

Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme

**Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im
Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz**

Olivier Guillod
*Professor, Direktor des Gesundheitsrechtsinstituts,
Neuenburg*

Mélanie Mader
Doktorandin

März 2010

Inhaltsverzeichnis

1. EINLEITUNG.....	4
1.1. AUFTRAG.....	4
1.2. GLIEDERUNG	4
2. VORBEREITENDE MEDIZINISCHE MASSNAHMEN	6
2.1. BEGRIFF UND ABGRENZUNG	6
2.2. FESTSTELLUNG DES TODES	7
2.3. POTENTIELLER SPENDER MIT NOCH SCHLAGENDEM HERZEN	8
2.3.1. Allgemeines.....	8
2.3.2. Zeitliche Aspekte.....	9
2.3.3. Art der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	10
2.3.4. Zweck und Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	11
2.3.5. Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	13
2.4. POTENTIELLER SPENDER MIT IRREVERSIBLEM HERZSTILLSTAND	14
2.4.1. Allgemeines.....	14
2.4.2. Kategorien der Spender mit irreversiblen Herzstillstand	14
2.4.3. Zeitliche Aspekte.....	15
2.4.4. Art der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	16
2.4.5. Zweck und Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	17
2.4.6. Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen	18
2.5. SCHLUSSFOLGERUNG	19
3. ZUSTIMMUNG ZUR ENTNAHME VON ORGANEN BEI EINER VERSTORBENEN PERSON	22
3.1. ERWEITERTE ZUSTIMMUNGSLÖSUNG	22
3.2. ÖFFENTLICHE UND PERSÖNLICHE INFORMATION	23
3.3. REICHWEITE DER ZUSTIMMUNG	23
3.4. SCHLUSSFOLGERUNG	26
4. ZUSTIMMUNG ZU DEN VORBEREITENDEN MEDIZINISCHEN MASSNAHMEN.....	28
4.1. ALLGEMEINES	28
4.2. GESETZLICHE GRUNDLAGEN	28
4.3. EIGENSCHAFTEN.....	29
4.3.1. Form der Zustimmung.....	29
4.3.2. Informationsgehalt	31
4.3.3. Bedenkzeit	32
4.4. URTEILSFÄHIGER POTENTIELLER SPENDER	33
4.5. URTEILSUNFÄHIGER POTENTIELLER SPENDER	34
4.5.1. Frage der Vertretung.....	34
4.5.2. Entscheidungsprozess.....	36
4.5.2.1. Gesetzlicher Vertreter.....	37
4.5.2.2. Patientenverfügung	37
4.5.2.3. Vertrauensperson	38
4.5.2.4. Nächste Angehörige	39
4.5.3. Mutmasslicher Wille des potentiellen Spenders	41
4.5.4. Objektives Wohl	44
4.5.4.1. Strenge Auslegung	44
4.5.4.2. Liberale Auslegung.....	47
4.5.5. Besondere Fragen	51
4.5.5.1. Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters oder der nächsten Angehörigen	51
4.5.5.2. Mögliche Einschaltung der Vormundschaftsbehörde	53
4.5.5.3. Relevanz der hypothetischen Zustimmung.....	55

4.5.6.	<i>Änderungen durch die Revision des Zivilgesetzbuches</i>	56
4.5.6.1.	Patientenverfügung und therapeutischer Vertreter	56
4.5.6.2.	Vertretung bei medizinischen Massnahmen	59
4.5.6.3.	Neue Massnahmen und neue Behörden	61
4.5.7.	<i>Schlussfolgerung</i>	61
4.5.7.1.	Gemäss aktuellem Recht	61
4.5.7.2.	Gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht	65
5.	WEITERE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE FÜR DIE VORNAHME VON VORBEREITENDEN MEDIZINISCHEN MASSNAHMEN	67
5.1.	GESETZ	67
5.2.	ÜBERWIEGENDES INTERESSE	68
6.	ZEITPUNKT DER ANFRAGE AN DIE NÄCHSTEN ANGEHÖRIGEN	72
7.	EMPFEHLUNGEN DE <i>LEGE FERENDA</i>	78
7.1.	INFORMATION DER BEVÖLKERUNG	78
7.2.	ARTIKEL 8 TxG	80
7.3.	ARTIKEL 10 TxG	80
7.4.	AUSFÜHRUNGSGESETZGEBUNG	82
8.	SCHLUSSFOLGERUNGEN	83
	ANHANG	91
	LITERATURVERZEICHNIS	92

1. Einleitung

1.1. Auftrag

Das Bundesamt für Gesundheit (zitiert: BAG) ersucht eine gewisse Anzahl an rechtlichen Abklärungen zu wichtigen Aspekten betreffend die Anwendung des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, das am 1. Juli 2007 in Kraft getreten ist.¹

Ausgehend vom durch das BAG erarbeitenden Dokument „*Rechtsgutachten zu Fragen im Zusammenhang mit der Organentnahme bei verstorbenen Personen und vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Art. 8 und 10 Transplantationsgesetz, TxG)*“ haben die beiden Autoren ein Rechtsgutachten zu den vier folgenden Fragen erarbeitet:

1. Kann eine Zustimmung des Spenders zur Organentnahme nach Art. 8 Abs. 1 TxG so interpretiert werden, dass sie auch die Einwilligung in die im Hinblick auf eine Transplantation erforderlichen medizinischen Massnahmen vor dem Tod beinhaltet?
2. Kann eine Drittperson (gesetzlicher Vertreter oder eine andere vertretungsberechtigte Person) anstelle des Patienten, der sich dazu nicht geäußert hat, in medizinische Massnahmen vor dem Tod einwilligen?
3. Darf die Anfrage an die nächsten Angehörigen nach Art. 8 Abs. 2 TxG bzw. die Einwilligung nach Art. 8 Abs. 3 TxG erst erfolgen, wenn die betreffende Person effektiv verstorben ist oder darf die Anfrage bzw. die Einwilligung bereits zu einem früheren Zeitpunkt gemacht werden?
4. Ergibt sich aus der Beantwortung der Fragen ein Bedarf für Empfehlungen *de lege ferenda*?

In Anbetracht der durch die Revision des Erwachsenenschutzrechtes am 19. Dezember 2008² beschlossenen bedeutsamen Änderungen des Zivilgesetzbuches³ werden die obengenannten Fragen sowohl aus der Sicht des gegenwärtig gültigen Rechts, als auch aus der Sicht des zukünftigen Rechts, das wahrscheinlich im Jahr 2012 oder 2013 in Kraft treten wird, untersucht.

1.2. Gliederung

Das vorliegende Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz definiert als erstes den Begriff der vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Ziff. 2.1) und ruft die beiden zulässigen Methoden der Feststellung des Todes bei einem potentiellen Spender in Erinnerung (Ziff. 2.2). Es stellt anschliessend aus medizinischer Sicht Art, Zweck, Notwendigkeit und Auswirkungen der

¹ SR 810.2, AS 2007 1935.

² BBl 2009, s. 141.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210, AS 24 233; zitiert: ZGB).

vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor, sowohl bezüglich des potentiellen Spenders mit noch schlagendem Herzen (Ziff. 2.3) als auch bezüglich des potentiellen Spenders mit irreversiblen Herzstillstand (Ziff. 2.4).

Ausgehend von diesem medizinischen Hintergrund setzt sich das vorliegende Rechtsgutachten anschliessend mit den rechtlichen Fragen auseinander. Es legt zunächst die Gesetzesordnung betreffend die Zustimmung zur Organspende dar und vertieft die Frage der Reichweite der Zustimmung (Ziff. 3). Das Rechtsgutachten widmet sich dann im Einzelnen der Frage der Zustimmung zu den im Hinblick auf eine Transplantation vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Ziff. 4). Diesbezüglich erwähnt es die anwendbaren Gesetzesgrundlagen (Ziff. 4.2) und beantwortet Fragen bezüglich des Inhalts der zu vermittelnden Informationen sowie der Form der Zustimmung (Ziff. 4.3). Das Rechtsgutachten untersucht anschliessend sowohl die Situation des urteilsfähigen potentiellen Spenders (Ziff. 4.4) als auch diejenige des urteilsunfähigen potentiellen Spenders (Ziff. 4.5). In diesem Zusammenhang werden auch die durch die Revision des Zivilgesetzbuches vom 19. Dezember 2008 entstandenen eingreifenden Änderungen betreffend der Entscheidungsfindungsprozess bei einer urteilsunfähigen Person aufgezeigt. Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht sodann kurz die Frage, ob neben der Zustimmung der betroffenen Person weitere Rechtfertigungsgründe für die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorhanden sind (Ziff. 5).

Bevor das Rechtsgutachten einige Empfehlungen *de lege ferenda* vorlegt (Ziff. 7), befasst es sich noch mit der Frage des Zeitpunktes der Anfrage an die nächsten Angehörigen betreffend die Zustimmung zur Organspende (Ziff. 6). Das Rechtsgutachten endet schliesslich mit einer Reihe von Schlussfolgerungen (Ziff. 8).

2. Vorbereitende medizinische Massnahmen

2.1. Begriff und Abgrenzung

Begriff – Im Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens, und gemäss Artikel 10 Abs. 1 TxG, handelt es sich bei den vorbereitenden medizinischen Massnahmen („*mesures médicales préliminaires*“, „*provvedimenti medici preparatori*“) um medizinische Massnahmen, welche:

- ausschliesslich der **Erhaltung** der Organe, Gewebe und Zellen **dienen**, und welche
- **vor der Feststellung des Todes** des potentiellen Spenders vorgenommen werden.

In der französischen Sprache wird ebenfalls der Ausdruck „*mesures médicales préparatoires*“ verwendet. Im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen wird mitunter auch von der „*medizinischen Konditionierung*“ des potentiellen Spenders im Hinblick auf eine Organentnahme gesprochen.⁴ Die anglophone Literatur spricht im Allgemeinen von „*pre-mortem transplantation optimizing interventions*“.⁵

Die medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (zitiert: SAMW) zu Grenzfragen der Intensivmedizin vom 3. Juni 1999 präzisieren auf eine gewisse Art und Weise den Begriff. Sie halten fest, dass „*[b]ei unmittelbar bevorstehendem Hirntod [...] im Interesse des Organempfängers beschränkte organerhaltende Massnahmen (z.B. diagnostische Untersuchungen, kreislaufstützende Medikamente) angewandt und bis zur definitiven Organentnahme fortgesetzt werden [dürfen]*“.⁶

Abgrenzung – Es gibt verschiedene Kategorien von medizinischen Massnahmen, die vor dem Tod des potentiellen Spenders vorgenommen werden können. In dieser Hinsicht muss unterschieden werden zwischen den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, die ausschliesslich der **Organerhaltung** dienen, und den Massnahmen, die zum Ziel haben, die **Spendetauglichkeit des potentiellen Organspenders abzuklären**, das heisst den serologischen und immunologischen Analysen.

Ohne die vorbereitenden medizinischen Massnahmen genauer zu umschreiben, sieht Artikel 10 Abs. 1 TxG vor, dass „*[m]edizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen, [...] vor dem Tod der spendenden Person nur vorgenommen werden [dürfen], wenn diese umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat*“. Artikel 10 Abs. 2 TxG verbietet ausserdem jegliche Massnahme, welche „*den Tod der Patientin oder des Patienten beschleunigen*“ oder „*dazu führen können, dass die Spenderin oder der Spender in einen dauernden vegetativen Zustand gerät*“.

⁴ EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 41.

⁵ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 458.

⁶ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Intensivmedizin*, s. 5 Ziff. 2.1.

Betreffend Massnahmen, welche der Abklärung der Spendetauglichkeit dienen, sieht Artikel 30 Abs. 1 TxG hingegen eine Testpflicht vor („*Wer Organe, Gewebe oder Zellen entnimmt oder transplantiert, muss die Tauglichkeit der spendenden Person überprüfen*“). Darüber hinaus verpflichtet Artikel 31 Abs. 1 TxG dieselben Personen sich zu vergewissern, dass die Organe, Gewebe und Zellen „*auf Krankheitserreger oder Hinweise auf solche getestet worden sind*“. Die Verordnung vom 16. März 2007 über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (zitiert: TxV)⁷ definiert im Einzelnen die durchzuführenden Tests und verpflichtet den verantwortlichen Arzt, diese Test durchzuführen (Art. 23 und Anhang 5 der TxV).⁸

2.2. Feststellung des Todes

Gemäss Artikel 9 Abs. 1 TxG ist der Mensch tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind. Artikel 7 TxV sieht vor, dass der Tod nach den Richtlinien gemäss Anhang 1 Ziffer 1 festzustellen ist, welcher den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005 entspricht.

Besagte Richtlinien definieren zwei Verfahren, welche die Feststellung des irreversiblen Ausfalls sämtlicher Funktionen des Gehirns erlauben:⁹ ein Mensch gilt als tot bei einem vollständigen und irreversiblen Funktionsausfall des Gehirns einschliesslich des Hirnstamms infolge primärer Hirnschädigung oder -erkrankung (Feststellung des Todes wegen primärer Hirnschädigung; Spender mit noch schlagendem Herzen) oder bei einem anhaltenden Herz- und Kreislaufstillstand, der die Durchblutung des Gehirns so lange reduziert oder unterbricht bis der irreversible Funktionsausfall von Gehirn und Hirnstamm und damit der Tod eingetreten ist (Feststellung des Todes bei anhaltendem Herz-Kreislaufstillstand; Spender mit irreversiblen Herzstillstand). Bei letzterer Situation tritt der Tod ebenfalls nach dem vollständigen und irreversiblen Ausfall des Gehirns ein, wobei dieser Ausfall durch den Sauerstoffmangel in Folge der unterbrochenen Durchblutung verursacht wird.

