

Die Einwilligung in die Lebendorganspende

Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands

von
Dr. Bijan Fateh-Moghadam

1. Auflage

[Die Einwilligung in die Lebendorganspende – Fateh-Moghadam](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Nebenstrafrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2008

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 56490 1



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Teil 1. Grundlagen	1
A. Zur Methode der Rechtsvergleichung	1
I. Der Konsistenzanspruch der Rechtsordnungen	2
II. Evolution des Rechts	9
III. Kritik des Strukturfunktionalismus in der Rechtsvergleichung	13
IV. Operativer Funktionalismus in der Rechtsvergleichung	17
V. Rechtsvergleichung in der Weltgesellschaft	20
B. Die rechtsphilosophische Paternalismuskussion als Referenzrahmen ...	26
I. Normativer Kollektivismus – Moralismus und nicht autonomieorientierter Paternalismus	27
II. Normativer Individualismus – Autonomieorientierter Paternalismus ...	28
III. Rechtsphilosophische Ansätze zur Legitimation des Paternalismus	31
Teil 2. Die Lebendorganspende im Problemhorizont des Strafrechts	33
A. Deutschland: Organentnahme als Problem des Körperverletzungs-	
 strafrechts	33
I. Die Körperverletzungstatbestände des StGB als rechtlicher Rahmen der Lebendorganspende	33
II. Die Organentnahme als objektiv tatbestandsmäßige Körperverletzung ..	34
1. Grundtatbestand der Körperverletzung, § 223 I StGB	35
a) Der eigenmächtige ärztliche (Heil-)Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung	36
aa) Rechtfertigungslösung	36
bb) Tatbestandsausschluss durch Einwilligung	36
b) Tatbestandslösungen: Strafrechtliche Privilegierung ärztlicher Eingriffe	37
aa) Die medizinische Indikation als Privilegierungsgrund	38
bb) Die Wahrung professioneller Standards als Privilegierungsgrund	41
c) Ergebnis	44
2. Qualifikationstatbestände, §§ 224 ff. StGB	44
a) § 224 I Nr. 2 StGB, Gefährliche Körperverletzung	45
b) § 226 StGB, Schwere Körperverletzung	46
III. Die Organentnahme als subjektiv tatbestandsmäßige Körperverletzung ..	47
IV. Ergebnis: Die Eröffnung des strafrechtlichen Schutzbereiches über das Körperverletzungsstrafrecht	48

B. England: Offences against the person	49
I. Der Offences Against the Person Act 1861 als rechtlicher Rahmen der Lebendorganspende	49
II. Die Systematik der Körperverletzungstatbestände	50
III. Die Organentnahme als objektiv tatbestandmäßige Körperverletzung (actus reus)	50
1. Common assault and battery	50
2. Assault occasioning actual bodily harm (Section 47 OAP Act 1861) ..	53
3. Wounding and grievous bodily harm (Sections 18 and 20 OAP Act 1861)	54
4. Law Reform: Draft offences against the persons bill	56
5. Zwischenergebnis	57
IV. Legitimation der Organentnahme auf der Ebene der subjektiven Seite der Tat	57
1. Mens rea bei ärztlichen Eingriffen in die körperliche Integrität	58
a) Intention – Vorsätzliche Körperverletzung durch die Organent- nahme	59
b) Recklessness – Rücksichtslose Körperverletzung durch die Organ- entnahme	60
c) Unlawfully and maliciously – besondere subjektive Voraussetzungen bei section 47 OAP Act	63
2. Element of Hostility – das Fehlen einer feindlichen Willensrichtung ..	63
3. Good Motives – zur Bedeutung des ärztlichen Motivs in der engli- schen Vorsatzlehre	65
4. Ergebnis: Die Organentnahme als vorsätzliche Körperverletzung	68
C. Konvergenzen und Divergenzen bei der Eröffnung des strafrechtlichen Schutzbereiches	69
I. Strategien zur Beschränkung der strafrechtlichen Arzthaftung: Der <i>professional standard of medical treatment</i> und die <i>Wahrung ärztlicher Standards</i> als alternative Schutzkonzepte	69
II. Die Gewährleistung des Patientenschutzes über das Körperverletzungs- strafrecht	70
Teil 3. Objektive Grenzen der Einwilligung in die Organentnahme	73
A. Deutschland: Einwilligung	73
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Funktionen der Einwilligung ..	74
1. Abwehrfunktion	74
a) Inhalt und strafrechtliche Ausprägung	74
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen	75
2. Entfaltungsfunktion	78
a) Inhalt und strafrechtliche Ausprägung	78
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen	79
3. Garantiefunktion – Verschiebung der Risikozuständigkeit	85
a) Inhalt und strafrechtliche Ausprägung	85
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen	86
II. Straftatsystematische Einordnung der Einwilligung	87

