

Hirntod und Organtransplantation – Eine Herausforderung für die demokratische Entscheidungsfindung

Paolo Becchi^a

^a Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Luzern

Zusammenfassung

Während in anderen Ländern über den «Hirntod» wieder angeregt diskutiert wird, scheint sich die Schweiz bis jetzt darauf zu beschränken, die Kriterien für die Todesfeststellung zu ändern. Die 2011 von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) erlassenen neuen Richtlinien für die Todesfeststellung bei möglichen Organ Spendern widersprechen jedoch dem geltenden Transplantationsgesetz. Auch wenn eine entsprechende Gesetzesrevision geplant ist, erscheint es rechtsstaatlich inakzeptabel, wenn die SAMW als private Fachorganisation mit neuen Richtlinien den Entscheid des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorwegnimmt. Der Gesetzgeber darf wichtige Fragen wie die Feststellung des Todes (klinische Zeichen, Anforderungen an die Ärzte) nicht an den Bundesrat delegieren oder sogar zulassen, dass dieser private Fachorganisationen darüber entscheiden lässt. Die Probleme der Organtransplantation sind nicht durch neue Todesdefinitionen zu lösen, nötig ist vielmehr eine demokratische Meinungsbildung über deren medizinische und rechtliche Rahmenbedingungen.

Schlüsselbegriffe: Hirntod, Todesdefinition, Todesfeststellung, Organtransplantation, Rechtsstaatsprinzip

Während europa- und weltweit seit einiger Zeit angeregt darüber debattiert wird, wann ein Mensch wirklich tot ist, scheint die Schweiz sich dieser moralisch, rechtlich und politisch folgenschweren Diskussion zu entziehen. Ist der Tod tatsächlich «gleich geblieben», wie der Titel eines Artikels glauben macht? [1] Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sich sowohl bezüglich der «Todesdefinition» als auch bezüglich der Frage, wie mit potentiellen Organ Spendern vor und nach deren «Tod» umgegangen werden soll, spezifische Probleme stellen, die in der Schweiz bisher verkannt oder einseitig bearbeitet wurden. Insbesondere wird auf die Tendenz aufmerksam gemacht, dass bei beiden Fragekomplexen einflussreiche Interessengruppen eine breit abgestützte Diskussion verhindern und sogar in rechtsstaatlich problematischer Art und Weise in die verfassungsmässige Kompetenzordnung eingreifen.

Grenzen einer Todesdefinition

Seit der *Hirntoddefinition* der *Harvard Medical School* von 1968 und seitdem wir die Reanimationstechnolo-

gie beherrschen, existiert eine neue Art des Sterbens [2]. Zentral ist nicht mehr das Herz, sondern das Gehirn. Über die Gründe für diese Neudefinition lässt sich streiten. Sicher ist aber, dass sie mit der Organtransplantation zu tun hatte. Immerhin steht im Bericht von Harvard: «Überholte Kriterien für die Todesdefinition können zu Kontroversen bezüglich Massnahmen im Hinblick auf Organtransplantationen führen.» Die Idee war, dass der komplette und irreversible Verlust der Hirnfunktionen tatsächlich das Ende des ganzheitlichen Funktionierens eines lebenden Körpers darstellt. Wie in den meisten westlichen Ländern ist auch in der Schweiz im Zusammenhang mit der Organspende der Hirntod massgebend, indem Art. 9 Abs. 1 des Transplantationsgesetzes vom 8. Oktober 2004 lapidar festhält: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind».¹

Unsere heutigen Erkenntnisse über die Funktionsweise des Gehirns und seine Wechselwirkungen stellen jedoch die traditionelle Hirntodkonzeption in Frage.² Es sind vor allem zwei Punkte, welche den anfänglich erreichten Konsens aufgeweicht haben [3, 4]: Der erste betrifft die Gleichsetzung von Hirntod und irreversiblen Verlust sämtlicher Hirnfunktionen. Es ist heute klinisch erwiesen, dass zahlreiche hirntote Patienten nicht alle Hirnfunktionen verloren haben, was darauf hinweist, dass ein kompletter Hirnfunktionsverlust mit den heutigen Standarduntersuchungen nicht diagnostizierbar ist.³

Der zweite Punkt betrifft die Gleichsetzung von Hirntod und Tod des Organismus als eines Ganzen. Letzterer basierte auf der Annahme, dass nach Verlust der Hirnfunktionen der Herzstillstand selbst bei künstlicher Beatmung unmittelbar bevorsteht. Klinisch dokumentierte Fälle von Personen, die nach festgestelltem Hirntod lange Zeit weitergelebt haben, vermochten indes die Gleichsetzung von Hirntod und Tod des Orga-

1 Zur problematischen Delegation der Kriterien für die Todesfeststellung gemäss Art. 9 Abs. 2 an die (private!) Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) durch den Bundesrat in Art. 7 und Anhang 1 Ziffer 1 der Transplantationsverordnung, SR 810.211, siehe weiter unten.

2 Vgl. dazu ausführlich den Beitrag des Verfassers [34] am Kongress «Ethik und Recht in der Bioethik» der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 11.–12. Mai 2012, dessen Hauptargumente hier gestrafft wiedergegeben werden.

3 Es handelt sich hierbei um Erkenntnisse, welche schon auf Untersuchungen Anfangs der 90er Jahre zurückgehen und denen in der Folge nicht widersprochen wurden; vgl. [27,28,29].

nismus in Frage zu stellen [5, 6]. Das Schiff scheint keines Steuermanns zu bedürfen. Mit anderen Worten: Das Gehirn ist nicht so entscheidend, wie man zu Zeiten des Harvard-Berichts bei Verlust der Steuereinheit des Körpers annahm.