Der Hirntod tritt demnach infolge einer direkten Schädigung des Gehirns (primärer Hirntod) oder infolge eines irreversiblen Herz-Kreislaufstillstands, welcher einen vollständigen Funktionsausfall des Gehirns verursacht (sekundärer Hirntod), ein. Die Organentnahme nach einem primären Hirntod bedingt eine auf einen gewissen Zeitraum verteilte Todesfeststellung, wobei es im Allgemeinen zweier klinischer Beurteilungen in einem Intervall von sechs Stunden bedarf.¹⁰ In rechtlicher Hinsicht entspricht des Todeszeitpunkt

⁷ SR 810.211; AS 2007 1961.

⁸ Die rechtliche Argumentation im Zusammenhang mit den serologischen und immunologischen Analysen wird in Ziff. 5.1 vorgebracht.

⁹ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 6 ff Ziff. 2 und 3.

¹⁰ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 6 f. Ziff. 2.

dem Moment der zweiten Beurteilung. Die Organentnahme nach einem sekundären Hirntod verläuft anders, weil die Feststellung des Todes nach einem Herz-Kreislaufstillstand nach 10-minütigem ununterbrochenem und beobachtetem Herzstillstand mit vollständigem Kreislaufstillstand erfolgt.¹¹

Da je nach Spenderkategorie unterschiedliche vorbereitende medizinische Massnahmen zum Zug kommen, ist eine Unterscheidung zwischen vorbereitenden medizinischen Massnahmen beim potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen und solchen beim potentiellen Spender mit irreversiblen Herzstillstand unerlässlich.

2.3. Potentieller Spender mit noch schlagendem Herzen

2.3.1. Allgemeines

Die potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen stellen gegenwärtig die Hauptquelle an Organen für die Transplantationsmedizin in der Schweiz dar.¹² Die Transplantation von Organen von Spendern mit noch schlagendem Herzen ist aus zwei Gründen vorteilhaft. Einerseits können beim Spender mit noch schlagendem Herzen im Prinzip sämtliche Organe entnommen werden. Andererseits wird die Qualität der Organe durch die bis zur Entnahme anhaltende Durchblutung gewährleistet.

Die meisten Patienten auf den Intensivstationen versterben nicht unter voller Therapie.¹³ Im Gegenteil: Ist der Gesundheitszustand des Patienten aussichtslos, wird früher oder später ein Therapieabbruch wegen schlechter Prognose beschlossen. Eine Erhebung des Inselspitals Bern für das Jahr 2007 ergab zum Beispiel, dass bei 91% der verstorbenen Patienten die Therapie abgebrochen wurde.¹⁴ Bei Patienten mit einer schweren Hirnschädigung werden die therapeutischen Massnahmen entsprechend abgebrochen, bevor der primäre Hirntod überhaupt eingetreten ist. Diese Patienten versterben anschliessend innerhalb relativ kurzer Zeit, wobei es sich um Stunden oder eventuell Tage handelt.¹⁵

Jeder Patient mit einer zerebral hoffnungslosen Prognose ist ein potentieller Organspender. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Hirnschädigung die zentrale Steuerung der Atmung,¹⁶ sowie die Regulation der Homöostase (das heisst das funktionale Gleichgewicht) bezüglich Durchblutung, Temperatur und Endokrinen ausfallen lässt.¹⁷ Damit ein entsprechender potentieller Spender ein tatsächlicher Spender werden kann sind „*medizinische Massnahmen und Untersuchungen inklusive Laboruntersuchungen notwendig, und zwar bevor der Hirntod eingetreten, geschweige denn bestätigt worden ist*“.¹⁸ Weil solche Patienten zum Beispiel keine

¹¹ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 9 Ziff. 3.2.

¹² BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI *et al.*, s. 899.

¹³ PARKER/SHEMIE, s. 401.

¹⁴ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

¹⁵ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

¹⁶ Dies erklärt den Ausfall der spontanen Atmung.

¹⁷ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, s. 837.

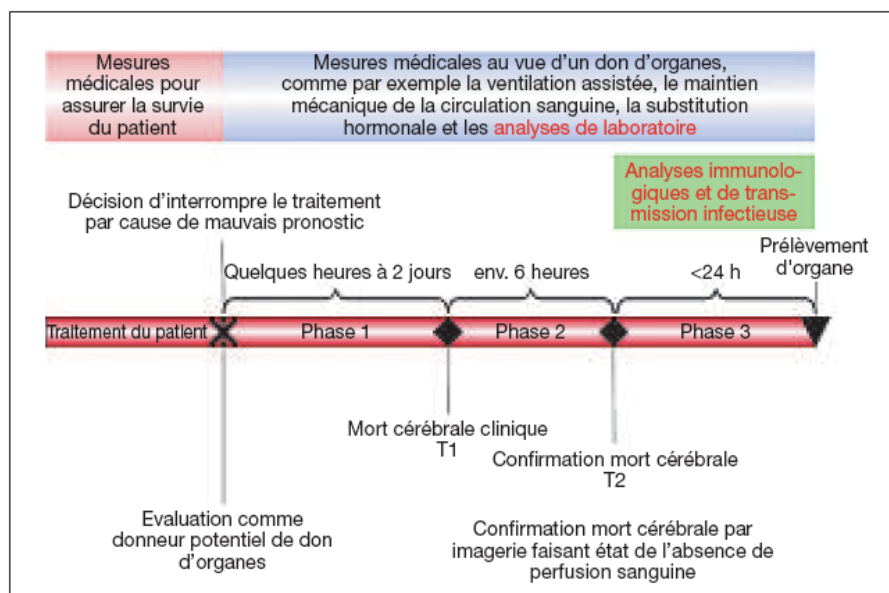
¹⁸ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

Spontanatmung mehr aufweisen, funktionieren die Herztätigkeit und die Durchblutung nur insofern, als dass die Sauerstoffzufuhr künstlich aufrecht gehalten wird. Ganz allgemein ausgedrückt dienen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen folglich dazu, die durch eine schwere Hirnschädigung verloren gegangenen Körperfunktionen zu auszugleichen bzw. zu ersetzen.

2.3.2. Zeitliche Aspekte

Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen werden zwischen dem Moment des Therapieabbruchs beim potentiellen Spender und dem Moment der Organentnahme zu Transplantationszwecken vorgenommen. Genauer gesagt kann unterschieden werden zwischen den Massnahmen, die zwischen Therapieabbruch und erster klinischer Hirntodfeststellung (T1) erfolgen, und solchen, die von der ersten klinischen Hirntodfeststellung bis zur Hirntodbestätigung (T2) vorgenommen werden.

Gemäss den Empfehlungen für die Behandlung und das Monitoring von erwachsenen Organspendern mit erhaltener Herzfunktion der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (zitiert: SGI) zum Beispiel, beginnt die Behandlung des Organspenders zu dem Zeitpunkt, an dem der Tod festgestellt wurde. Die Empfehlungen präzisieren jedoch, dass die für die postmortale Behandlung des potentiellen Spenders vorgesehenen medizinischen Massnahmen schon beim noch nicht hirntoten Patienten erfolgen sollten, im Sinne einer „good clinical practice“.¹⁹



Quelle.²⁰

¹⁹ SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, S. 6. „Das Monitoring und die Behandlung des Organspenders beginnen zu dem Zeitpunkt, an dem der Tod gemäss den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) festgestellt wurde. Anzumerken ist, dass eine adäquate Therapie des noch nicht hirntoten Patienten gemäss good clinical practice weitgehend diesen Empfehlungen für die Behandlung des Organspenders entspricht“.

²⁰ REGLI/SPESCHA/PETER, S. 7. In der deutschsprachigen Version des Artikels von REGLI/SPESCHA/PETER ist der Text der Abbildung leider nicht lesbar.

Nach Abbruch der therapeutischen Massnahmen, welche im direkten Interesse des Patienten erfolgten, werden gewisse biologischen Funktionen durch mechanische Ventilation und Stimulation der Durchblutung im Hinblick auf eine Organentnahme künstlich aufrecht gehalten. Im Inselspital Bern variiert der Zeitraum vom Therapieabbruch bis zur ersten klinischen Hirntodfeststellung zwischen wenigen Stunden bis zu maximal 48 Stunden.²¹ Falls der primäre Hirntod nach Ablauf dieser Frist nicht eingetreten ist, wird jegliche unterstützende Massnahme (insbesondere die künstliche Beatmung) abgebrochen. Ist der primäre Hirntod dagegen eingetreten, werden gewisse Funktionen wie die Atmung und der Kreislauf sowie die Durchblutung der Organe bis zum Zeitpunkt der Organentnahme künstlich aufrecht gehalten.

Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen sind insbesondere während der Phase der Bestätigung des primären Hirntodes (zwischen T1 und T2) entscheidend. Gemäss BRUNO REGLI *et al.* kommt es durch den Hirntod „zu schweren physiologischen und strukturellen Störungen. Es kommt zu schnell wechselnden hämodynamischen Alterationen, Koagulopathien, Gasaustauschstörungen, Hypothermie und Elektrolytveränderungen“.²² Die Empfehlungen der SGI beinhalten daher eine ganze Reihe von Massnahmen und Laboruntersuchungen, die Überwachung und Aufrechterhaltung der Organfunktionen bis zur Entnahme erlauben.

2.3.3. Art der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Ohne im Detail auf die zahlreichen von den Empfehlungen der SGI erörterten Massnahmen einzugehen,²³ kann festgestellt werden, dass sich die wesentlichen vor dem Tod und mit dem Ziel der Qualitätserhaltung der Organe getroffenen Massnahmen auf die drei folgenden zusammenfassen lassen: die Weiterführung der **künstlichen Beatmung**; die Verabreichung von Medikamenten, welche der Erhaltung der Hämodynamik, das heisst der Durchblutung, dienen (**vasoaktive**, oder anders ausgedrückt gefässaktive, **Medikamente**); die Verabreichung einer **Hormonbehandlung**.²⁴

Künstliche Beatmung – Patienten, bei denen der primäre Hirntod eingetreten ist, oder die kurz davor sind, haben keine Spontanatmung mehr. Die Herztätigkeit, und so die Durchblutung, funktionieren dagegen weiter insofern die Sauerstoffzufuhr durch eine künstliche Beatmung gewährleistet wird.²⁵

Vasoaktive Medikamente – Die Verabreichung von vasoaktiven Medikamenten vor dem Tod, zum Beispiel ein Vasodilatator (Erschlaffen der

²¹ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

²² REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

²³ Die Empfehlungen der SGI erwähnen die beim potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen zu überwachenden Werte: Volumentherapie; Hämodynamik; Körpertemperatur; Diabetes insipidus; Natrium; übrige Elektrolyte; Blutzucker; Hämoglobin; Blutplättchen; Blutgerinnung; Kortikosteroide; antibiotische Therapie; Ernährung; Beatmung.

²⁴ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7. Für eine detaillierte Analyse der möglichen vorbereitenden medizinischen Massnahmen beim potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen, siehe WOOD/BECKER/MCCARTNEY, *et al.*, s. 2730 ff.

²⁵ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 459.

Blutgefässe) wie Phentolamin oder ein Vasopressor (Verengen der Blutgefässe), ermöglicht die Regulierung der Hämodynamik, das heisst die Eigenschaften des Blutflusses.²⁶

Hormonbehandlung – Der primäre Hirntod wirkt sich ebenfalls auf den Hormonhaushalt aus (weitreichende hormonale und metabolische Anomalien).²⁷ Der Ausfall des antidiuretischen Hormons zum Beispiel führt innert kurzer Zeit zu einer schweren Hyper-Natriämie (ungenügende Flüssigkeitszufuhr, welche zu einer Dehydratation führt).²⁸ Gewisse Studien zeigen auf, dass ein Hormonersatz zur hämodynamischen Stabilität des potentiellen Spenders beiträgt.²⁹

Um eine kontinuierliche Evaluation des Zustands des potentiellen Spenders zu gewährleisten, und mit dem Ziel ein mögliches, die Organdurchblutung verminderndes, Ungleichgewicht der Hämodynamik zu orten, sind eine gewisse Anzahl an **Laboruntersuchungen** notwendig (Elektrolyte, Blutgase, Blutzucker, Laktate und diverse weitere Ersatzparameter).³⁰ Diese Laboruntersuchungen erlauben es, die Dosierung der beim potentiellen Spender vorzunehmenden vorbereitenden medizinischen Massnahmen entsprechend einzustellen.

Es existieren schliesslich gewisse **serologische und immunologische Untersuchungen**, welche Blut- und Gewebeentnahmen bedingen.³¹ Diese Laboruntersuchungen ermöglichen einerseits, den potentiellen Spender auf das Vorhandensein von Infektionskrankheiten zu testen, und andererseits, die Blut- und Gewebeübereinstimmung mit potentiellen Empfängern zu prüfen. Artikel 30 und 31 TxG sowie Artikel 23 TxV sehen eine **Testpflicht** vor, um die Spendetauglichkeit des potentiellen Spenders zu ermitteln. Anhang 5 der TxV regelt im Einzelnen die durchzuführenden Untersuchungen und Anforderungen, welchen die Untersuchungen zu genügen haben. Da die Organentnahme bei einem Spender mit noch schlagendem Herzen keinem Zeitdruck ausgesetzt ist, können die immunologischen und serologischen Untersuchungen im Prinzip **nach** der Feststellung des primären Hirntodes vorgenommen werden.