III. Objektive Grenzen der Legitimation durch Einwilligung	90
1. Überblick	90
2. Liberales Regelungsmodell der Einwilligung (Integrationsmodell)	91
a) Verfassungsrecht, Rechtsgutstheorie und Einwilligungslehre	92
aa) Integrationsmodell (Roxin)	92
bb) Schutz der Selbstbestimmung über die Einwilligungsdogmatik (Amelung)	93
cc) Basismodell (Rönnau)	94
b) Die Regel der Wirksamkeit der Einwilligung	95
c) Die Ausnahme: Gesetzliche Schranken der Verfügungsbefugnis	96
3. Kollektivistisches Regelungsmodell der Einwilligung	97
a) Das Prinzip des überwiegenden Interesses als Grundlage der Ein- willigung	97
aa) Entwicklung des Interessenansatzes durch Noll	97
bb) Weiterführung des Abwägungsmodells durch Jescheck und Weigend	99
cc) Ausnahmen bestätigen nicht die Regel – Induktionsmodell (Dölling)	100
dd) Kritik	101
b) Abwägungsmodelle der Rechtfertigung im Medizinrecht	101
c) Abwägungsmodell und Organentnahme beim Lebenden	103
aa) Interpersonelle Risiko-Nutzen-Kalkulation in der Trans- plantationsethik (double equipoise)	104
bb) Interpersonelle Risiko-Nutzen-Kalkulation im Transplanta- tionsrecht	106
4. § 216 StGB und § 228 StGB als objektive Grenzen der Einwilligung in die Lebendorganspende	108
a) Verfassungsmäßigkeit und verfassungskonforme Auslegung von § 228 StGB	109
b) Der Sittenverstoß bei Verfolgung (straf-)rechtlich mißbilligter Zwecke (Horn/Wolters)	111
c) Der Sittenverstoß als Abwägungsklausel (Hardtung)	112
d) Der Sittenverstoß als Menschenwürdeverletzung (Duttge)	113
e) Der Sittenverstoß bei besonderer Schwere des Eingriffs (Hirsch) ..	116
f) Der Sittenverstoß als Selbstwiderspruch (Köhler; Roxin; Seel- mann)	117
aa) Ausschluss konkret lebensgefährlicher Körperverletzungen und irreversibler schwerster Körperbeeinträchtigungen (Roxin)	117
bb) Verletzung der eigenen Rechtssubjektivität bei Gefahr des Todes oder der Urteilsunfähigkeit (Seelmann)	119
cc) Grenzen der Konstruktion von Rechtspflichten gegen sich selbst	120
aaa) Zur moralphilosophischen Konstruktion von Rechts- pflichten gegen sich selbst	120
bbb) Zur rechtlichen Konstruktion von Pflichten gegen sich selbst	123