All dies lässt den Schluss zu, dass während der künstlichen Beatmung nicht nur die einzelnen Organe weiterleben, sondern der gesamte menschliche Körper: Während der künstlichen Beatmung ist eine Person, welche heute laut Gesetz für tot erklärt wird, alles andere als tot, obwohl ihr Zustand irreversibel ist. Wollte man zu einer überzeugenden Definition gelangen, müsste man immer mehr Parameter für die Feststellung des Hirntodes aufgeben, wie es z.B. mit den Wirbelsäulenreflexen geschehen ist.⁴

Die Anhänger der Konzeption des Hirntodes müssen sich heute damit auseinandersetzen, dass ein voll funktionstüchtiges Gehirn nicht als notwendige Voraussetzung für das Bestehen eines menschlichen Organismus aufgefasst werden kann. Kurz: Ein menschlicher Organismus ist noch lebendig, wenn sein Gehirn tot ist. Während in anderen Ländern wie z.B. Deutschland⁵ [7, 8] und Italien [9, 10] im Zuge des neuen Positionsbezugs der US-amerikanischen Bioethikkommission über den «Hirntod» wieder angeregt diskutiert wird [11], beschränkt sich die Schweiz scheinbar damit, die Kriterien für die Todesfeststellung zu ändern. Kritik an der auf neurologischen Kriterien beruhenden Todesdefinition liess bis vor kurzem noch auf sich warten.⁶

Der Tod bleibt gleich – die Richtlinien nicht ...

Fast unbemerkt hat die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften auf den 1. September 2011 neue Richtlinien für die Feststellung des Todes bei möglichen Organspendern in Kraft gesetzt, welche die bisherigen Richtlinien aus dem Jahr 2005 ersetzen [12, 13]. Schon der Titel der Richtlinien («Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen») ist erstaunlich: Anscheinend gibt es einen Tod für Patienten, die für Organspende in Frage kommen, und einen anderen für die übrigen Patienten: «Dieses Todeskriterium betrifft nur die Situationen, in denen eine Organspende angestrebt wird. In allen anderen Fällen wird der Tod ... nach den allgemeinen Regeln der ärztlichen Fachkunde festgestellt. Hier gilt vor allem der irreversible kardiopulmonale Stillstand, welcher in der Folge zum Tod führt, als Haupt-Todeskriterium» [12, S. 5, Fn. 4]. Hier wird klar, dass das Kriterium des Hirntodes nur der Organtransplantation dient. Daran wäre an sich noch nichts Negatives zu sehen (obwohl zu ergän-

zen wäre, dass das Hirntodkriterium bei primären Hirnschädigungen *in jedem Fall* unerlässlich ist), würde das Dokument nicht nur eine einzige Todeskonzeption festigen, nämlich eine neurozentrische: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Gehirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind» [12, S. 5]. In der Folge bekräftigt das Dokument eine Aussage der vorhergehenden Richtlinien: «Durch den irreversiblen Ausfall sämtlicher Funktionen des Gehirns verliert ein Mensch das Steuerungsorgan des gesamten Organismus endgültig» [12, S. 5].

Es ist erstaunlich, dass in den neuen Richtlinien an einer wissenschaftlich überholten Konzeption festgehalten wird.⁷ Sodann stellt sich die Frage, warum man neue Richtlinien erlässt und gleichzeitig – wie der Präsident der zuständigen Kommission, Prof. Dr. Jürg Steiger in einem Interview – erklärt: «Der Tod bleibt gleich» [1]. Dieses Interview lässt zwischen den Zeilen das Motiv erkennen: «Heute ist es so, dass die Ärzte die Therapie bei Schwerkranken in den meisten Fällen vor deren Tod abbrechen – sobald sie feststellen, dass es für diese keine Hoffnung mehr gibt. Wer in so einer Situation zum Beispiel die künstliche Beatmung weiterlaufen lässt oder andere medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme ergreift, hätte sich vor dem Inkrafttreten der neuen Richtlinien in einem juristischen Graubereich bewegt.» Zunächst ist beachtlich, dass sich die Schweizer Ärzte bis zum Jahr 2011 bei entsprechendem Verhalten in einem «juristischen Graubereich» bewegt hätten und somit an die Grenzen der Legalität oder sogar darüber hinausgegangen wären. Doch offensichtlich waren zur Vermeidung unzulässiger Behandlungen keine neuen Richtlinien nötig, sondern die richtige Anwendung der alten hätte genügt. Wurden neue Richtlinien demnach nicht erlassen, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wie das Interview glauben machen will, sondern um bisher verbotene Tätigkeiten zu erlauben? Ging es wieder darum, die Organtransplantation zu erleichtern? Die bisherigen Richtlinien sahen vor, dass medizinische Massnahmen zur Organerhaltung bereits vor Feststellung des Todes nur unternommen werden konnten, sofern der Spender *auch* einer solchen Behandlung vorgängig explizit zugestimmt hatte.⁸ Aus dem zitierten Abschnitt aus dem Interview mit Professor Steiger ergibt sich der begründete Verdacht, dass Ärzte organerhaltende Massnahmen unter Missachtung der einschlägigen Richtlinienbestimmungen vornahmen. Sie hätten sich

4 Vgl. [30], wo der Autor u. a. das Video einer neurologischen Untersuchung eines Knaben zeigte, der zum Untersuchungszeitpunkt bereits seit 13 Jahren hirntot war und danach noch weitere 6 Jahre lebte.

