenden Spender so früh wie möglich für tot zu erklären. Die Entwicklung könnte schlimmstenfalls dazu führen, daß der sterbende Körper sozialpflichtig wird, das heißt, über seine Organe würde zwangsweise verfügt.

Man kann einen Einwand gegen Organtransplantation aus dem Sterbenden auch im Bereich der Theologie finden. K. P. Jörns behauptet im Folgenden: „Ich sehe es als ein unerlaubtes Verfahren an, wenn das christliche Liebesgebot, das der Gemeinde Christi gilt, dazu herhalten muß, ein „Lebensrecht“ im Sinne eines Lebensverlängerungsrechts oder eines Rechts auf Verbesserung der Lebensqualität durch Implantation fremder Organe zu begründen. Ist ein solches Anspruchsdenken erst einmal praktisch etabliert und die Organ-„Spende“ damit zugleich zur Pflicht gemacht, so ist prinzipiell kein Sterbender mehr davor bewahrt, als „Spender“ behandelt zu werden, wenn er in Todesnähe gerät. Und dann ändert sich die Optik total: Die ca. 30000 Toten jährlich, die durch Unfall oder Suizid sterben, könnten dann irgendwann sogar dem Gesetzgeber angesichts des hohen Organbedarfs als ein Spekulationsposten erscheinen, an dessen Verminderung kein wirkliches Interesse besteht.“<sup>18)</sup>

---

17) Bei jeder Heilbehandlung sind zwei Menschen — Arzt und Patient — beteiligt. Mit der Transplantation wird in diese uralte Beziehung eine dritte Person einbezogen — und diese Person muß auf jeden Fall sterben. Diese Grenzüberschreitung — Heilung durch Zugriff auf den Körper eines anderen — macht die Organverpflanzung zu einem Ausnahmefall in der Medizin (Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, 3. Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer Stand: 24. 07. 1998). Aber zu dieser Zeit ist alles entschieden worden.

18) K. P. Jörns: Organtransplantation — Eine Anfrage an unser Verständnis von Sterben, Tod und ↗

#### 4. Gibt es keinen Mittelweg?

##### 4-1 . Verfassungsrechtliche Gebote zum Lebensschutz

Nach alledem ergibt sich, dass es unmöglich ist, auf das enge Einwilligungsmodell zurückzugreifen. Das steht im Widerspruch mit den verfassungsrechtlichen Geboten zum Lebensschutz und zur gleichwertigen Behandlung aller Menschen. Art. 13 jVerfG wie Art. 2 II 1 GG ordnet den Staat an, das Recht des Bürgers auf Leben in der Gesetzgebung und anderen Maßnahmen des Staates am größten zu beachten, soweit es nicht zum öffentlichen Wohl im Widerspruch steht.

Es gibt außerdem keinen verfassungsrechtlichen bzw. „grundrechtlichen Anspruch dessen, der auf eine Transplantation wartet, daß ihm das Ersatzorgan, dessen er bedarf, zugeteilt wird“.<sup>19)</sup>

Der auf dem klinischen Hirntodkonzept basierende strafrechtliche Todesbegriff wird nicht dem verfassungsrechtlich gebotenen Verständnis vom Lebensschutz am Lebensende gerecht. Dieses Ergebnis gilt nicht nur in Japan, sondern auch in Deutschland und vermutlich in Korea.

##### 4-2 . Darf man nur den Hirntod privilegieren?

Es gibt keinen Grund, nur den Hirntod zu privilegieren. Um das Ergebnis verstehen zu können, muss man nur weiterdenken: Warum kann man die Organe nur aus Hirntoten entnehmen, nicht aus anderen nahe Sterbenden? Es ist widersprüchlich und verfassungswidrig, wenn nur Hirntote in die Organentnahme einwilligen können, andere nicht, weil unsere Verfassungsgesetze, auch Art. 14 Abs. 1. jVerfG, die rechtlich gleichwertige Behandlung aller Menschen anordnet.

Wenn man umgekehrt jedes Leben einschl. das des Sterbenden gleichwertig schützen muss, darf man keine Organe aus dem Lebenden einschl. des Hirntoten entnehmen. Es gibt leider keinen Mittelweg.

---

↘ Auferstehung. Zugleich eine Kritik der Schrift der Kirchen „Organtransplantationen“. In: J. Hoff/J. von der Schmitten: Wann ist der Mensch tot? Reinbek 1995.

19) J. Isensee, Grundrechtsschutz nach dem Hirntod, in: Firnkorn (Hrsg.), Hirntod als Todeskriterium, 2000, S. 69 (74).