2.3.4. Zweck und Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Kurz gesagt werden nach Therapieabbruch die mechanische Unterstützung des Patienten aufrecht erhalten und gewisse andere vorbereitende medizinischen Massnahmen getroffen, damit sich einerseits der Zustand des

²⁶ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, s. 839.

²⁷ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, s. 150.

²⁸ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 8.

²⁹ BOULARD/GUIOT/POTTECHER, *et al.*, s. 839.

³⁰ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 8. Die Empfehlungen der SGI sehen ausführliche Anweisungen bezüglich der im Rahmen der Behandlung eines potentiellen Spenders mit noch schlagendem Herzen zu überwachenden Parametern vor. Siehe SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, s. 16, 17 und 19.

³¹ Die Empfehlungen der SGI sehen ausführliche Anweisungen bezüglich der im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen zu überprüfenden Parametern vor. Siehe SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, s. 20.

Patienten zu einem primären Hirntod entwickeln kann, und um andererseits die Qualität der Organe bis zu ihrer Entnahme zu gewährleisten.

Man muss sich aber dennoch mit der Frage der Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine spätere Organentnahme auseinandersetzen. Nach heutigen Kenntnissen lässt sich sagen, dass ohne das Einsetzen von vorbereitenden medizinischen Massnahmen nach Therapieabbruch eine Organentnahme bei einem Spender mit noch schlagendem Herzen praktisch ausgeschlossen ist.

Die künstliche Beatmung vor der Feststellung des primären Hirntodes, und bis zur Organentnahme, ist unerlässlich.³² Da die potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen keine Spontanatmung mehr aufweisen, könnte die Herztätigkeit und damit der Kreislauf ohne eine mechanische Ventilation nicht aufrecht erhalten werden. Es wäre so praktisch unmöglich, dass der Patient einen Zustand des primären Hirntodes erreicht, oder dass die Feststellung des Hirntodes in den vorgesehenen Fristen stattfinden kann. In diesem Zusammenhang verwenden gewisse Autoren übrigens den Begriff der „elective ventilation“, welcher wie folgt definiert ist: *„artificial ventilation being applied to the patient, not to treat the underlying brain damage, but solely to allow the situation to progress to brain stem death in the hope of subsequent solid organ donation“*.³³

Kreislaufstörungen treten bei Patienten im Zustand des primären Hirntodes, oder kurz davor, häufig auf.³⁴ Vasoaktive Medikamente, sowie gewisse Hormone, werden verabreicht, um den stabilen Zustand des potentiellen Spenders aufrechtzuerhalten und damit die Durchblutung der Organe und deren Qualität zu gewährleisten. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen spielen in diesem Sinne eine entscheidende Rolle für den Erfolg der Organtransplantation.³⁵ Gemäss den Empfehlungen der SGI müssen die vasoaktiven Medikamente jedoch mit der geringstmöglichen Dosierung verwendet werden.³⁶ BRUNO REGLI *et al.* betonen, dass ohne *„entsprechende medizinische Massnahmen, und hierzu gehören eben auch gezielte Laboruntersuchungen wie z.B. die Erfassung der Elektrolyte, [...] der vorgeschriebene Hirntod-Feststellungsprozess und eine Organrekrutierung gar nicht möglich [sind]“*.³⁷ JOHN D. ROSENDALE *et al.* stellen ihrerseits folgendes fest: *„profound pathophysiological devastation associated with the sequelae of brain death [...] is of such magnitude that, in spite of conventional cardiopulmonary support, as many as 25% of potential donors may have a loss of perfusion to their organs, making them unsuitable for transplant before the organs can be retrieved“*.³⁸ Daraus folgt, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einer beträchtlichen Anzahl an potentiellen

³² Zur Rolle der künstlichen Beatmung im Rahmen der Forschung bei verstorbenen Personen, siehe Art. 36 des Entwurfs zu einem Gesetz über die Forschung am Menschen sowie die Botschaft FaM, s. 8128.

³³ BROWNE/GILLET/TWEEDDALE, s. 43.

³⁴ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, s. 154.

³⁵ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 8.

³⁶ SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, s. 7.

³⁷ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 8.

³⁸ ROSENDALE/CHABALEWSKI/MCBRIDE, *et al.*, s. 761. Siehe ebenfalls SALIM/VELMAHOS/BROWN, *et al.*, s. 991 ff; ROSENDALE/MYRON KAUFFMAN/MCBRIDE, *et al.*, s. 482 ff.

Spendern die Organentnahme erst ermöglichen. Die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen beeinflusst übrigens nicht nur die Qualität und das einwandfreie Funktionieren der Organe im Anschluss an eine Transplantation, sondern auch die Anzahl an entnehmbaren Organen.³⁹ Der Erfolg der späteren Organtransplantation scheint ausserdem weitgehend davon abzuhängen, dass die medizinischen Massnahmen, deren Zweck die Stabilisierung des Zustands des Spenders ist, schon vor der Feststellung des primären Hirntodes vorgenommen werden.⁴⁰

Die Laboruntersuchungen schliesslich sind unerlässlich, um die Behandlung des potentiellen Spenders im Hinblick auf eine Organentnahme zu optimieren.⁴¹

Die serologischen und immunologischen Untersuchungen werden nicht mit dem Ziel der Organerhaltung durchgeführt. Sie sind jedoch unabdingbar, um die Sicherheit der anschliessenden Transplantation zu gewährleisten und damit den potentiellen Empfänger zu schützen.

2.3.5. Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Um die Situation aus rechtlicher Sicht vollständig erfassen zu können, bedarf es noch gewissen Erläuterungen zu den Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen auf den potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen. In dieser Hinsicht müssen drei Aspekte hervorgehoben werden.

Die künstliche Beatmung ist im Allgemeinen neutral in Bezug auf den Zustand des potentiellen Spenders. Es existiert jedoch ein minimales Risiko, dass sich der Zustand des Patienten stabilisiert und anschliessend sowohl die Atmung als auch der Kreislauf ohne mechanische Unterstützung weiterfunktionieren.⁴² In diesem Fall erreicht der Patient nicht einen die Organentnahme ermöglichenden Zustand des primären Hirntodes, sondern er fällt in einen dauernden vegetativen Zustand.⁴³

Die Verabreichung von vasoaktiven Medikamenten und die Hormonbehandlung sind von keinem direkten Nutzen für den Patienten. Diese medizinischen Massnahmen halten den Organismus des potentiellen Spenders „somatisch“ am Leben. Sie sind daher nicht schädlich für den Spender, im Gegenteil. Allerdings wirken sie dem natürlichen Sterbeprozess entgegen. Ohne solche medizinischen Massnahmen würde eine beträchtliche Anzahl an Patienten auf dem Weg zum primären Hirntod einem Multiorganversagen oder Kreislaufkollaps erliegen.⁴⁴

³⁹ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, s. 149.

⁴⁰ SALIM/MARTIN/BROWN, *et al.*, s. 429.

⁴¹ GUIOT/CHEISSON/DELABRANCHE, *et al.*, s. 151.

⁴² PARKER/HEMIE, s. 400.

⁴³ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 461.

⁴⁴ DUBOSE/SALIM, s. 369.

Die serologischen und immunologischen Untersuchungen schliesslich verursachen im Prinzip keine Risiken oder schädlichen Folgen für den potentiellen Spender, auch wenn sie eine leichte Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit bedingen.

2.4. Potentieller Spender mit irreversiblen Herzstillstand

2.4.1. Allgemeines

Die Organentnahme bei Spendern mit irreversiblen Herzstillstand („*non-heart-beating-donors*“) ist keine Neuheit. Die ersten Organtransplantation in der Geschichte der Transplantationsmedizin haben dank dieser Kategorie von Spendern stattgefunden. Die Praxis wurde anschliessend jedoch aufgegeben aufgrund der im Vergleich zur Transplantation von Organen von Spendern mit noch schlagendem Herzen schlechteren Resultate. Deshalb beschränkt sich die Organentnahme nach einem Herz-Kreislaufstillstand im Allgemeinen auch auf die Nieren, und möglicherweise die Leber. Spender mit noch schlagendem Herzen sind folglich sowohl aus qualitativer wie auch aus quantitativer Hinsicht vorzuziehen.

Aufgrund der steigenden Nachfrage an für die Transplantation zur Verfügung stehenden Organen ist die Entnahme von Organen bei Spendern mit irreversiblen Herzstillstand in den letzten Jahren wieder in Betracht gezogen worden. Durch Verbesserungen in Bezug auf die Behandlung der potentiellen Spender konnten die qualitativen Mängel überwunden werden.⁴⁵ Des Weiteren ist die Anzahl der Patienten, die nach einem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen erfolgten Herz-Kreislaufstillstand versterben, deutlich höher als die Anzahl der Patienten, deren Zustand sich zu einem primären Hirntod weiterentwickelt. Denn „*most patients that expire never progress to brain death before cardiac arrest. Organ donation following cardiac death (DCD) is an option that can allow such patients and their families to pursue organ donation*“.⁴⁶

In der Schweiz wurde die Entnahme von Organen bei Spendern mit irreversiblen Herzstillstand bis zum Inkrafttreten des neuen TxG in Genf und in Zürich praktiziert. Aufgrund gewisser Unklarheiten innerhalb der Ärzteschaft im Zusammenhang mit der Umsetzung des TxG wird diese Art von Organentnahme in der Schweiz gegenwärtig nicht mehr praktiziert.⁴⁷

2.4.2. Kategorien der Spender mit irreversiblen Herzstillstand

Gemäss der Maastricht Klassifikation gibt es mehrere Kategorien von Spendern mit irreversiblen Herzstillstand.⁴⁸

⁴⁵ ANTOINEA/BRUNB/TENAILLONA, *et al.*, s. 7 ff.

⁴⁶ MAGLIOCCA/MAGEE/ROWE, *et al.*, s. 1095.

⁴⁷ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, s. 899.

⁴⁸ EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 42.

- Patient wird mit einem Herz-Kreislaufstillstand ins Spital eingeliefert (Kategorie I: Tod bei Ankunft auf der Notfallstation);
- Herzstillstand ereignet sich in Gegenwart eines Rettungsdienstes und die Reanimation bleibt ohne Erfolg (Kategorie II: Reanimation ohne Erfolg);
- Irreversibler Herzstillstand ereignet sich nach geplantem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen (Kategorie III: Sterbende Patienten, bei denen der Herzstillstand erwartet wird nach Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen);
- Herz-Kreislaufstillstand bei Patienten mit der Diagnose primärer Hirntod (Kategorie IV: Herzstillstand bei Hirntod).

Bei den Kategorien I und II handelt es sich hauptsächlich um Patienten, die einen Herzstillstand ausserhalb eines Spitals erleiden und zur Reanimation auf die Notfallstation gebracht werden (unkontrollierter Herzstillstand).

Die Kategorie III betrifft Patienten, die sich auf einer Intensivstation befinden. Es handelt sich dabei um Personen, die eine schwere Hirnschädigung erlitten haben, ohne jedoch sämtliche klinischen Kriterien eines primären Hirntodes zu erfüllen.⁴⁹ Das Fortleben dieser Patienten beruht auf lebenserhaltenden medizinischen Massnahmen, wie die mechanische Ventilation, die Zufuhr einer hohen Sauerstoffkonzentration und die Verabreichung von den Blutdruck unterstützenden Medikamenten.⁵⁰ Diese Patienten haben eine normale Herztätigkeit, solange sie an eine Maschine angeschlossen sind. Beschliessen der Arzt und die nächsten Angehörigen jedoch den Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen, wird die mechanische Unterstützung des Patienten (hauptsächlich die künstliche Beatmung) beendet. In den Minuten oder Stunden nach diesem Abbruch verstirbt der Patient infolge eines Herzstillstands (kontrollierter Herzstillstand). Sein Tod wird dann gemäss den Kriterien des Todes nach irreversiblen Herz-Kreislaufstillstand festgestellt.⁵¹ Nur wenn der Tod in den ersten 60 Minuten nach Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen erfolgt, kann eine Organentnahme in Betracht gezogen werden.⁵² Nach 60 Minuten spricht das erhöhte Risiko einer Schädigung der Organe gegen eine Entnahme.

2.4.3. Zeitliche Aspekte

In Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen muss zwischen den Patienten der Kategorien I und II einerseits, und den Patienten der Kategorie III andererseits unterschieden werden. Die Patienten der Kategorien I und II sind bei der Ankunft im Spital bereits tot oder sie versterben auf der Notfallstation nach einer erfolglosen Reanimation. Gewisse

⁴⁹ Die für diese Kategorie von Patienten häufig angetroffenen Diagnosen umfassen sämtliche schweren neurologischen Schäden (Trauma, primärer Tumor, Ischämie, Blutungen) sowie verschiedene schwere Organinsuffizienzen, welche die Lebensqualität des Patienten gefährden, aber sich nicht zu einem primären Hirntod entwickeln werden.

⁵⁰ CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, S. 2.

⁵¹ Siehe Ziff. 2.2.