5 Eine gute journalistische Zusammenfassung ist der Beitrag von Christian Schüle [31].

6 Deshalb die vom Verfasser in der «Neuen Züricher Zeitung» angeregte Diskussion [32, 33].

7 Nicht erstaunlich ist vor diesem Hintergrund das fast gänzliche Fehlen einschlägiger neuester wissenschaftlicher Literatur im gesamten Dokument.

8 Vgl. [12, S. 10]: «Medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen, dürfen vor dem Tod der spendenden Person nur vorgenommen werden, wenn diese umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat. Umfasst die Einverständniserklärung die Massnahmen zur Organerhaltung nicht, dürfen diese erst nach der Feststellung des Todes durchgeführt werden.»

nicht in einem «Graubereich», sondern in einer verbotenen und *reglementswidrigen* Zone bewegt.

So erklärte sich das Bedürfnis nach neuen Richtlinien, die *ex post* legitimieren sollten, was die vorhergehenden verboten. Es gäbe nunmehr keine «Grauzone» mehr, und die Ärzteschaft könnte ihre bisherige Praxis aufrechterhalten: «Ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden oder hat der Patient die Vertretung einer Person seines Vertrauens übertragen, so entscheiden diese über Durchführung von organerhaltenden Massnahmen. Hat der Patient keinen gesetzlichen Vertreter, können – mit Zustimmung der Angehörigen – organerhaltende Massnahmen durchgeführt werden, wenn dies dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht» [12, S. 11].⁹

Doch ergeben sich rechtsstaatlich erhebliche Bedenken: Wenn gemäss den neuen Richtlinien die Angehörigen schon *vor* dem Tod eines potentiellen Organspenders für diesen stellvertretend in organerhaltende medizinische Massnahmen einwilligen können, widerspricht dies nämlich dem geltenden Transplantationsgesetz, das organerhaltende Massnahmen durch Stellvertreterentscheid ausdrücklich nur *nach* dem Tod des Patienten erlaubt (siehe Art. 10 des Transplantationsgesetzes).

Die Botschaft des Bundesrates stellte hierzu im Jahr 2001 klar fest: «Vor jeder Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen werden an der spendenden Person medizinische Massnahmen durchgeführt, die ausschliesslich dazu dienen, die Transplantate bis zur Übertragung in möglichst gutem und funktionstüchtigem Zustand zu erhalten. [...] Diese Massnahmen werden zum Teil bereits vor dem Tod der spendenden Person durchgeführt. Sie sind in diesem Fall nur dann gerechtfertigt, wenn die spendende Person umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat (Abs. 1). Eine stellvertretende Einwilligung durch die nächsten Angehörigen oder die gesetzlichen Vertreterinnen oder Vertreter bei urteilsunfähigen Personen kann in diesen Fällen nicht in Frage kommen, da diese nur in Massnahmen einwilligen können, die dem objektiven Wohl der Patientin oder des Patienten entsprechen. [...] Medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Organerhaltung im Hinblick auf eine Transplantation dienen, können aber in keinem Fall mit dem Wohl der Patientin oder des Patienten in Zusammenhang gebracht werden» [14].

Interessanterweise war sich die Landesregierung knappe 10 Jahre später nicht mehr so sicher und antwortete auf eine parlamentarische Anfrage, ob sie beabsichtige, Artikel 10 des Transplantationsgesetzes zu revidieren, wie folgt:

«Les mesures médicales préliminaires sont effectuées sur une personne vivante. A la différence des interventions médicales généralement pratiquées sur une personne vivante, les mesures médicales préliminaires

présentent la particularité qu'elles ne sont pas prises dans l'intérêt du donneur potentiel mais dans celui d'un tiers, le receveur potentiel. Il se pose donc la question de savoir si les proches peuvent consentir à de telles mesures. Cette question est en cours d'examen au sein de l'office et sera également prise en considération, le cas échéant, lors de la révision de la loi sur la transplantation.»¹⁰

Noch weiter hinaus wagte sich der Bundesrat Alain Berset im Sommer 2013: «Schon heute ist es erlaubt, dass Angehörige vorbereitenden medizinischen Massnahmen zustimmen. Der Bundesrat will nun die Details zu dieser stellvertretenden Einwilligung regeln. Ziel der Änderung ist also nicht die Steigerung der Spendebereitschaft, sondern die Klärung einer Rechtsfrage.»¹¹

Doch woher mochten diese Widersprüche in der Argumentation der Landesregierung herrühren? Es erhoben sich einflussreiche Stimmen gegen den klaren Wortlaut des geltenden Gesetzes: So bezeichnete Andrea Arz de Falco, Leiterin des Direktionsbereichs Öffentliche Gesundheit des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), die neuen Richtlinienbestimmungen der SAMW als «ethisch vertretbar».¹² Und Olivier Guillod, Direktor des Instituts für Gesundheitsrecht der Universität Neuchâtel, kam in seinem vom BAG in Auftrag gegebenen Gutachten zum gewagten Schluss, der geltende Art. 10 des Transplantationsgesetzes könne gegen dessen Wortlaut so ausgelegt werden, dass prämortale organerhaltende Massnahmen auch ohne explizite Zustimmung des Betroffenen durch Stellvertreter-Entscheid durchgeführt werden können [15] – wie in den neuen Richtlinien der SAMW.

Im März 2013 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Revision des Transplantationsgesetzes [37], in deren Rahmen auch Art. 10 geändert werden soll: «In den meisten Fällen liegt keine Zustimmung der spendenden Person vor; vielmehr befindet sich diese in einem bewusstlosen Zustand auf einer Intensivstation

10 Nationalrat, Wintersession 2010, Fünfte Sitzung, 06.12.10, 14.30 Uhr, Fragestunde, Geschäft 10.5500, Frage Meyer-Kaelin Thérèse.