g)	Autonomieorientierte Deutungsansätze: Der Sittenverstoß als (mögliche) Verfehlung der Autonomie des Einwilligenden	125
aa)	Der Sittenverstoß als Verfehlung der Autonomie des Einwilligenden (Frisch)	125
bb)	Der Sittenverstoß als mögliche Verfehlung der Autonomie des Einwilligenden (Murmman)	126
cc)	Kritik	127
dd)	Schranken der Konstruktion von möglichen Autonomie-defiziten	128
aaa)	Inhaltliche Konkretisierung der Indizien für defizitäre Entscheidungen – insbesondere die subjektive Irrationalität der Selbstverfügung	129
bbb)	Verfassungsrechtliche Grenzen autonomie-orientierter Verfügungsbeschränkungen	130
h)	Der Sittenverstoß in der neueren Rechtsprechung des BGH	131
5.	Ergebnis: Liberales Regelungsmodell der Einwilligung	132
a)	Der Grundsatz der Wirksamkeit der Einwilligung	132
b)	Die Ausnahme: Gute Sitten als Rechtsbegriff	133
c)	Der Grundsatz der Wirksamkeit der Einwilligung bei der Lebend-organspende	134
B.	England: Consent	135
I.	Consent – Grundlagen	135
1.	Straftatsystematische Einordnung	135
2.	Prinzipien der Legitimation durch Einwilligung	136
a)	Abwehrfunktion der Patientenautonomie	137
b)	Entfaltungsfunktion der Patientenautonomie	138
II.	Die objektiven Grenzen der Einwilligung im englischen Strafrecht – Überblick	139
1.	Der Grundsatz der Unwirksamkeit der Einwilligung	139
2.	Ausnahme: Public-Policy-Doktrin	140
III.	Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Einwilligung	142
1.	Die Ausgangsposition: A right to consent to bodily injury short of maim	142
2.	<i>Coney (1882)</i> – Einverständliche Körperverletzung als Störung der öffentlichen Ordnung	143
3.	<i>Donovan (1934)</i> – Einverständliche Körperverletzung als Verstoß gegen die Sexualmoral	144
4.	<i>Attorney-General's Reference No. 6. (1980)</i> – Der quantitative Ansatz: Actual bodily harm als objektive Grenze der Einwilligung in die Körperverletzung	145
5.	<i>Brown (1993)</i> – Public Policy and Public Interest	147
a)	Die Mehrheitsentscheidung: Gute Gründe für die Strafflosigkeit?	148
b)	Argumentationslinien für die Begrenzung der Einwilligung	150
c)	Die abweichende Meinung (Lord Mustill): Gute Gründe für die Strafbarkeit?	153
6.	Nach Brown: <i>Reg v Wilson (1999)</i> : Der schützende Hafen der Ehe	155
IV.	Diskussion: Zur paternalistischen Grundstruktur der englischen Einwilligungsdogmatik	157

V.	Zwischenergebnis: Prima-facie-Strafbarkeit der Organentnahme beim Lebenden	160
VI.	Legitimation der Lebendorganspende über die <i>medical exception</i>	160
VII.	Lebendorganspende als selbständige Ausnahmegruppe: <i>Public Interest</i> and <i>Public Policy</i>	163
	1. Indizwirkung des Human Organ Transplant Act 1989	164
	2. Indizwirkung des Human Tissue Act 2004	165
	3. Ergebnis: Nur implizite Zulassung der Praxis der Lebendorganspende	165
VIII.	Law Reform: Eine gesetzliche Ausnahmeregelung für die Lebendorganspende	166
IX.	Der Human Rights Act 1998 i.V.m. Art. 8 MRK als Grundlage des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper	170
	1. Die Stellung der Grundrechte der MRK im englischen Recht	170
	2. Art. 8 MRK als Grundlage der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper	172
	3. Schranken der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper, Art. 8 II MRK	174
C.	Konvergenzen und Divergenzen: Gute Sitten versus Public policy	177
I.	Gute Sitten und Public Policy als funktionale Äquivalente im Vertragsrecht (Simitis)	177
II.	Differente Funktionen von Gute Sitten und Public Policy im Strafrecht ..	179
	1. Dispositionsfreiheit versus Integritätsschutz	179
	2. Liberales versus paternalistisches Regelungsmodell der Einwilligung ..	180
III.	Liberalen und paternalistische Einwilligungsmodelle als funktionale Äquivalente	181
Teil 4.	Subjektive Grenzen der Einwilligung in die Organentnahme	185
A.	Deutschland	185
I.	Einwilligungsfähigkeit/generelle Kompetenz	185
	1. Erwachsene Spender	185
	2. Minderjährige	186
	3. Einwilligungsunfähige Personen (Minderjährige und Erwachsene) ...	187
II.	Aufklärung und Einwilligung: <i>Informed consent</i>	191
III.	Freiwilligkeit und Willensmängel	194
B.	England	196
I.	Überblick: Grundstruktur straf- und zivilrechtlicher Arzthaftung	196
II.	Einwilligungsfähigkeit/generelle Kompetenz	196
	1. Erwachsene Spender	196
	a) Common Law	196
	b) Mental Capacity Act 2005 (MCA 2005)	198
	aa) Die Prinzipien des Mental Capacity Act 2005	199
	bb) Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit	199
	2. Einwilligungsfähige Minderjährige (Gillick-Kompetenz)	200
	a) Organspenden durch Gillick-kompetente Minderjährige	200
	b) Sonderregeln für die Organspenden von 16- bis 18-Jährigen?	204