⁵² CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, S. 3 S.

medizinische Massnahmen können im Hinblick auf eine Organentnahme trotzdem vorgenommen werden um die Organe zu erhalten. Für diesen Fall sehen das TxG und die TxV eine klare Lösung vor. Auch wenn keine Zustimmung zur Spende vorliegt, dürfen solche Massnahmen **nach dem Tod** des potentiellen Spenders während längstens 72 Stunden durchgeführt werden. Diese Zeitspanne erlaubt es, die Zustimmung der nächsten Angehörigen einzuholen (Art. 10 Abs. 3 TxG und Art. 8 TxV).

In der Praxis geht es bei der Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen also hauptsächlich um die potentiellen Spender der Kategorie III.⁵³ Bei diesen Patienten wird der Entscheid zum Abbruch der lebenserhaltenden medizinischen Massnahmen nicht in Eile getroffen. Die Verabreichung gewisser im Hinblick auf eine spätere Organentnahme vorteilhaften Medikamenten kann so **vor dem Abschalten der Maschinen** vorgenommen werden. Vorbereitende medizinische Massnahmen können ebenfalls während der **Phase zwischen dem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen und der Todesfeststellung** erfolgen.

Es gilt schliesslich anzumerken, dass im Rahmen eines kontrollierten Herzstillstands die zwischen der Todesfeststellung und der Organentnahme vergangene Zeit so kurz wie möglich sein sollte. Weil die Organe einer Person mit irreversiblen Herzstillstand nicht mehr durchblutet sind, verschlechtert sich ihr Zustand innert kurzer Zeit.

2.4.4. Art der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Zu den vor dem Tod im Hinblick auf die Erhaltung der Qualität der Organe vorgenommenen Massnahmen gehören im Allgemeinen die Verabreichung eines **Antikoagulans** (wie Heparin), die Verabreichung eines **Vasodilatators** (wie Phentolamin) und die **Setzung von arteriellen Kanülen** zur Verabreichung der Kühlflüssigkeit.⁵⁴

Antikoagulans – Die Verabreichung eines Antikoagulans wie Heparin vor dem Tod ermöglicht die Vermeidung von Gerinnungsstörungen (Gerinnsel). Sie dient so der Vorbeugung von thrombotischen Verschlüssen der Gefässe, die nach dem Kreislaufstillstand auftreten können.

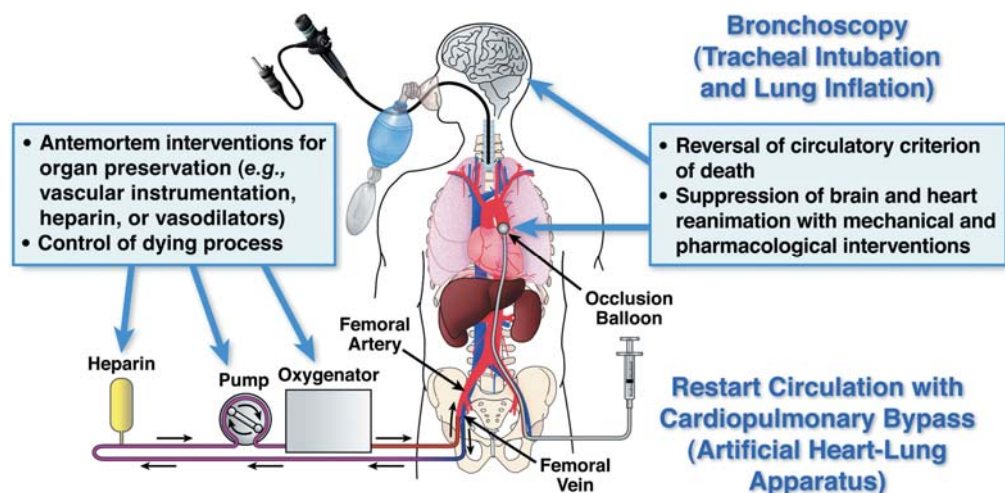
Vasodilatator – Die Verabreichung eines Vasodilatators (Blutgefässerweiterer) wie Phentolamin vor dem Tod ermöglicht es, den Blutfluss in und zu den Organen zu erhöhen.

Arterielle Kanüle – Die Setzung einer arteriellen Kanüle vor dem Tod des Patienten erlaubt es, die zwischen der Todesfeststellung und der Perfusion der Organe mit Kühlflüssigkeit vergangene Zeit zu verkürzen, was die Funktionsfähigkeit der zu entnehmenden Organe optimiert. Es ist jedoch möglich, die Todesfeststellung abzuwarten bevor die Setzung einer arteriellen

⁵³ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, s. 900.

⁵⁴ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 460.

Kanüle im Hinblick auf die Perfusion der Organe mit Kühlflüssigkeit vorgenommen wird.



Quelle.⁵⁵

Es existieren schliesslich gewisse **serologische und immunologische Untersuchungen**, welche Blut- und Gewebeentnahmen bedingen.⁵⁶ Diese Laboruntersuchungen ermöglichen einerseits, den potentiellen Spender auf das Vorhandensein von Infektionskrankheiten zu testen, und, andererseits, die Blut- und Gewebeübereinstimmung mit potentiellen Empfänger zu prüfen. Artikel 30 und 31 TxG sowie Artikel 23 TxV sehen eine **Testpflicht** vor, um die Spendetauglichkeit des potentiellen Spenders zu ermitteln. Anhang 5 der TxV regelt im Einzelnen die durchzuführenden Untersuchungen und die Anforderungen, welchen die Untersuchungen zu genügen haben. Da die Organentnahme bei einem Spender mit irreversiblen Herzstillstand einem gewissen Zeitdruck unterworfen ist, werden die immunologischen und serologischen Untersuchungen vorzugsweise **vor** dem Abbruch der lebenserhaltenden medizinischen Massnahmen, das heisst vor dem kontrollierten Herzstillstand, vorgenommen.

2.4.5. Zweck und Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Im Rahmen einer Organentnahme bei einem Spender mit irreversiblen Herzstillstand dienen die vor dem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen, oder während der Phase zwischen dem Abbruch dieser Massnahmen und der Todesfeststellung, vorgenommenen Massnahmen dazu, die **warme Ischämiezeit zu verkürzen** (Setzung einer arteriellen

⁵⁵ VERHEIJDE/RADY/MCGREGOR, s. 3.

⁵⁶ Die Empfehlungen der SGI sehen ausführliche Anweisungen bezüglich der im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen zu überprüfenden Parametern vor. Siehe SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, s. 20.

Kanüle) und die **Qualität der Organe** durch die Verabreichung von gerinnungshemmenden und gefässerweiternden Medikamenten zu gewährleisten.

Man muss sich hier ebenfalls die Frage der Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Fragen im Hinblick auf eine spätere Organentnahme stellen.

Die Verabreichung von gerinnungshemmenden und gefässerweiternden Medikamenten dient dazu, die Funktionsfähigkeit der Organe sicherzustellen, indem das Risiko von ischämischen und thrombotischen Schäden vermindert wird. Die Verabreichung eines Antikoagulans scheint eng mit dem Gelingen der anschliessenden Transplantation in Verbindung zu stehen. Ohne diese Massnahme wäre die Möglichkeit einer Organentnahme für Transplantationszwecke ernsthaft gefährdet. Für die Verabreichung von gefässerweiternden Medikamenten lässt sich dies dagegen nicht mit derselben Deutlichkeit sagen.

Die Setzung einer arteriellen Kanüle vor dem Tod erleichtert die Organentnahme, ohne dass diese Massnahme für das Gelingen der Entnahme jedoch unabdingbar wäre.

Die serologischen und immunologischen Untersuchungen werden schliesslich nicht mit dem Ziel der Organerhaltung durchgeführt. Sie sind jedoch unabdingbar, um die Sicherheit der späteren Transplantation zu gewährleisten und damit den potentiellen Empfänger zu schützen.

2.4.6. Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Um die Situation aus rechtlicher Sicht vollständig erfassen zu können, bedarf es noch gewissen Erläuterungen zu den Auswirkungen der vorbereitenden medizinischen Massnahmen auf den potentiellen Spender mit irreversiblen Herzstillstand. In dieser Hinsicht müssen drei Aspekte hervorgehoben werden.

Die Verabreichung von gerinnungshemmenden und gefässerweiternden Medikamenten ist von keinem direkten Nutzen für den Patienten. Unter gewissen Voraussetzungen können diese im Gegenteil das Eintreten des Todes des Patienten beschleunigen. Das Antikoagulans bringt in gewissen Fällen ein Risiko von Blutungen mit sich.⁵⁷ Gerinnungshemmende Medikamente werden jedoch für den Patienten als weniger gefährlich betrachtet als gefässerweiternde Medikamente. Diese verringern in der Tat den Blutdruck, was sich für Patienten, die sich unweigerlich in einem kritischen Zustand befinden, als gefährlich erweisen kann.⁵⁸

Die Setzung einer arteriellen Kanüle vor dem Tod ist ebenfalls von keinem direkten Nutzen für den Patienten. Diese kann sich für den Patienten als potentiell schmerzhaft oder unangenehm herausstellen.

⁵⁷ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 461; BELL, s. 179.

⁵⁸ DOWNIE/RAJOTTE/SHEA, s. 461; BELL, s. 179.

Diese zwei Erwägungen erklären, warum zum Beispiel das Pilotprojekt für die Organspende nach irreversiblen Herzstillstand der Organisation Québec-Transplant die Verabreichung einer Antikoagulans erlaubt, die Verabreichung eines Vasodilatators sowie die Setzung einer arteriellen Kanüle vor dem Tod jedoch verbietet.⁵⁹

Die serologischen und immunologischen Untersuchungen schliesslich verursachen im Prinzip keine Risiken oder schädlichen Folgen für den potentiellen Spender, auch wenn sie eine leichte Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit bedingen.

2.5. Schlussfolgerung

Bei den vorbereitenden medizinischen Massnahmen handelt es sich um medizinische Massnahmen, welche ausschliesslich der **Erhaltung** der Organe **dienen**, und welche **vor der Feststellung des Todes** des potentiellen Spenders vorgenommen werden. Solche Massnahmen betreffen potentielle Spender mit noch schlagendem Herzen und potentielle Spender mit irreversiblen Herzstillstand der Kategorie III der Maastricht Klassifikation (Irreversibler Herzstillstand nach geplantem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen). Bei den potentiellen Spendern mit irreversiblen Herzstillstand der Kategorien I und II der Maastricht Klassifikation handelt es sich dagegen um Massnahmen, welche nach dem Tod getroffen werden.

Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen können folgendermassen zusammengefasst werden:

Spender mit noch schlagendem Herzen:

- Mechanische Unterstützung der Atmung (künstliche Beatmung): unerlässlich für die Entnahme;
- Vasoaktive Medikamente: gewährleisten die Qualität der Organe;
- Hormonbehandlung: gewährleistet die Qualität der Organe;
- Laboruntersuchungen: bestimmen die Dosierung der für die Behandlung des potentiellen Spenders notwendigen vorbereitenden medizinischen Massnahmen;
- Serologische und immunologische Untersuchungen: bewerten die Spendetauglichkeit des Spenders (Vorhandensein von Infektionskrankheiten, usw.) und ermitteln die Gewebeeigenschaften, um die Übereinstimmung mit potentiellen Empfängern bestimmen zu können.

Spender mit irreversiblen Herzstillstand:

- Keine mechanische Unterstützung der Atmung;

⁵⁹ Siehe Anhang 1. Dasselbe gilt für ganz Kanada. Siehe CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, s. 6 f.

- Antikoagulans: gewährleistet die Qualität der Organe;
- Vasodilatator: gewährleistet die Qualität der Organe;
- Setzung einer arteriellen Kanüle im Hinblick auf die Perfusion der Organe mit Kühlflüssigkeit: verkürzt die warme Ischämiezeit;
- Serologische und immunologische Untersuchungen: bewerten die Spendetauglichkeit des Spenders (Vorhandensein von Infektionskrankheiten, usw.) und ermitteln die Gewebeeigenschaften, um die Übereinstimmung mit potentiellen Empfängern bestimmen zu können.

Bei den potentiellen Spendern mit irreversiblen Herzstillstand geht es in Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Allgemeinen um die **einmalige** Verabreichung eines Medikaments vor Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen, oder während der Phase zwischen dem Abbruch dieser Massnahmen und der Todesfeststellung. Bei den potentiellen Spendern mit noch schlagendem Herzen handelt es sich hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen dagegen um eine **fortlaufende**, medikamentöse oder andere, Behandlung, vom Moment des Therapieabbruchs, während des Prozesses zur Feststellung des primären Hirntodes und bis zur Organentnahme. Diese fortlaufende Behandlung ermöglicht die Aufrechterhaltung der physiologischen Funktionen des potentiellen Spenders mit noch schlagendem Herzen.⁶⁰

Es gilt festzuhalten, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einer **lebenden Person** vorgenommen werden, sei es bei einem potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen oder bei einem potentiellen Spender mit irreversiblen Herzstillstand gemäss der Kategorie III der Maastricht Klassifikation. Diese Massnahmen unterscheiden sich dementsprechend sehr klar von der Situation der Organentnahme nach dem Tod, auch wenn die beiden Situationen unweigerlich miteinander verbunden sind. Die Organentnahme befindet sich in der Tat in einer logischen Folge der vor dem Tod des potentiellen Spenders vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen, und der Erfolg der späteren Transplantation hängt vom Vorhandensein dieser Massnahmen ab.