11 Nationalrat, Sommersession 2013, Sechste Sitzung, 10.06.13, 14.30 Uhr, Fragestunde, Geschäft 13.5146, Frage Kessler Margrit.

12 Vgl. [35]. Freilich muss darüber diskutiert werden, wann organerhaltende Massnahmen «ethisch vertretbar» sind. Jedoch liefert Frau Arz de Falco im Interview keinerlei spezifische ethische Argumente, um den von ihr gezogenen Schluss zu begründen. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, rechtfertigende Analogien zum Humanforschungsgesetz zu ziehen, bei dem es jedoch nur um nicht- oder minimalinvasive Eingriffe wie Datensammlung, Blut-, Urin- und Speichelproben geht. Auf den Vorhalt der Interviewer, bei organerhaltenden Massnahmen gehe es mit Medikamenten zur Gefässerweiterung, Bluttransfusionen oder das Setzen von arteriellen Kanülen doch um weit schwerwiegendere Eingriffe, wusste Frau de Falco nur zu antworten: «Bluttransfusionen oder das Setzen von arteriellen Kanülen sind wie jeder chirurgische Eingriff keine «minimalen Belastungen» und dürfen meines Erachtens nur vorgenommen werden, wenn vom Betroffenen eine explizite Einwilligung vorliegt. Wenn nicht, darf man diese Eingriffe erst durchführen, wenn der Patient tot ist». Es taucht somit leider der Verdacht auf, dass sich Frau Arz de Falco entweder der Tragweite der neuen Richtlinien nicht bewusst ist oder aber leichtfertig deren ethische Vertretbarkeit verkündet. Gegen die Position von Frau Arz de Falco vgl. [36].

9 Einzig zu beachten wäre, dass der an diesem Punkt vollends instrumentalisierte Gebrauch des Sterbenden auf zwei Tage beschränkt ist [12, S. 12].

und ist dementsprechend urteilsunfähig. Das Transplantationsgesetz äussert sich nicht dazu, wie vorzugehen ist, wenn die Spenderin oder der Spender urteilsunfähig ist. Dies hat in der Praxis zu Unsicherheiten geführt, namentlich bezüglich der Frage, ob die Angehörigen solchen Massnahmen zustimmen können, wenn die Spenderin oder der Spender diesbezüglich keinen Entscheid gefällt hat, oder ob das Gesetz eine stellvertretende Zustimmung ausschliesst. Das vom BAG eingeholte Rechtsgutachten kommt zum Schluss, dass der Wortlaut von Artikel 10 Absatz 1 des Transplantationsgesetzes die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen durch eine Vertretung der Spenderin oder des Spenders nicht ausschliesst. Wie für jede andere medizinische Entscheidung bei urteilsunfähigen Patientinnen oder Patienten komme somit der gewöhnliche Entscheidungsprozess durch Vertretung zur Anwendung. «[...] Aufgrund der mit der geltenden Fassung von Artikel 10 des Transplantationsgesetzes verbundenen Unsicherheiten bezüglich des Vorgehens bei urteilsunfähigen Spenderinnen und Spendern erachten es die Gutachter als sinnvoll, diese Bestimmung zu präzisieren. Dem ist zuzustimmen. Artikel 10 des Transplantationsgesetzes soll deshalb mit einer Regelung bezüglich des Vorgehens im Fall der Urteilsunfähigkeit der Patientin oder des Patienten ergänzt werden» [37, S. 2337 u. 2343].

Nun ist zu bedenken, dass das neue Transplantationsgesetz im Parlament noch gar nicht beraten worden ist. Es ist unannehmbar, dass die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) als private Fachorganisation mit neuen Richtlinien den Entscheid des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gleichsam «vorwegnimmt» – und ihr ein Bundesrat mit seinen Äusserungen im Parlament Schützenhilfe leistet. Damit werden Kernelemente der verfassungsmässigen Kompetenzordnung missachtet.

Wenn Professor Guillod selbst einräumt, dass seine «liberale Auslegung» nicht «über alle anderen Interpretationen erhaben ist», ist dies euphemistisch: Sie bewirkt nämlich, dass sich Ärzte, die sich an die geänderten Richtlinienbestimmungen halten, nach dem immer noch geltenden Recht strafbar machen: Die Vornahme organerhaltender Massnahmen ohne gesetzmässige Einwilligung des Patienten oder dessen Angehörigen gilt nämlich als Körperverletzung i.S.v. Art. 122 u. 123 StGB, zumal ärztliche Eingriffe, die nicht der Heilung dienen, nach «einhelliger Meinung tatbestandsmässig» sind [16]. Freilich könnten sich Ärzte im Fall der Strafverfolgung mit einiger Erfolgsaussicht auf einen schuld ausschliessenden Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB berufen: Das gutgläubige Abstellen des Arztes auf die – vom Bundesrat implizit gebilligten – «Richtlinien» der SAMW dürfte in der Regel plausibel sein.

An den Gesetzgeber richtet sich die Frage, warum er Angelegenheiten wie z.B. «Bürgschaften und Zinskostenbeiträge im Berggebiet und im weiteren ländlichen Raum» [17] selbst regeln wollte, während er die Rege-

lung der Feststellung des Todes (klinische Zeichen, Anforderungen an die Ärzte) im Transplantationsgesetz an den Bundesrat delegiert (siehe Art. 9, Abs. 2) – und sogar zulässt, dass dieser die SAMW als private Fachorganisation darüber entscheiden lässt.¹³ Werden grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien um den Preis eines erhofften grösseren Organangebots gefährdet? Das Problem der Organtransplantation ist in einer breiten öffentlichen Auseinandersetzung anzugehen.