c) Ergebnis	206
3. Einwilligungsunfähige Personen (Minderjährige und Erwachsene)	206
a) Die Zuständigkeit für nicht einwilligungsfähige Personen	207
b) Der materielle Maßstab: Best-interest vs. substituted judgement	210
c) Das Prinzip des besten Interesses bei der Lebendorganspende	212
III. Aufklärung und Einwilligung: <i>Real consent</i>	215
1. Informed consent und real consent	215
2. Die Informiertheit der Einwilligung im Strafrecht – <i>The consent must be real</i>	215
3. Die Informiertheit über die Natur des Eingriffs	219
4. Exkurs: Anforderungen an die Informiertheit im Zivilrecht	220
a) Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufklärungspflichten als funktionale Äquivalente	220
b) Grundsätze der ärztlichen Aufklärungspflicht im englischen Zivilrecht	221
c) Zivilrechtliche Aufklärungspflichten bei der Lebendorganspende	224
IV. Willensmängel bei der Einwilligung (<i>Threats and Fraud</i>)	225
1. Unwirksamkeit der Einwilligung durch Täuschung (<i>Fraud</i>)	226
2. Unwirksamkeit der Einwilligung durch Drohung (<i>Threats</i>)	227
C. Konvergenzen und Divergenzen: Informierte Einwilligung versus Real Consent	228
I. Kompetenz: Zur rechtlichen Konstruktion von Autonomiedefiziten	228
II. Strafrechtliche Bedeutung der Aufklärung: Informierte Einwilligung versus <i>Real Consent</i>	228
III. Aufklärungshorizont: Individueller Patientenstandard versus objektiv professioneller Standard	230
Teil 5. Spezialgesetzliche Regelung der Lebendorganspende	233
A. Deutschland – Das Transplantationsgesetz (§ 19 I i.V.m. §§ 8–8c TPG)	233
I. Anwendungsbereich des TPG	233
II. Strafrechtliche und nicht strafrechtliche Voraussetzungen der Organ- und Gewebeentnahme beim Lebenden	234
1. Strafrechtliche Voraussetzungen der fremdnützigen Organ- und Gewebeentnahme	235
2. Nicht strafrechtliche Voraussetzungen der fremdnützigen Organ- und Gewebeentnahme	235
a) Begrenzung des Spenderrisikos, § 8 I Nr. 1c TPG	235
b) Empfängerindikation, § 8 I 1 Nr. 2 TPG	236
c) Subsidiarität der Lebendorganspende, § 8 I 1 Nr. 3 TPG	237
d) Form- und Verfahrensvorschriften für die Aufklärung, § 8 II 2–4 TPG	238
e) Beteiligung der Lebendspendekommissionen, § 8 III 2 TPG	239
III. Subjektive strafrechtliche Grenzen der Einwilligung in die Organ- und Gewebeentnahme, § 19 I Nr. 1 TPG i.V.m. § 8 I 1 Nr. 1a, b TPG	240
1. Strafbare Organ- und Gewebeentnahme bei Minderjährigen und Einwilligungsunfähigen (§ 19 I Nr. 1 i.V.m. § 8 I 1 Nr. 1a TPG)	241