Im Unterschied zu den an einer lebenden Person vorgenommenen medizinischen Massnahmen, die im Allgemeinen zu deren Wohl stattfinden, weisen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen die **Besonderheit** auf, dass sie nicht im Interesse des Patienten/potentiellen Spenders erfolgen. Sie können ausserdem gewisse Risiken für letzteren mit sich bringen.

Schliesslich muss man auf den Zusammenhang hinweisen, in dem die vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorgenommen werden. Es handelt sich um Patienten, die sich nicht auf dem Weg der Besserung, sondern ganz am Lebensende befinden. Unabhängig von der Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen geht es bei solchen Patienten nicht mehr um eine therapeutische, sondern um eine palliative

⁶⁰

Für den Forschungsbereich, siehe Botschaft FaM, s. 7343.

Behandlungsperspektive, wobei es insbesondere darum geht, diesen Patienten unnötiges Leiden zu ersparen. Daraus folgt, dass der Entscheid bezüglich der Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht ein Entscheid zwischen Leben und Tod ist, sondern eher ein Entscheid zwischen zwei Arten, das Leben dieser Patienten ausklingen zu lassen. Insofern kann sich die Beurteilung der Situation auf Überlegungen stützen, die auf ähnliche Art und Weise beim Behandlungsabbruch am Lebensende berücksichtigt werden.

3. Zustimmung zur Entnahme von Organen bei einer verstorbenen Person

3.1. Erweiterte Zustimmungslösung

Bevor die Frage der Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen untersucht wird, scheint es wichtig, kurz die Zustimmung zur Entnahme von Organen bei einer verstorbenen Person zu erörtern.

In der Schweiz gilt gemäss Artikel 8 TxG die *erweiterte Zustimmungslösung* für die Entnahme von Organen bei verstorbenen Personen.⁶¹ Die Gesetzesbestimmung hat folgenden Wortlaut:

Art. 8 Voraussetzungen der Entnahme

¹ *Organe, Gewebe oder Zellen dürfen einer verstorbenen Person entnommen werden, wenn:*

- a. sie vor ihrem Tod einer Entnahme zugestimmt hat;*
- b. der Tod festgestellt worden ist.*

² *Liegt keine dokumentierte Zustimmung oder Ablehnung der verstorbenen Person vor, so sind ihre nächsten Angehörigen anzufragen, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist.*

³ *Ist den nächsten Angehörigen keine solche Erklärung bekannt, so können Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden, wenn die nächsten Angehörigen einer Entnahme zustimmen. Sie haben bei ihrer Entscheidung den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person zu beachten.*

⁴ *Sind keine nächsten Angehörigen vorhanden oder erreichbar, so ist die Entnahme unzulässig.*

⁵ *Der Wille der verstorbenen Person hat Vorrang vor demjenigen der nächsten Angehörigen.*

⁶ *Hat die verstorbene Person die Entscheidung über eine Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen nachweisbar einer Person ihres Vertrauens übertragen, so tritt diese an die Stelle der nächsten Angehörigen.*

⁷ *Eine Erklärung zur Spende kann abgeben, wer das 16. Lebensjahr vollendet hat.*

⁸ *Der Bundesrat umschreibt den Kreis der nächsten Angehörigen.*

Gemäss Artikel 8 TxG ist eine Organentnahme bei einer verstorbenen Person demnach zulässig, wenn der Spender vor seinem Tod einer Entnahme zugestimmt hat (Abs. 1) oder, hat sich der Spender zu Lebzeiten nicht geäussert, wenn die nächsten Angehörigen (Abs. 3), oder die vom Spender designierte Vertrauensperson (Abs. 6), ihre Zustimmung gegeben haben. Die Gesetzesbestimmung hält zudem ausdrücklich fest, dass der vom Spender zu Lebzeiten ausgedrückte Wille Vorrang hat vor demjenigen der nächsten Angehörigen (Abs. 5).

⁶¹ Botschaft TxG, s. 139 f.

3.2. Öffentliche und persönliche Information

Vor einer Zustimmung zur postmortalen Organspende muss jede Person über die erforderliche Information verfügen, um einen aufgeklärten Entscheid fällen zu können. Im Rahmen der Totenspende spielt die Information deshalb eine besondere Rolle, weil der eine Entnahme ermöglichende primäre oder sekundäre Hirntod ein unvorhersehbares und häufig unerwartetes Ereignis ist. Der Arzt kann deshalb seinen Patienten (und potentiellen Spender) nur in seltenen Fällen über eine mögliche Organentnahme informieren.

Umso wichtiger ist deshalb eine in der gesamten Bevölkerung stattfindende Verbreitung allgemeiner Informationen zur gesetzlichen Regelung und Praxis der Transplantationsmedizin, namentlich die Darstellung der Voraussetzungen der Entnahme, Zuteilung und Transplantation von Organen sowie zur Möglichkeit Organe zu spenden (Art. 61 TxG).⁶² Seit dem Inkrafttreten des TxG findet die allgemeine Information der Bevölkerung hauptsächlich durch die Informationskampagnen des BAG statt. Diese **öffentliche Information** ermöglicht es, von einer informierten Zustimmung zur postmortalen Organspende durch jeden potentiellen Spender auszugehen.

Es handelt sich dagegen um eine **persönliche Information**, falls ein sich am Lebensende befindender Patient (sich seiner Situation bewusst) wünscht, über die Möglichkeit einer Organspende informiert zu werden. Die Information ist ebenfalls persönlich, falls sich die verstorbene Person zu Lebzeiten nicht geäußert hat, und die Anfrage betreffend eine Zustimmung zur Organentnahme an die nächsten Angehörigen erfolgt. In letzterer Situation informiert und begleitet der verantwortliche Arzt, oder gegebenenfalls der Transplantationskoordinator, die nächsten Angehörigen während des Verfahrens zur Todesfeststellung und bis zu einer möglichen Organentnahme. Die verantwortliche Person informiert die nächsten Angehörigen vollständig über das Eintreten des Todes. Die Frage der Organspende muss in adäquater Umgebung angesprochen werden.⁶³

3.3. Reichweite der Zustimmung

Die Zustimmung zur Organspende, zum Beispiel mittels einer Spendekarte, entspricht einer Zustimmung zu einem postmortalen Eingriff. Jede Person, die einer Organspende zustimmt, wünscht sich selbstverständlich, dass ihre Organe nach dem Tod einem Patienten von Nutzen sind. Daraus folgt unserer Meinung nach, dass die Zustimmung zur postmortalen Organspende sämtliche für eine Organentnahme notwendigen, oder sogar nur vorteilhaften, medizinischen Massnahmen umfasst, sobald der Tod festgestellt worden ist.⁶⁴

Das TxG präzisiert übrigens, dass solche Massnahmen nach dem Tod des potentiellen Spenders während längstens 72 Stunden durchgeführt werden

⁶² DEVAUD, s. 261.

⁶³ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 10 Ziff. 4.

⁶⁴ Ähnlich: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 44. Siehe ebenfalls CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, s. 7.

dürfen, auch wenn keine vorgängige Zustimmung zur Spende vorliegt; diese Zeitspanne erlaubt es, die Zustimmung der nächsten Angehörigen einzuholen. Gemäss dem erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des TxG erscheint ein „solches Vorgehen [...] gerechtfertigt, weil diese Massnahmen infolge des eingetretenen und festgestellten Todes der Patientin oder dem Patienten zumindest nicht mehr schaden können“.⁶⁵ Das eminente, wenn nicht vitale, Interesse des Empfängers für ein Organ ist selbstverständlich Teil der Abwägung vorhandener Interessen.⁶⁶

Die Zustimmung zur Organspende schliesst also die Zustimmung zu für die Entnahme notwendigen Massnahmen **nach dem Tod** mit ein. Anders verhält es sich dagegen in Bezug auf die **vor dem Tod** getroffenen Massnahmen.

Die medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen vom 24. Mai 2005 beschränken sich darauf folgendes anzugeben: „Umfasst die Einverständniserklärung die Massnahmen zur Organerhaltung nicht, dürfen diese erst nach der Feststellung des Todes durchgeführt werden“.⁶⁷ Sie entscheiden folglich nicht, ob die Zustimmung zur Organspende implizit eine Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen enthalten kann.

Gewisse Ethiker haben wiederum versucht, eine Antwort auf die Zulässigkeit der impliziten Zustimmung zu finden. ALISTER BROWNE *et al.* schlagen bezüglich der Reichweite der Zustimmung zur Organspende folgende **ethische Argumentation** vor.⁶⁸ Gemäss diesen Autoren kann die Zustimmung zur Massnahme X nur in zwei Fällen eine Zustimmung zur Massnahme Y umfassen. Es handelt sich, erstens, um die Situation, wo vermutet werden kann, dass der Patient versteht, dass seine Zustimmung zu X eine Zustimmung zu Y bedeutet. Hat eine Person der postmortalen Organspende zugestimmt, kann zum Beispiel vermutet werden, dass sie dem zur Organentnahme notwendigen chirurgischen Eingriff zustimmt. Da der Mehrheit der Bevölkerung die zur Organerhaltung bei einem potentiellen Spender notwendigen vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht bekannt sind, ist uns dieser erste Fall von keinem Nutzen. Es handelt sich, zweitens, um die Situation, wo der Patient vielleicht nicht weiss, dass seine Zustimmung zu X eine Zustimmung zu Y bedeutet, aber wo Y notwendig ist, um X realisieren zu können, und wo Y kein besonderes Risiko für den Patienten darstellt. Gemäss diesem zweiten Fall könnten sich zum Beispiel die für die immunologischen und serologischen Untersuchungen im Hinblick auf eine Entnahme notwendigen Blut- und Gewebeproben rechtfertigen. Was hingegen die anderen vorbereitenden medizinischen Massnahmen betrifft, die gewisse Risiken für den potentiellen Spender bergen, erlaubt dieser zweite Fall ebenfalls nicht ohne Weiteres davon auszugehen, diese Massnahmen seien durch die Zustimmung zur Organspende mit einbegriffen.

⁶⁵ EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 89.

⁶⁶ EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 44.

⁶⁷ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 12 Ziff. 5.

⁶⁸ BROWNE/GILLET/TWEEDDALE, s. 42 ff.

Um entscheiden zu können, ob die Zustimmung zur postmortalen Organspende gleichzeitig eine implizite Zustimmung zu den vor dem Tod getroffenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen bedeuten kann, muss untersucht werden wie das TxG die Frage regelt.

Im Unterschied zur Organentnahme, welche gemäss Artikel 8 TxG ein bei einer verstorbenen Person vorgenommener Eingriff ist, stellen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen einen Eingriff bei einer lebenden Person dar. Für solche vor dem Tod des potentiellen Spenders vorgenommenen Massnahmen verlangt Artikel 10 Abs. 1 TxG, dass dieser *„umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat“*. Das Zusammenspiel der Artikel 8 und 10 TxG, der ausdrückliche Vermerk der vorbereitenden medizinischen Massnahmen sowie der Wortlaut von Artikel 10 Abs. 1 TxG, insbesondere die Formulierung *„[m]edizinische Massnahmen [...] dürfen [...] nur vorgenommen werden, wenn diese [die spendende Person] umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat“*,⁶⁹ scheinen wohl anzudeuten, dass **für diese Massnahmen eine spezifische Zustimmung notwendig ist**. Es ist somit ausgeschlossen, eine implizite Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen aus der Zustimmung zur Organentnahme nach dem Tod abzuleiten.

Diese Auslegung stimmt überdies mit derjenigen der medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen vom 24. Mai 2005 über ein. Gemäss diesen Richtlinien, dürfen *„[m]edizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen [...] dienen, [...] vor dem Tod der spendenden Person nur vorgenommen werden, wenn diese umfassend informiert worden ist und frei zugestimmt hat“*.⁷⁰ Dieselben Richtlinien präzisieren übrigens, dass *„Untersuchungen und Massnahmen zur Vorbereitung einer Organentnahme [...] vor der Feststellung des Todes vorgenommen werden [dürfen], wenn dafür die explizite Einwilligung des informierten Patienten vorliegt“*.⁷¹

Daraus folgt, dass jede im Hinblick auf einen Organentnahme vorgenommene vorbereitenden medizinische Massnahme einer freien und informierten Zustimmung bedarf, im Prinzip durch die betroffene Person. Gewisse Autoren sprechen in diesen Zusammenhang von einer „spezifischen Zustimmung“.⁷² Artikel 10 Abs. 1 TxG widerspiegelt daher die gewöhnliche Logik der Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung bei einer lebenden Person.⁷³

Weil das Gesetz ausdrücklich eine Zustimmung des Spenders zu solchen Massnahmen verlangt, ist es unserer Meinung ausgeschlossen, eine

⁶⁹ Die Formulierung des französischen und italienischen Texts führt zur selben Schlussfolgerung: *„Les mesures [...] ne peuvent être prises [...] qu'avec le consentement libre et éclairé“*; *„Provvedimenti medici [...] possono essere adottati [...] soltanto se questi ne è stato informato esaurientemente e ha dato il proprio consenso liberamente“*.

⁷⁰ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 12 Ziff. 5.

⁷¹ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 11 Ziff. 4.

⁷² MANAÏ, s. 470. Siehe ebenfalls CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, s. 7.