Anregungen für die Debatte

Dabei gilt es, die Definition des Todes und die Kriterien für dessen Feststellung auseinanderzuhalten: Die Definition dient dem theoretischen Zweck, das Phänomen des Todes zu umschreiben, während die Kriterien praktische Zwecke verfolgen. Wenn sich nun die Todesdefinition als unangemessen erweist, warum sollten dann die Kriterien, auf welchen sie beruht, weiterhin gelten? Beide sind nicht mehr zuverlässig, um einen Patienten für tot zu erklären. Das heisst aber nicht, dass die Hirntodkriterien nicht als unbestreitbare Zeichen für eine ungünstige Prognose gedeutet werden können. Die Konzeption des Hirntodes ist «zu rissig» geworden, um den immer zahlreicheren Kritiken zu widerstehen, aber auf der anderen Seite «zu sehr in die Praxis eingebunden, um aufgegeben werden zu können».¹⁴ Deshalb wären wir gezwungen, die Grenze zwischen Leben und Tod weiterhin durch den Hirntod zu ziehen. Freilich ist dabei «eine Reihe von rechtlichen Einwänden vorprogrammiert», und es scheint mir ziemlich naiv zu glauben, dass «entsprechende Anpassungen in der Legaldefinition» [18] diese zu lösen vermöchten. Geht man davon aus, dass das Hirntodkriterium nicht mehr zuverlässig genug ist, um den Tod eines Menschen festzustellen, erwachsen Schwierigkeiten, die keineswegs durch eine Änderung der Legaldefinition des (Hirn-)Todes aus dem Weg geräumt werden können.

Wenn schon, müssten wir fragen, ob es einer Legaldefinition des Todes überhaupt bedarf. Vor der Entwicklung der Reanimationstechniken war der Tod ein Naturereignis, das kein Gesetzgeber je zu definieren gewagt hätte. Aber heute, da der Tod als biologischer, medizinisch überwachbarer Prozess verstanden wird und Patienten unter künstlicher Beatmung für eine gewisse Zeit zwischen Leben und Tod schweben, glaubt man, eine klare und eindeutige Definition haben zu müssen. Da jedoch eine klare Demarkationslinie zwischen Leben und Tod nur willkürlich gezeichnet wer-

13 Siehe Art. 7 und Anhang 1 Ziffer 1 der Transplantationsverordnung, SR 810.211.

14 «What have we lost by using the brain death criterion? First the medical profession has had to pay the price of self-delusion. Despite continual commentary in the medical literature about the inconsistencies and incoherence of the concept of brain death, medical professionals have had to defend the concept in order not to jeopardize the benefits of organ transplantation» [38, p. 277].

den kann, sollten wir keine einhellige Definition des Todes suchen, sondern den Begriff mit seinen unterschiedlichen Bedeutungen und der Unschärfe seiner Sinngebungen stehen lassen [19]. Das Eingeständnis, uns auf unsicherem Gelände zu befinden, wird dem Todesbegriff «gerechter als eine präzise Definition, die ihm Gewalt antut» [20].

Der richtige Ansatz ist somit nicht, eine neue pragmatische Rechtfertigung des Hirntods zu finden, um das, was wir auf Grundlage der theoretischen Hirntoddefinition bisher tun durften, weiterhin tun zu dürfen. Die Frage ist vielmehr, wie wir es weiterhin tun dürfen, wenn sich die theoretische Definition als unangemessen herausstellt. Das wahre Problem liegt nicht in der Frage, ob Patienten im Zustand des irreversiblen Komas lebendig oder tot sind, sondern in derjenigen, wie wir mit diesen Patienten umgehen dürfen. Dazu benötigen wir keine neue Todesdefinition, sondern eine breite ethische und rechtliche Diskussion über den Zeitpunkt, von dem an es erlaubt sein soll, lebenserhaltende Massnahmen abzubrechen und gegebenenfalls zur Organentnahme zu schreiten.¹⁵

Wir müssen klären, wie man Patienten im irreversiblen Koma mit dem jeder Person gebührenden Respekt behandelt. Der Mensch ist mit einer ihn auszeichnenden Würde versehen. Wäre es aber respektlos, Menschen mit einem schweren und irreversiblen Hirnschaden anders zu behandeln als Menschen, die sich nicht in einem solchen Zustand befinden?

Sicher dürfen wir Hirntote nicht wie Leichen behandeln, zumal sie solche nicht sind. Aber wir dürfen sie anders behandeln als Personen mit funktionierendem Gehirn, weil Hirntote ein solches eben nicht mehr haben. Der Arzt hat wohl die Pflicht, das Leben seiner Patienten zu schützen, wobei er in der Regel keine Behandlung gegen ihren Willen vornehmen darf. Diese Pflicht besteht jedoch nicht gegenüber Patienten mit einem fatalen Hirnschaden. Die Aufrechterhaltung des Lebens erscheint unter solchen Voraussetzungen sogar als unmenschlich und erniedrigend, wogegen der Tod, der nur künstlich hinausgezögert wird, als Befreiung gesehen wird. Eine hirntote Person aus jenem Zustand zu erlösen heisst nicht, sie als lebensunwürdig zu betrachten, sondern im Gegenteil ihre Würde zu retten [21, 22]. In diesem Extremzustand existiert die Würde noch, in ihrer tragischsten und absurdesten Form: ihrer Abwesenheit. Eine Pflanze bleibt stets eine Pflanze, ein Mensch, möge er auch dahinvegetieren, bleibt immer ein Mensch. Es ist gerade seine vom gesundheitlichen Zustand verdeckte *humanitas*, die uns zwingt, sein erzwungenes Überleben zu beenden. Wie es eine Zeit zum Leben und eine Zeit zum Sterben gibt, so gibt

es auch eine Würde des Lebens und eine Würde des Sterbens, weil Würde über Leben und Sterben hinausgeht. Stellt demnach das Sterbenlassen eines hirntoten Patienten keine Verletzung, sondern die letzte Gelegenheit zur Wahrung seiner Menschenwürde dar, fragt man sich, wie die Dinge im Hinblick auf die Organentnahme stehen. Sicher verletzte es die Menschenwürde, einem gesunden Menschen Organe zu entnehmen und dadurch eine schwere Körperverletzung oder sogar den Tod zu bewirken. Warum sollten wir jedoch gleiches annehmen, wenn Organe einer hirntoten Person entnommen werden?