2. Strafbare Entnahme von Knochenmark bei minderjährigen Personen (§ 19 I Nr. 1 i.V.m. § 8 I Nr. 1a i.V.m. § 8a TPG)	243
3. Strafbare Organentnahme bei Aufklärungsmängeln (§ 19 I Nr. 1 i.V.m. § 8 I 1 Nr. 1b TPG)	249
4. Strafbare Organ- und Gewebeentnahme in sonstigen Fällen einer unwirksamen Einwilligung	252
a) Unwirksamkeit der Einwilligung durch Irrtum und Täuschung	252
b) Unwirksamkeit der Einwilligung bei Drohung und Zwang	253
c) Freiwilligkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung	254
5. Strafbare Organ- und Gewebeentnahme in besonderen Fällen (§ 19 I Nr. 3 i.V.m. § 8b TPG – Dominotransplantation)	257
IV. Objektive strafrechtliche Grenzen der Einwilligung in die Organ- und Gewebeentnahme	259
1. Strafbare Organentnahme bei Nichtbeachtung des Spenderkreises, § 19 I Nr. 2 i.V.m. § 8 I 2 TPG	259
a) Reichweite der Beschränkung des Spenderkreises	259
aa) Anonyme altruistische und nicht gerichtete Lebendorgan- spende	260
bb) Überkreuz-Lebendorganspende (Cross-over-donation)	261
aaa) Vereinbarkeit mit dem Organhandelsverbot	261
bbb) Vereinbarkeit mit der Beschränkung des Spenderkreises (§ 8 I 2 TPG)	262
b) Rechtfertigung der Beschränkung des Spenderkreises	263
aa) Gesundheitsschutz des Organspenders vor sich selbst (harter Paternalismus)	264
bb) Absicherung der Freiwilligkeit der Organspende (weicher Paternalismus)	266
aaa) Indizien für das Fehlen der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit	266
bbb) Indizien für Willensmängel des Organspenders	267
cc) Vorbeugende Absicherung des Organhandelsverbots	269
dd) Ergebnis	273
2. Strafrechtliche Absicherung des Arztvorbehalts (§ 19 I Nr. 1 i.V.m. § 8 I 1 Nr. 4 TPG)	273
V. Das Konkurrenzverhältnis der Straftatbestände des TPG zu den Körper- verletzungsdelikten des StGB	274
1. Die abschließende Regelung der objektiven und subjektiven Grenzen der Einwilligung in die Organentnahme durch § 19 I TPG	274
2. Das Verhältnis von § 19 I Nr. 2 i.V.m. § 8 I 2 TPG zu den § 223 ff. StGB	275
B. England – Vom Human Organ Transplants Act 1989 zum Human Tissue Act 2004	277
I. Human Organ Transplants Act 1989 (HOT Act 1989)	277
II. Human Tissue Act 2004 (HT Act 2004)	277
1. Entstehungsgeschichte und Bedeutung des HT Act 2004	277
2. Die gesetzlichen Beschränkungen der Lebendorganspende, section 33 HT Act 2004 i.V.m. der Lebendspendeverordnung	280
a) Anwendungsbereich	280

b) Das Regelungsmodell der Lebendorganspende in section 33 HT Act 2004	282
aa) Grundsatz: Strafbarkeit der Entnahme und Nutzung von Organen beim Lebenden	282
bb) Ausnahme: Zulassung der Organlebendspende durch die HTA im Einzelfall	284
c) Section 33 HT Act 2004 als prozedurale Rechtfertigungsnorm (Verwaltungsakzessorietät)	286
d) Verhältnis von section 33 HT Act 2004 und OAP Act 1861	286
e) Inhaltliche Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung ..	288
aa) Kompetenz	288
aaa) Grundsatz	288
bbb) Fremd- bzw. Stellvertreterentscheidungen bei Nichteinwilligungsfähigen	289
bb) Aufklärung	290
cc) Freiwilligkeit der Organspende	290
f) Die Human Tissue Authority (HTA)	291
aa) Organisation und Zuständigkeit	291
bb) Verfahren	291
cc) Rechtsschutz	292
3. Die Einwilligung als rechtliche Voraussetzung der Lagerung und Nutzung von Körpersubstanzen, die von lebenden Personen stammen (Dominotransplantation)	293
C. Konvergenzen und Divergenzen: Materielles versus prozedurales Regelungsmodell	295
I. Materielle versus prozedurale Legitimation der Lebendorganspende	295
II. Selbstbestimmungsschutz versus Wahrung medizinischer Standards als Grundlage des gesetzlichen Schutzkonzeptes	297
Teil 6. Zusammenfassung	299
Literaturverzeichnis	309