⁷³ Siehe das Protokoll der Sitzung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 19. Februar 2004.

ausdrückliche Zustimmung zur postmortalen Organspende als eine globale Zustimmung zu interpretieren, welche eine implizite Zustimmung zu den vor dem Tod vorgenommen vorbereitenden medizinischen Massnahmen einschliessen würde.⁷⁴ Darüber hinaus enthält die Information der Bevölkerung im Bereich der Organtransplantation im Moment keine Hinweise auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen. Die Bevölkerung weiss im Allgemeinen nichts über die zur Organerhaltung im Hinblick auf eine Entnahme notwendigen medizinischen Massnahmen. Es kann somit nicht behauptet werden, dass sich die Zustimmung zur Organspende, zum Beispiel mittels einer Spendekarte, implizit ebenfalls auf die notwendigen vorbereitenden medizinischen Massnahmen erstrecken würde.⁷⁵

Von einer konkludenten oder stillschweigenden Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Eine solche Zustimmung wird ganz einfach in einer anderen Form als die ausdrückliche Zustimmung manifestiert. Es genügt, dass vom Verhalten der Person ohne zu zögern ihre Wille abgeleitet werden kann (Zustimmung durch konkludentes Verhalten). Eine solche Zustimmung setzt jedoch voraus, dass eine vorgängige Information über das Zustimmungssubjekt stattgefunden hat. In seiner Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002 betont der Bundesrat, dass eine *„stillschweigende Zustimmung [...] indessen ebenfalls voraus[setzt], dass die betroffene Person angemessen aufgeklärt worden ist. Nur unter dieser Voraussetzung darf fehlender Widerspruch als stillschweigende Zustimmung gewertet werden“*.⁷⁶

3.4. Schlussfolgerung

Die zur Konditionierung des potentiellen Spenders vor dessen Tod vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen fallen nicht unter die vorgängige Zustimmung zur postmortalen Organspende; dies insbesondere aus folgenden Gründen: Erstens ist die Zustimmung zur Organspende eine Zustimmung zu Eingriffen in den menschlichen Körper nach dem Tod; Zweitens unterscheidet die vom TxG übernommene Lösung sehr deutlich zwischen der Zustimmung zur Organspende (Art. 8 TxG) und der Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Art. 10 TxG), was ausschliesst, davon ausgehen zu können, die erstere umfasse implizit die zweite; Drittens ist im Moment keine Information der Bevölkerung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorhanden. Zusammengefasst muss deshalb unbedingt eine spezifische Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorliegen.

Um von einer möglichen konkludenten Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen ausgehen zu können, müsste die zustimmende Person über sämtliche relevanten Informationen (Art und Modalitäten, Zweck,

⁷⁴ Siehe das Protokoll der Sitzung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 19. Februar 2004.

⁷⁵ Derselben Meinung: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 44.

⁷⁶ Botschaft GUMG, s. 7398; so auch: EUROPARAT, *Rapport explicatif à la CDHB*, Par. 37.

Auswirkungen, Risiken und andere Nachteile) zu diesen Massnahmen verfügen.

Die gegenwärtige Situation ist die folgende: Die Zustimmung zur Organspende erstreckt sich nicht auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen. Bezüglich der Möglichkeit, die Informationskampagnen des BAG anzupassen, um eventuell Informationen zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen einzubeziehen, verweisen wir auf Ziff. 7 dieses Gutachtens (Empfehlungen *de lege ferenda*). Dasselbe gilt für mögliche Änderungen des Inhalts der Spendekarte von *Swisstransplant*.

Da die vorbereitenden medizinischen Massnahmen, wie wir gesehen haben, eine spezifische Zustimmung benötigen, untersuchen wir nun im Einzelnen die auf diese Massnahmen anzuwendende Rechtsordnung.

4. Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen

4.1. Allgemeines

Im Unterschied zur Zustimmung zur Organentnahme bei einer verstorbenen Person, wo es sich um einen nach dem Tod stattfindenden Eingriff handelt, bezieht sich die Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen auf Eingriffe an einer lebenden Person. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterscheiden sich allerdings in einem wichtigen Punkt von normalerweise im Medizinbereich bei einer lebenden Person vorgenommenen Eingriffen: Es handelt sich um Massnahmen, welche nicht zum Wohl der betroffenen lebenden Person, das heisst des potentiellen Spenders, vorgenommen werden, und welche gewisse Risiken für letzteren mit sich bringen können.

Rechtlich gesehen ist die Zustimmung der Rechtfertigungsgrund für den medizinischen Eingriff, welcher von Natur aus eine vom Arzt verursachte Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten mit sich bringt.⁷⁷ Die Zustimmung als Rechtfertigungsgrund für die Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten entfaltet ihre Wirkung nur, wenn sie frei und informiert ist. Die Zustimmung ist frei, wenn sie ohne Druck, Zwang oder Täuschung zustande kommt. Die Zustimmung ist informiert, wenn die betroffene Person über die relevante Information verfügt, um zu einem aufgeklärten Entscheid zu kommen. Fehlt eine gültige Zustimmung des Patienten, ist der medizinische Eingriff demnach im Prinzip widerrechtlich.⁷⁸

4.2. Gesetzliche Grundlagen

Jeder medizinische Eingriff bedarf im Prinzip einer freien und informierten Zustimmung der betroffenen Person. Artikel 5 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (zitiert: UeMB)⁷⁹ sieht vor, dass eine „*Intervention im Gesundheitsbereich [...] erst dann erfolgen [darf], nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat*“. Der erläuternde Bericht zur UeMB präzisiert, dass der Begriff der Intervention sehr weit konzipiert ist, das heisst jeden medizinischen Akt unabhängig seines Zwecks einschliesst.⁸⁰ Interessanterweise erwähnt das von der Schweiz unterzeichnete und ratifizierte Zusatzprotokoll zur Konvention über Menschenrechte und der Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe die vorbereitenden medizinischen Massnahmen mit keinem Wort.⁸¹

⁷⁷ MANAI, s. 31.

⁷⁸ JOSSEN, s. 51; DEVAUD, s. 199 f.; GUILLOD, *Consentement éclairé*, s. 39 ff. Davon ausgenommen sind lebensbedrohliche Notfälle, siehe Ziff. 4.5.5.1.

⁷⁹ Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, SEV-Nr. 164 (SR 0.810.2, AS 2008 5137). Siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/164.htm> (besucht am 5.07.2010). Die Schweiz hat die UeMB am 28. Juli 2008 ratifiziert. Diese ist am 1. November 2008 für die Schweiz in Kraft getreten.

⁸⁰ EUROPARAT, *Rapport explicatif à la CDHB*, Par. 34.

⁸¹ Zusatzprotokoll vom 24. Januar 2002 zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe, SEV-Nr. 186 (SR 0.810.22, AS 2010 867).

Unter schweizerischem Recht erwächst die Anforderung der Zustimmung im öffentlichen Recht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV)⁸² und im Privatrecht dem Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB).⁸³ Noch ausdrücklicher sieht Artikel 10 Abs. 1 TxG die Anforderung der Zustimmung des potentiellen Spenders zu den **vor dem Tod** und mit Ziel der Organerhaltung im Hinblick auf eine Entnahme vorgenommenen Massnahmen vor.

Wir rufen hier in Erinnerung, dass das TxG und die TxV in aller Klarheit die Frage der **nach dem Tod** vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen regelt. Fehlt die Zustimmung durch den potentiellen Spender selber,⁸⁴ können die vorbereitenden medizinischen Massnahmen während längstens 72 Stunden nach dem Tod durchgeführt werden (Art. 10 Abs. 3 TxG und Art. 8 TxV). Diese Zeitspanne erlaubt es, die nächsten Angehörigen zu kontaktieren.

Als einer dem privaten Milieu entspringenden Regel sehen die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005 vor, dass „*Untersuchungen und Massnahmen zur Vorbereitung einer Organentnahme [...] vor der Feststellung des Todes vorgenommen werden [dürfen], wenn dafür die explizite Einwilligung des informierten Patienten vorliegt*“.⁸⁵

4.3. Eigenschaften

4.3.1. Form der Zustimmung

Die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung bedarf im Prinzip keiner besonderen Form.⁸⁶ Dasselbe gilt für die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme. Da Artikel 10 TxG keine besondere Formanforderung vorsieht, kommt der allgemeine Grundsatz der Formfreiheit zur Anwendung.

Die Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen kann deshalb **ausdrücklich** oder **konkludent** (oder stillschweigend) erfolgen.⁸⁷ Die ausdrückliche Zustimmung („*consentement exprès*“) kann schriftlich oder mündlich erteilt werden. Es handelt sich dagegen um eine konkludente Zustimmung („*consentement tacite ou par actes concludants*“), wenn der Zustimmungswille der betroffenen Person von ihrem Verhalten abgeleitet werden kann. Ein ausschliesslich passives Verhalten kann übrigens nicht als konkludente Zustimmung gedeutet werden. Ein gewisses Mass an aktivem

Siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/186.htm> (besucht am 5.07.2010). Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll am 10. November 2009 ratifiziert. Das Zusatzprotokoll ist am 1. März 2010 für die Schweiz in Kraft getreten.

⁸² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101, AS 1999 2556; zitiert: BV).

⁸³ HAAS, s. 30 ff.

⁸⁴ Es gilt in Erinnerung zu rufen, dass eine vorgängige Zustimmung zur Organspende keine Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen umfasst.

⁸⁵ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 12 Ziff. 5.

⁸⁶ GUILLON, *Consentement éclairé*, s. 53.

⁸⁷ JOSSEN, s. 217; HAAS, s. 69 ff. Die UeMB verwendet den Begriff implizit anstelle von stillschweigend.

Verhalten ist notwendig.⁸⁸ Unabhängig davon, ob es sich um eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung handelt, kann diese nur gültig erfolgen, wenn die erteilende Person urteilsfähig ist.⁸⁹

Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterliegen also dem Grundsatz der Formfreiheit. Es gilt jedoch anzumerken, dass die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005 in dieser Hinsicht strikter gestaltet sind, da sie eine „explizite“ (im Sinne einer spezifischen) Zustimmung des potentiellen Spenders verlangen.⁹⁰ Die Formfreiheit in Bezug auf die Zustimmung gilt ausserdem unabhängig davon, wer die Zustimmung erteilt: Es kann sich sowohl um den urteilsfähigen Patienten selber handeln, als auch um eine vertretungsberechtigte Person im Falle eines urteilsunfähigen Patienten.⁹¹

Es gilt schliesslich anzumerken, dass die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und konkludenter Zustimmung in keiner Art und Weise den zu vermittelnden Informationsgehalt beeinflusst. Sowohl die ausdrückliche, als auch die konkludente Zustimmung ist nur gültig, wenn die betroffene Person genügend informiert worden ist.⁹²

Die Doktrin unterscheidet im Allgemeinen zwischen gängigen und unbedeutenden medizinischen Eingriffen einerseits, und wichtigen, gewisse Risiken bergende, Eingriffe andererseits.⁹³ Für letztere Kategorie von medizinischen Eingriffen drängt sich eine ausdrückliche Zustimmung des Patienten auf. Für gängige medizinische Eingriffe hingegen kann eine konkludente Zustimmung ausreichen.⁹⁴ Die Beweislast betreffend die Zustimmung obliegt in jedem Fall dem Arzt.⁹⁵ Deshalb hat sich im Spitalbereich die Form der schriftlich erteilten ausdrücklichen Zustimmung verallgemeinert, zumindest was grössere Eingriffe betrifft. Da die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organtransplantation nicht im Interesse des potentiellen Spenders vorgenommen werden, sondern zum Zweck der Erhaltung seiner Organe, und weil diese Massnahmen einen invasiven Charakter aufweisen, scheint eine ausdrückliche, aus Gründen der Beweisführung vorzugsweise schriftlich erteilte, Zustimmung als äusserst empfehlenswert.⁹⁶

Im Unterschied zu den Begriffen der ausdrücklichen und konkludenten Zustimmung, die sich auf die Form beziehen in der die Zustimmung

⁸⁸ JOSSEN, s. 219 f.; HAAS, s. 76 f.

⁸⁹ HAAS, s. 325.

⁹⁰ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, s. 11 Ziff. 4.

⁹¹ In seiner Botschaft zur Revision des ZGBs hält der Bundesrat fest, dass der „Entscheid der vertretungsberechtigten Person [...] keiner Form [unterliegt]. Die Zustimmung kann auch konkludent erteilt werden“. Siehe Botschaft Revision ZGB, s. 7037.

⁹² Botschaft GUMG, s. 7397 f.

⁹³ GUILLOD, *Consentement éclairé*, s. 53.

⁹⁴ Die Doktrin geht im Allgemeinen davon aus, dass für kleinere diagnostische oder nur wenig invasive Eingriffe, wie zum Beispiel eine Blutprobe, eine stillschweigende Zustimmung ausreichend ist. Siehe zum Beispiel JOSSEN, s. 219; KUHN/POLEDNA, s. 213.

⁹⁵ KUHN/POLEDNA, s. 217 ff. Siehe ebenfalls BGE 133 III 121, 129.