Der Organspender – «Mittel» oder «Zweck»?

Man könnte ins Feld führen, dass der kantische kategorische Imperativ, wonach der Mensch «jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel» behandelt werden muss, auch für den hirntoten Menschen zu gelten habe. Unbestreitbar wird der Patient durch die Organentnahme unter künstlicher Beatmung auf den ersten Blick verdinglicht. Sein Tod wird hinausgezögert, um seine Organe in bestmöglichem Zustand für andere Patienten zu verwenden. Deckte sich dies aber mit der vorgängigen Einwilligung des Organspenders, würde er nicht mehr instrumentalisiert und als blosses Mittel behandelt. Er hätte sich mit seiner frei und bewusst getroffenen Entscheidung zur Organspende deren Zweckes bemächtigt. Eine entfremdende Situation würde in eine Geste höchster Edelmut verwandelt: das, was vom eigenen Leben noch übrigbleibt, einem anderen zu schenken, der – in Erwartung eines Spenderorgans – um das eigene Leben ringt. Kaum jemand würde die künstliche Beatmung einer schwangeren, hirntoten Frau abbrechen, nur um zu vermeiden, sie zu einer Gebärmachine zu reduzieren. Wir würden eine solche Instrumentalisierung des Körpers hinnehmen, weil wir vermuten, dass die Frau dazu ihre Zustimmung gegeben hätte, um ihr Kind auf die Welt bringen zu können. Dieses Beispiel zeigt, besser als alle anderen, was bei der Organspende geschieht: Neues Leben entspringt nicht dem Tod, sondern dem zu Ende gehenden Leben [23, 24].

Doch manche politischen Vertreter scheinen für solche ethische Argumentationen nicht empfänglich zu sein. In mehreren parlamentarischen Vorstössen regten sie die Einführung der sogenannten «Widerspruchslösung» an, bei der Organe einer verstorbenen Person entnommen werden dürfen, wenn diese sich zu Lebzeiten nicht dagegen ausgesprochen hat bzw. wenn ihre Angehörigen keinen Widerspruch erheben.¹⁶ Das Fehlen eines Widerspruchs wird als Einwilligung in eine Organentnahme behandelt.

¹⁵ Darin besteht heute eine gewisse Einhelligkeit, auch bei Autoren, welche im Übrigen abweichende Positionen befürworten. Unter den interessantesten Beiträgen sei vor allem jener in der Habilitationsschrift und in zahlreichen nachfolgenden Publikationen von Ralf Stoecker erwähnt, vgl. [39]. Vgl. auch die vom Verfasser in der «Neuen Zürcher Zeitung» angerissene Debatte (siehe oben, Fn. 5).

¹⁶ Postulate vom 28.9.2010: Gutzwiller 10.3703 «Für mehr Organspender», Amherd 10.3701 «Widerspruchsmodell bei Organentnahmen» und Favre 10.3711 «Organspende: Evaluierung der Widerspruchslösung».

Nach geltendem Recht gilt in der Schweiz die sogenannte «erweiterte Zustimmungslösung»: die fehlende Willensäußerung des Verstorbenen wird weder als Ablehnung noch als Zustimmung gewertet, sondern lediglich als Nichterklärung. Diesfalls werden die Angehörigen angefragt, denen ein subsidiäres Entscheidungsrecht in Bezug auf den Umgang mit dem Leichnam zusteht; der Wille der verstorbenen Person hat stets den Vorrang (Art. 8 des Transplantationsgesetzes).

Die Nationale Ethikkommission für Humanmedizin (NEK-CNE) verfasste im Auftrag des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) im Herbst 2012 eine Stellungnahme zur Widerspruchslösung und lehnte deren Einführung ab.¹⁷

Auch der Bundesrat äusserte sich gegen die Einführung der Widerspruchslösung. In seinem Bericht vom März 2013 zur Beantwortung der erwähnten Postulate [25] zeigte er auf, «dass die Widerspruchslösung für die Steigerung der Spenderate nicht ausschlaggebend ist. Ein Beispiel dafür ist Spanien, wo die Einführung der Widerspruchslösung im Jahr 1979 keinen Einfluss auf die Spenderate hatte. Erst als 10 Jahre später eine umfassende Reorganisation des Organspendewesens eingeleitet wurde, stieg die Spenderate kontinuierlich auf einen weltweit unerreichten Stand. [...] Auch das Beispiel Schweiz bestätigt, dass die Widerspruchslösung keine Garantin für eine Steigerung der Spenderate ist: Sie galt vor dem Transplantationsgesetz in den meisten Kantonen, hat dort aber seinerzeit nicht zu höheren Spenderaten geführt als in Kantonen mit der erweiterten Zustimmungslösung» [37, S. 2356]. «Zudem ist die Widerspruchslösung als gesetzliche Regelung weltweit zwar verbreitet, sie wird in der Praxis aber kaum gelebt; angewendet wird die erweiterte Zustimmungslösung. Dies entspricht der Praxis in der Schweiz vor dem Transplantationsgesetz: Obwohl in den meisten Kantonen die Widerspruchslösung galt, kam in der Praxis die erweiterte Zustimmungslösung zur Anwendung. Ein rechtliches Modell einzuführen, das in der Folge nicht gelebt wird, macht keinen Sinn» [25, S. 5].