⁹⁶ OLIVIER GUILLOD hält in diesem Zusammenhang folgendes fest: „[u]n écrit peut [...] s'ajouter avec profit au dialogue, en particulier pour les interventions qui sont dénuées de but thérapeutique direct“. Siehe GUILLOD, *Consentement éclairé*, s. 58 f.

ausgedrückt wird, betrifft der Begriff der mutmasslichen Zustimmung („*consentement présumé*“), die sich aus dem mutmasslichen Willen („*volonté présumée*“) des Patienten ergibt, nicht eine Ausdrucksmöglichkeit der Zustimmung. Der Begriff der mutmasslichen Zustimmung ergibt sich aus der persönlichen Situation des Patienten. Diese kommt zum Zug, wenn eine Person, im vorliegenden Fall der potentielle Spender, aufgrund einer beispielsweise schweren Hirnschädigung urteilsunfähig ist. Wir werden etwas später auf den Begriff des mutmasslichen Willens zurückkommen.⁹⁷ In Bezug auf die mutmassliche Zustimmung obliegt die Beweislast ebenfalls dem Arzt.⁹⁸

4.3.2. Informationsgehalt

Im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme muss ebenfalls die Frage aufgeworfen werden, welcher Informationsgehalt dem potentiellen Spender zu vermitteln ist, um dessen informierte Zustimmung zu erlangen. Die Rechtssprechung des Bundesgerichts grenzt den durch den Arzt zu vermittelnden Informationsgehalt ein. Die betroffene Person kann nur dann gültig zustimmen, wenn sie sämtliche wichtigen Informationen, insbesondere bezüglich der Diagnose und der Prognose, der Ursache der Massnahmen, deren Ziel, Auswirkungen und Risiken, erhalten hat.⁹⁹ Der Arzt muss die Information ausserdem in klaren, verständlichen und möglichst vollständigen Worten kommunizieren.¹⁰⁰

Da es sich im vorliegenden Fall um Massnahmen handelt, die nicht im Interesse des potentiellen Spenders, sondern mit dem Ziel der Organerhaltung vorgenommen werden, scheint es unerlässlich, allgemein verständliche Erklärungen zu den technischen Aspekten der Organerhaltung und zur Notwendigkeit der vorbereitenden medizinischen Massnahmen für das Gelingen der späteren Transplantation in die Information des potentiellen Spenders zu integrieren. Um eine durch eine kanadische Institution vorgebrachte Idee aufzunehmen, müssen die Adressaten der Information „*comprendre comment chaque intervention pourrait augmenter les chances de succès du don après le décès*“.¹⁰¹

Anders ausgedrückt muss die dem potentiellen Spender zu vermittelnde und eine informierte Zustimmung ermöglichende Information betreffend die vorbereitenden medizinischen Massnahmen Erklärungen zur Art dieser Massnahmen enthalten. Für den **potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen** muss die Information Erklärungen zu (a) den mechanische Unterstützung bietenden Geräten, (b) den medikamentösen Behandlungen, (c) den Laboruntersuchungen und (d) den serologischen und immunologischen Untersuchungen umfassen. Für den **potentiellen Spender mit irreversiblen Herzstillstand** muss die Information Erklärungen zu (a)

⁹⁷ Siehe Ziff. 4.5.3.

⁹⁸ HAAS, s. 323.

⁹⁹ BGE 133 III 121, 129. Siehe ebenfalls MANÄ, s. 82 ff; EUROPARAT, *Rapport explicatif à la CDHB*, Par. 35.

¹⁰⁰ BGE 133 III 121, 129.

¹⁰¹ CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, s. 7.

den medikamentösen Behandlungen, (b) der Setzung einer arteriellen Kanüle und (c) den serologischen und immunologischen Untersuchungen beinhalten.

Zusätzlich zur Aufklärung über die Art der vorbereitenden medizinischen Massnahmen muss die Information ebenfalls Erklärungen bezüglich Zweck und Notwendigkeit dieser Massnahmen, sowie deren Auswirkungen, umfassen. Für Einzelheiten zu dieser Frage verweisen wir auf die unter Ziff. 2.3 und 2.4 des vorliegenden Rechtsgutachtens präsentierten Erörterungen.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig festzuhalten, dass der Informationsgehalt betreffend die vorbereitenden medizinischen Massnahmen derselbe ist, ob es sich um einen urteilsfähigen potentiellen Spender oder um einen urteilsunfähigen Spender handelt (Art. 5 und 6 Ziff. 4 UeMB).¹⁰² Bei letzterer Hypothese wird die Information ganz einfach an den nächsten Angehörigen oder die Vertrauensperson des potentiellen Spenders vermittelt.

Schliesslich muss ein letzter Aspekt aufgeworfen werden. Die Information bezüglich Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen muss klar abgegrenzt, und vorgängig zu den Informationen betreffend vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organtransplantation, vermittelt werden. Wir werden etwas später auf die Wichtigkeit einer klaren Trennung der verschiedenen Etappen, die zu einer Organentnahme bei einem verstorbenen Spender führen, zurückkommen.¹⁰³

4.3.3. Bedenkzeit

Die informierte Zustimmung des Patienten muss freiwillig sein. Um diese Entscheidungsfreiheit sicherzustellen, hat der Patient Anspruch auf eine verständliche und vollständige Information, die ihm rechtzeitig im Voraus vermittelt wird, damit er, gemäss Bundesgericht, seine Entscheidung „*en toute sérénité*“ vornehmen kann.¹⁰⁴ Die Bedenkzeit hängt im Allgemeinen vom Umfang des Eingriffs ab, bezüglich seiner Art, Risiken und Auswirkungen. Für eine nicht besonders schwerwiegende Operation beläuft sich die Bedenkzeit gemäss Bundesgericht auf einen Tag. Handelt es sich dagegen um eine schwerwiegende oder mit gravierenden Risiken verbundene Operation, muss die dem Patienten zur Verfügung stehende Bedenkzeit mindestens drei Tage betragen.¹⁰⁵

Im Zusammenhang mit der Lebendspende schreibt Artikel 9 Abs. 3 TxV den mit der Entnahme betrauten Ärzten vor, „*der für eine Spende in Frage kommenden Person eine angemessene Bedenkzeit für den Entscheid einräumen*“. Artikel 16 Abs. 3 des Entwurfs eines Bundesgesetzes über die Forschung am Menschen sieht ebenfalls vor, dass der betroffenen Person

¹⁰² EUROPARAT, *Rapport explicatif à la CDHB*, Par. 47.

¹⁰³ Siehe Ziff. 6.

¹⁰⁴ Bundesgerichtsentscheid 4P.265/2002 vom 28. April 2003, Erw. 5.2. Die Aussage des Bundesgerichts betrifft eine „*intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences*“.

¹⁰⁵ Bundesgerichtsentscheid 4P.265/2002 vom 28. April 2003, Erw. 5.2. Zum Begriff der Bedenkzeit, siehe ebenfalls MANAI, s. 67 f.

eine angemessenen Bedenkzeit eingeräumt werden muss, bevor diese über die Einwilligung zur Teilnahme an einem Forschungsprojekt entscheidet.

Eine angemessene Bedenkzeit muss demnach sowohl beim potentiellen Spender, als auch bei seinen nächsten Angehörigen eingehalten werden. Angesichts der besonderen Umstände, in denen eine postmortale Organspende stattfindet, erscheint uns eine Frist von zumindest einigen Stunden als sachgerecht, ohne jedoch bis zu der vom Bundesgericht für nicht schwerwiegende Eingriffe befürworteten Frist von einem Tag gehen zu wollen.

4.4. Urteilsfähiger potentieller Spender

Das Recht einem medizinischen Eingriff zuzustimmen ist ein höchstpersönliches Recht im Sinne von Artikel 19 Abs. 2 ZGB.¹⁰⁶ Daraus folgt, dass urteilsfähige **Unmündige** und **Entmündigte** selber eine solche Zustimmung erteilen können. Sie können demnach ebenfalls persönlich über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen entscheiden.

Die Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen muss folglich durch den potentiellen Spender selber erteilt werden, falls dieser urteilsfähig ist. Ist gemäss Artikel 16 ZGB urteilsfähig *„ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln“*.

In den seltenen Fällen, wo der potentielle Spender bei Bewusstsein und urteilsfähig ist, können die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nur vorgenommen werden, wenn dieser seine Zustimmung erteilt hat. Dies setzt voraus, dass der potentielle Spender eine wie oben beschriebene vorgängige Information erhalten hat.¹⁰⁷ Die Information zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen und die diesbezügliche Zustimmung müssen vor dem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen stattfinden.

Der urteilsfähige potentielle Spender muss seine Zustimmung **unabhängig von der Natur der vorbereitenden medizinischen Massnahmen** erteilt haben. Gewisse vorbereitende medizinische Massnahmen können den Tod beschleunigen oder gewisse Unannehmlichkeiten für den potentiellen Spender mit sich bringen. Es gilt deshalb näher zu untersuchen, ob der urteilsfähige potentielle Spender medizinischen Massnahmen gültig zustimmen kann, die nicht in seinem objektiven Wohl liegen.

Konflikte zwischen dem Willen und dem objektiven Wohl des Patienten treten im Medizinbereich nicht selten auf. Die Lebendspende einer Niere, von Knochmark, eines Teils der Leber oder ganz einfach von Blut, die Teilnahme an einem Forschungsprojekt, die Sterilisation, die Verweigerung einer Bluttransfusion sind mehrere Beispiele dazu. In all diesen Fällen stellt sich der

¹⁰⁶ BGE 134 II 235, 237; 114 Ia 350, 362.

¹⁰⁷ Siehe Ziff. 4.3.2. Derselben Meinung: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 88.

Wille des Patienten als entscheidend heraus. In Anbetracht des dem Selbstbestimmungsrecht heutzutage zugeordneten Stellenwerts ist es nunmehr zugelassen, dass der Wille des urteilsfähigen Patienten respektiert werden muss, selbst wenn dieser Wille nicht dem objektiven Wohl des Patienten entspricht.¹⁰⁸

In dieser Hinsicht könnte auch eine gewisse Parallele zur passiven und indirekten aktiven Sterbehilfe gezogen werden. Für diese beiden Taten, wie auch für die vorbereitenden medizinischen Massnahmen, besteht die Hauptabsicht der Ärzte nicht darin, den Patienten zu töten. Bei der **passiven Sterbehilfe** verzichtet man auf die Aufnahme oder das Weiterführen von lebenserhaltenden Massnahmen, im Allgemeinen aufgrund des nahen oder unaufhaltsamen Todes. Im Rahmen der **indirekten aktiven Sterbehilfe** werden Substanzen (zum Beispiel Morphinum) eingesetzt, um die Leiden des Patienten zu lindern, wobei deren Nebenwirkungen die Lebensdauer herabsetzen können. Der möglicherweise früher eintretende Tod wird in Kauf genommen. Diese beiden Arten der Sterbehilfe sind im Strafgesetzbuch¹⁰⁹ nicht ausdrücklich geregelt, gelten aber als grundsätzlich erlaubt.¹¹⁰

Die Vornahme von **vorbereitenden medizinischen Massnahmen** im Hinblick auf eine Organtransplantation unterscheidet sich auf den ersten Blick von der passiven oder indirekten aktiven Sterbehilfe, weil diese Massnahmen einem dem Patienten fremden Interesse dienen, nämlich der Organerhaltung zum Zwecke einer späteren Transplantation. Die drei Situationen können jedoch gleichwohl auf einen **gemeinsamen Nenner** reduziert werden: die Beachtung einer Willenserklärung eines urteilsfähigen Patienten zur Frage, was mit seinem Körper geschehen soll. Auch wenn man davon ausgeht, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen dem objektiven Wohl des potentiellen Spenders widersprechen, muss folglich dessen in urteilsfähigem Zustand gemachte Willenserklärung vollständig respektiert werden.¹¹¹ Letztlich lässt es sich durch die Zustimmung des potentiellen Spenders rechtfertigen, diesen einem gewissen Risiko ohne entsprechendes direktes Interesse auszusetzen.

4.5. Urteilsunfähiger potentieller Spender

4.5.1. Frage der Vertretung

In den meisten Fällen befindet sich der potentielle Spender in einem bewusstlosen Zustand auf einer Intensivstation. Er ist dementsprechend urteilsunfähig. Ist ein Patient urteilsunfähig, muss die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung durch eine vertretungsberechtigte Person erteilt werden. Das Recht, einem medizinischen Eingriff zuzustimmen, ist in der Tat

¹⁰⁸ MANAÏ, s. 45; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 3 Ziff. 1.

¹⁰⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0, AS 54 757).

¹¹⁰ STRATENWERTH/WOHLERS, *Art. 114 StGB*, s. 360 N 2.

¹¹¹ DEVAUD, s. 113.

ein **relativ höchstpersönliches Recht**, das als solches nicht zu den vertretungsfeindlichen Rechten gehört.¹¹²

Wir haben vorher die Situation **nach dem Tod** angesprochen.¹¹³ In Bezug auf die Situation **vor dem Tod** sieht Artikel 10 Abs. 1 TxG vor, dass der Spender den der Organerhaltung dienenden medizinischen Massnahmen zustimmen muss. Das TxG und die Ausführungsbestimmungen äussern sich hingegen nicht zu Fall eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders. In seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz geht der Bundesrat davon aus, dass eine Vertretung hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen ausgeschlossen ist: *„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“*.¹¹⁴

Wir teilen diese Meinung nicht. Sie lässt sich im Übrigen insbesondere aus systematischer Sicht kaum mit dem heutigen Stand des schweizerischen Rechts vereinbaren. Der Bundesrat stützt seine Behauptung auf einen Abschnitt eines Bundesgerichtsentscheids, der nur die Rolle eines *obiter dictums* inne hat, und dessen Analyse aufzeigt, dass er weit differenzierter ist als die absolute Position, die ihm der Bundesrat zuordnet. Das Bundesgericht erwähnt in diesem Urteil in der Tat, dass der Vertreter die vom Patienten vor seiner Urteilsunfähigkeit geäusserten Wünsche berücksichtigen muss (*„tenir compte des vœux“*).¹¹⁵ Das Bundesgericht veranschaulicht des Weiteren seine Äusserungen, indem es festhält, dass der Vertreter nicht einer *„expérimentation scientifique“* oder einer *„intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique“* zustimmen kann.¹¹⁶ Die uns hier beschäftigenden vorbereitenden medizinischen Massnahmen sind mit den vom Bundesgericht angegebenen Beispielen nicht vergleichbar.