Aus diesen Gründen beabsichtigte der Bundesrat, sich auf Massnahmen zur Erhöhung der Spenderzahl zu konzentrieren, «die einen nachweislich positiven Effekt haben und ethisch unbedenklich sind», und lancierte den Aktionsplan «Mehr Organe für Transplantationen», der auf die Optimierung von Prozessen im Transplantationssystem und in den Spitälern, eine verbesserte Spenderidentifikation, die Weiterbildung des medizinischen Personals und die Professionalisierung des Gesprächs mit den Angehörigen und Informationskampagnen zielt [37, S. 2356].

17 Gemäss der Kommission würde sie die Persönlichkeitsrechte tangieren: «Die Widerspruchslösung müsste nämlich an eine Äusserungspflicht geknüpft werden, um zu garantieren, dass Organe nicht ohne Einwilligung entnommen werden. Eine solche Äusserungspflicht würde aber eine empfindliche Einschränkung des persönlichen Entscheidungsspielraumes bedeuten und den Bund dazu veranlassen, von seinem Neutralitätsprinzip bezüglich Organspende abzurücken» [40, S. 5].

Manche politischen Akteure setzten sich gegen diese Argumente (zunächst) durch: Am 12. September 2013 nahm der Nationalrat den als Motion eingereichten parlamentarischen Vorstoss von Nationalrat Favre für den Wechsel von der derzeit angewandten erweiterten Zustimmungslösung zum Widerspruchsmodell an. Glücklicherweise folgte die Kleine Kammer als Zweitrat der Grossen am 28. November 2013 nicht: Es ist zu hoffen, dass der Nationalrat im sogenannten Differenzbereinigungsverfahren seine Haltung aufgibt. Schon die praktischen Gründe, die der Bundesrat gegen die «Widerspruchslösung» angeführt hat, sprechen für sich. Der Autor dieses Beitrages kann auch aus den Erfahrungen in seinem Heimatland Italien berichten, wo die «Widerspruchslösung» zwar gesetzlich eingeführt worden, bis heute aber toter Buchstabe geblieben ist, da kein Arzt sie in der Praxis anzuwenden wagt [26].

Entscheidend ist aber eine viel tiefergreifende Überlegung: Im bisher geltenden Recht ist es die *bewusste Entscheidung* des Spenders (bzw. nach dessen Tod und subsidiär dessen Angehörigen), die zur Organspende führt und sie somit als zweckbemächtigende Geste im Sinne Kants erscheinen lässt. Bei der «Widerspruchslösung» wäre es aber gerade umgekehrt: Hier wäre es die – aus welchen Gründen auch immer – *fehlende Entscheidung*, die zur Organentnahme legitimierte und die «Verdinglichung» des Organspenders zur Regel machte. Welchen Zwecken aber möchte solches zudienen?

Abstract

Brain death and organ transplantation: a challenge to democratic decision-making

While in other countries the issue of «brain death» is once again being animatedly discussed, Switzerland seems to have limited itself to altering the criteria for the pronouncement of death. The new guidelines for the pronouncement of death for potential organ donors, issued by the Swiss Academy of Medical Science (SAMW) in 2011, contradict, however, the current valid transplantation law. Though an according revision of the law may be planned, it nonetheless appears constitutionally unacceptable for the SAMW, as a private professional organisation, to preempt the decision of the democratically authorised legislator. The legislator cannot delegate vital questions such as the pronouncement of death (clinical evidence, requirements of doctors) to the Swiss Federal Council (Bundesrat), nor allow that private professional organisations decide upon such matters. The problems of organ transplantation cannot be solved via new definitions of death; what is necessary is, rather, a democratic formation of opinion regarding their medical and legal parameters.

Key words: brain death, definition of death, pronouncement of death, organ transplantation, due process of law

Résumé

Mort cérébrale et transplantation d'organes: un défi pour la prise de décision en démocratie

Alors que dans d'autres pays, où la question de la «mort cérébrale» est ardemment débattue, la Suisse semble s'être limitée à introduire quelques modifications dans les critères pour la détermination de la mort. Les nouvelles directives pour le diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes, adoptées par l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) en 2011, contredisent cependant la loi sur la transplantation d'organes. Bien qu'une révision de la loi soit prévue, il apparaît constitutionnellement inacceptable que l'ASSM, en tant qu'organisme professionnel privé, puisse prendre des décisions avant le législateur démocratiquement élu. Le législateur ne peut pas déléguer des questions essentielles, telles que la déclaration du décès (signes cliniques, exigences adressées aux médecins, etc.) au Conseil fédéral et moins encore permettre que celui-ci délègue de telles décisions à des organisations privées. Les problèmes soulevés par les transplantations d'organes ne peuvent être résolus par le biais d'une nouvelle définition de la mort. Un débat démocratique d'opinion sur leur cadre médical et légal est nécessaire.

Mots-clés: mort cérébrale, définition de la mort, détermination de la mort, transplantation d'organes, respect de la loi

Korrespondenz

Prof. Dr. phil. Paolo Becchi
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Universität Luzern
Frohburgstrasse 3
CH-6002 Luzern

E-Mail: paolo.becchi[at]unilu.ch

Eingang des Manuskripts: 8.10.2013

Eingang des überarbeiteten Manuskripts: 2.12.2013

Annahme des Manuskripts: 3.12.2013

Referenzen

- Steiger J. Der Tod bleibt gleich. Horizonte. Schweizerischer Nationalfonds. Dezember 2011:5.
- Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death: The Definition of Irreversible Coma. Journal of the American Medical Association. 1968; 205:337-40.
- Becchi P. Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica. Brescia: Morcelliana; 2008.
- Barcaro R et al. Prospettive bioetiche di fine vita. Milano: F. Angeli; 2008.
- Shewmon A. 'Brain-stem Death', 'Brain Death' and Death: A Critical Re-Evaluation of the Purported Equivalence. Issues in Law & Medicine. 1998;14;2:125-45.
- Shewmon A. Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale. In: de Mattei R, editor. Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita? Soveria Mannelli: Rubbettino; 2007, pp. 277-331.
- Stoecker R. Ein Plädoyer für die Reanimation der Hirntoddebatte in Deutschland. Kritisches Jahrbuch für Philosophie, Beiheft 8. 2009:41-59.
- Müller S. Revival der Hirntod-Debatte: Funktionelle Bildgebung für die Hirntod-Diagnostik. Ethik in der Medizin. 2010;22;1:5-17.
- Scaraffia L. I segni della morte. A quarant'anni dal Rapporto di Harvard. L'Osservatore romano. 3. September 2008, p. 1.
- Becchi P. I criteri di accertamento della morte. Per una critica del recente documento del CNB. Bioetica. 2011;1:54-74.
- US President's Council on Bioethics. Controversies in the Determination of Death. A White paper. Washington D.C.; 2008.
- SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantation. Medizin-ethische Richtlinien, 1. September 2011, abrufbar unter: http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_FeststellungTod.pdf
- SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantation. Medizin-ethische Richtlinien, 24. Mai 2005, abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Archiv.html>
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002, 29 ff., 142 f.
- Guillod O. Verfassungsmässig geschützte Rechte können eingeschränkt werden, wenn es gute Gründe dafür gibt, Interview. Thema im Fokus. April 2012;102:18-20.
- Trechsel S, Fingerhuth T. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar. Zürich: Dike; 2008, N 6 zu Art. 122 StGB.
- Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 über die Gewährung von Bürgerschaften und Zinskostenbeiträgen im Berggebiet und im weiteren ländlichen Raum, SR 901.2.
- Birnbacher D. Der Hirntod – eine pragmatische Verteidigung. Jahrbuch für Recht und Ethik. 2007;15:459-77(75).
- Brody B. How much of the brain must be dead? In: Youngner S, et al., editors. The definition of death. Contemporary controversies. Baltimore/London: J. Hopkins University Press; 2002, pp. 71-82.
- Jonas H. Gehirntod und menschliche Organbank: Zur pragmatischen Umdefinierung des Todes (1969). In: Jonas H. Technik, Medizin und Ethik. Praxis des Prinzips Verantwortung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp; 1985, pp. 219-41(27).
- Becchi P. Das Puzzle der Menschenwürde. In: Becchi P, et al., editors. Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung. Zürich: Schulthess; 2007, pp. 157-82.
- Becchi P. Morire dopo Harvard. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. 2011;87: 273-87.
- Becchi P. I segni della morte e la questione dei trapianti. Humanitas. 2010;3:486-501.
- Becchi P. Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi. In: Canestrani S, et al., editors. Trattato di biodiritto, Il governo del corpo, vol. 2. Milano: Giuffrè; 2011, pp. 2053-85.
- Bundesrat, Prüfung von Massnahmen zur Erhöhung der Anzahl verfügbarer Organe zu Transplantationszwecken in der Schweiz, März 2013.
- Becchi P. Quando la vita finisce. La morale e il diritto di fronte alla morte. Roma: Aracne; 2009.
- Truog R, Fackler J. Rethinking Brain Death. Critical Care Medicine. 1992;20;12:1705-13.
- Halevy A, Brody BA. Brain Death: Re-conciling Definitions, Criteria and Tests. Annals of Internal Medicine. 1993;119;6: 519-25.
- Veatch R. The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death. Hastings Center Report. 1993;23;4: 18-24.
- Shewmon DA. Seeing is believing: videos of life 13 years after «brain death», and consciousness despite congenital absence of cortex. In: III. International Symposium on Coma and Death, Havana, Cuba, 22-25 February, 2000.
- Schüle C. Wann ist ein Mensch tot? Zeit online, 4.4.2012, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2012/15/M-Hirntod>.
- Becchi P. Der Tod bleibt gleich – oder? NZZ. 24.07.2012: 17.
- Becchi P. Funktion und Grenzen von Todesdefinitionen. NZZ. 8.10.2012: 15.
- Becchi P. Die Wiederbelebung der Hirntoddebatte und das Problem der Organtransplantation. In: Winiger P, et al. Ethik und Recht in der Bioethik, Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.-12. Mai 2012, Universität Luzern. Stuttgart: Franz Steiner Verlag; pp. 119-37.
- Arz de Falco A. Organerhaltende Massnahmen ohne explizite Einwilligung sind ethisch vertretbar, Interview. Thema im Fokus. 2012;102;12-4.
- Michel M. Die Richtlinien der SAMW sind mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, Interview. Thema im Fokus. 2012;102;7-11.
- Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8. März 2013. BBl 2013, 2317 ff., 2359.
- Truog R. Brain Death – too Flawed to Endure, too Ingrained to Abandon. Journal of Law, Medicine & Ethics. 2007;35;2:273-81.
- Stoecker R. Der Hirntod – ein medizinethisches Problem und seine moralphilosophische Transformation. Freiburg: Alber; 1999.
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin. Stellungnahme Nr. 19/2012. Bern; 2012.