Wie für jede andere medizinische Entscheidung bei einem urteilsunfähigen Patienten kommt also der gewöhnliche Entscheidungsprozess durch Vertretung zum Zug. Artikel 10 Abs. 1 TxG gibt keinen Hinweis auf eine Ausnahme oder Abweichung von der allgemeinen Regel, gemäss welcher die Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff durch den Vertreter des Patienten erteilt werden kann. Der Wortlaut des Artikels 10 Abs. 1 TxG steht der Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen durch einen Vertreter des potentiellen Spenders nicht im Wege.

Es gilt überdies zu bemerken, dass die Vertretung in anderen medizinischen Bereichen, wo es auch darum geht, Massnahmen vorzunehmen, welche nicht im therapeutischen Interesse der betroffenen urteilsunfähigen Person sind (die Gewebe- und Zellentnahmen bei einer lebenden Person,¹¹⁷ die

¹¹² BGE 114 Ia 350, 362. Siehe ebenfalls MANAI, s. 188.

¹¹³ Siehe Ziff. 4.2.

¹¹⁴ Botschaft TxG, s. 142.

¹¹⁵ BGE 114 Ia 350, 363.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Art. 13 Abs. 2 TxG.

Forschung,¹¹⁸ die Sterilisation¹¹⁹ oder gewisse genetische Untersuchungen¹²⁰ zum Beispiel), nicht ausgeschlossen ist. Die Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme gehört infolgedessen nicht zu den vertretungsfeindlichen absolut höchstpersönlichen Rechten. Da die Massnahmen keinen schweren Eingriff in die körperliche Integrität des potentiellen Spenders mit sich bringen, ist es dem Vertreter darüber hinaus nicht verwehrt, diesen Massnahmen zuzustimmen, zumal dies im Sinne des geäusserten Willens zur Organspende ist.

4.5.2. Entscheidungsprozess

Eine urteilsunfähige Person kann keine gültige Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen erteilen. Sie kann jedoch einen vorgängigen Entscheid in einem schriftlichen Dokument festgehalten haben (Patientenverfügung). Je nach Situation des betroffenen urteilsunfähigen potentiellen Spenders können ausserdem verschiedene Personen vertretungsberechtigt sein.

Der Entscheidungsprozess bedarf folglich einer näheren Betrachtung. Der zuständige Arzt oder das Pflegepersonal müssen überprüfen, ob der potentielle Spender eine Patientenverfügung verfasst oder eine Vertrauensperson bezeichnet hat, und, ist dies nicht der Fall, ob ein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist. Nicht selten gibt es weder eine Patientenverfügung oder einen therapeutischen Vertreter, noch wurde ein gesetzlicher Vertreter ernannt. In solchen Situationen gewährt das kantonale Recht zum Teil den nächsten Angehörigen ein Mitsprache-, oder sogar ein eigentliches Entscheidungsrecht. Auf jeden Fall gilt es, Informationen zu den Überzeugungen und vorherigen Verhaltensweisen des potentiellen Spenders zusammen zu tragen, um dessen mutmasslichen Willen ermitteln zu können.¹²¹ In dieser Hinsicht spielen die Diskussionen mit den nächsten Angehörigen und möglicherweise anderen Personen (dem Hausarzt zum Beispiel) eine entscheidende Rolle.¹²²

Wir werden in den folgenden Abschnitten nacheinander die verschiedenen unter gültigem Recht denkbaren Möglichkeiten präsentieren, sollte eine potentieller Spender urteilsunfähig sein: Entscheid des gesetzlichen Vertreters, Patientenverfügung, Entscheid der Vertrauensperson (ebenfalls therapeutischer Vertreter genannt), Rolle der nächsten Angehörigen.

¹¹⁸ Art. 23 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21. Oktober 2009, BBl 2009, s. 8163-8188.

¹¹⁹ Art. 7 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisation (SR 211.111.1; AS 2005 2499).

¹²⁰ Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12; AS 2007 635).

¹²¹ Siehe zum Beispiel Art. 23c des Gesundheitsgesetzes des Kantons Waadt vom 29. Mai 1985 (RSV 800.01): „En l'absence de directives anticipées ou de représentant thérapeutique, le professionnel de la santé doit obtenir l'accord du représentant légal ou, à défaut, recueillir l'avis de ses proches après leur avoir fourni les informations nécessaires“.

¹²² SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 5 Ziff. 2.2.

4.5.2.1. Gesetzlicher Vertreter

Ist der urteilsunfähige potentielle Spender unmündig oder entmündigt, hat der gesetzliche Vertreter die Entscheidungskompetenz inne. Ein gesetzlicher Vertreter verfügt aufgrund einer Gesetzesbestimmung über eine allgemeine Vertretungskompetenz. Der oder die Inhaber der elterlichen Gewalt sind die gesetzlichen Vertreter ihrer unmündigen Kinder (Art. 304 ZGB), wohingegen der Vormund gesetzlicher Vertreter des Bevormundeten ist (Art. 407 ZGB), ob dieser unmündig sei aber nicht unter elterlicher Gewalt stehe (Art. 368 ZGB), oder dieser mündig sei (Art. 369 ff ZGB).¹²³

Verfügt ein urteilsunfähiger Patient über einen gesetzlichen Vertreter, so übt dieser die Rechte des Patienten aus. Der gesetzliche Vertreter muss sich am objektiven Wohl des Patienten orientieren und, gegebenenfalls, dem vom Patienten vor seiner Unfähigkeit geäusserten Willen Rechnung tragen.

Es gilt in der Tat zwischen dem potentiellen Spender, der nie urteilsfähig gewesen ist (ursprüngliche Unfähigkeit) und dem potentiellen Spender, der seine vormals innegehabte Urteilsfähigkeit verloren hat (nachträgliche Unfähigkeit) zu unterscheiden.¹²⁴ Handelt es sich um eine nachträgliche Unfähigkeit, muss der gesetzliche Vertreter dem **mutmasslichen Willen** der Person Rechnung tragen, während er bei einer ursprünglichen Unfähigkeit streng das **objektive Wohl** der Person verfolgen muss. Eine Person mit ursprünglicher Unfähigkeit hat nie einen eigenen Willen besessen; es ist daher nicht möglich, ihren mutmasslichen Willen zu ermitteln.¹²⁵

4.5.2.2. Patientenverfügung

In den meisten Fällen verfügt ein auf einer Intensivstation liegender und zum Beispiel aufgrund einer Hirnverletzung urteilsunfähiger Patient nicht über einen gesetzlichen Vertreter. Es ist indessen möglich, dass dieser zuvor eine Patientenverfügung verfasst hat. Eine Patientenverfügung entspricht einer schriftlichen Erklärung eines zum Zeitpunkt der Erklärung urteilsfähigen Menschen, welche Behandlung und Betreuung er im Falle der Urteilsunfähigkeit in einer bestimmten Krankheitssituation wünscht oder ablehnt.¹²⁶

Die Gültigkeit und rechtliche Tragweite der Patientenverfügung sind durch das Bundesrecht gegenwärtig nicht geregelt,¹²⁷ im Unterschied zu mehreren kantonalen Regelungen, insbesondere in der Westschweiz. Für gewisse Autoren stellt die Patientenverfügung nichts weiter als einen wichtigen, aber nicht entscheidenden, Hinweis auf den Willen ihres Verfassers dar, wenn es darum geht, den mutmasslichen Willen eines urteilsunfähigen Patienten zu

¹²³ Es gilt allerdings in Erinnerung zu rufen, dass ein urteilsfähiger Unmündiger oder Entmündigter persönlich über eine medizinische Behandlung entscheiden kann (Art. 19 Abs. 2 ZGB).

¹²⁴ Zu dieser Unterscheidung, siehe DEVAUD, s. 120 f.

¹²⁵ JOSSEN, s. 51 f.; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 18.

¹²⁶ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 18.

¹²⁷ Das neue Erwachsenenschutzrecht schliesst diese Lücke. Siehe Ziff. 4.5.6.

ermitteln.¹²⁸ Andere Autoren betrachten im Gegensatz dazu die Patientenverfügung als einen Ausdruck des **wirklichen und aktuellen Willens** des betroffenen Patienten, der absolut verbindlich ist.¹²⁹ Sämtliche Westschweizer Kantone haben sich letzterer Auffassung angeschlossen.¹³⁰

Die Relevanz der Patientenverfügung hängt weitgehend von der Genauigkeit und Eindeutigkeit ihres Inhalts, vom Zeitverzug zwischen dem Moment ihres Verfassens und dem Moment wo eine Entscheidung für einen urteilsunfähigen Patienten getroffen werden muss, sowie vom Kenntnisstand des Patienten zum Zeitpunkt des Verschaffens ab.¹³¹

Auch wenn die Patientenverfügung sehr häufig Fragen zum Lebensende verarbeitet, scheint es wenig wahrscheinlich, dass diese auf die Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme eingeht. Eine Spendekarte stellt im Übrigen eine besondere Form der Patientenverfügung dar. Wie aber schon erwähnt, ist der Kenntnisstand der Bevölkerung bezüglich dem Vorhandensein dieser im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommenen Massnahmen kaum vorhanden. Daraus folgt, dass wenn ein urteilsunfähiger potentieller Spender sich in seiner Patientenverfügung nur für eine Organspende ausgesprochen hat, daraus nicht eine gültige Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen abgeleitet werden kann.

4.5.2.3. Vertrauensperson

Eine Patientenverfügung kann nicht nur zum Ausdruck bringen, welche Eingriffe gewünscht oder verweigert werden, sondern ebenfalls eine vertretungsberechtigte Vertrauensperson oder therapeutischen Vertreter ernennen, welche/r anstelle des Verfassers der Verfügung entscheidet, sollte dieser seine Urteilsfähigkeit verlieren.

Das TxG hat diese Möglichkeit im Zusammenhang mit der Organentnahme bei einer verstorbenen Person aufgenommen. Gemäss Artikel 8 Abs. 6 TxG kann der Spender eine Vertrauensperson bezeichnen. Diese handelt dann anstelle der nächsten Angehörigen und hat die Kompetenz inne, der Organentnahme bei der verstorbenen Person zuzustimmen oder diese zu verweigern. Die Vertrauensperson muss die Übertragung der Entscheidungsbefugnis durch die verstorbene Person allerdings nachweisen.¹³²

Angesichts des äusserst engen Zusammenhangs zwischen den vorbereitenden medizinischen Massnahmen und der Organentnahme, muss

¹²⁸ BUCHER, s. 111 N 512. Art. 9 UeMB sieht ebenfalls diese Minimallösung vor, welche es den nationalen Rechtsordnungen erlaubt, der Patientenverfügung eine verbindliche Wirkung zu verleihen. Zur allgemeinen Auseinandersetzung, siehe JOSSEN, s. 190 ff; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 10 ss.

¹²⁹ DEVAUD, s. 51.

¹³⁰ Art. 48 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Genf vom 7 April 2006 (RSG K 1 03); Art. 23b des Gesundheitsgesetzes des Kantons Waadt vom 29. Mai 1985 (RSV 800.01); Art. 25a des Gesundheitsgesetzes des Kantons Neuenburg vom 6. Februar 1995 (RSN 800.1); Art. 25 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Wallis vom 14. Februar 2008 (RSVa 800.1).

¹³¹ DEVAUD, s. 50 f.

¹³² Botschaft TxG, s. 139.

logischerweise bejaht werden, dass wenn der potentielle Spender für den Entscheid zur postmortalen Organentnahme eine Vertrauensperson bezeichnet hat, diese Person ebenfalls über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen entscheiden kann, gemäss dem **mutmasslichen Willen** des potentiellen Spenders.

4.5.2.4. Nächste Angehörige

Wer für einen urteilsunfähigen potentiellen Spender zustimmen kann, sollte dieser **keinen** gesetzlichen **Vertreter** haben, ist gegenwärtig eine komplexe Frage, da das Bundesrecht dazu keine äusserst klare Antwort vorsieht. Es handelt sich dabei in den meisten Fällen um Patienten, die sich nach einem beispielsweise schwere Hirnverletzungen verursachenden Unfall in einer tatsächlichen Unfähigkeit befinden, und die infolgedessen weder einen Willen bilden, noch diesen mitteilen können.

Gemäss Artikel 8 Abs. 3 TxG verfügen die Angehörigen über eine Entscheidbefugnis bezüglich der Frage einer postmortalen Organentnahme, sollte sich der Spender zu Lebzeiten nicht geäussert haben. Laut Artikel 3 TxV gehören zu den nächsten Angehörigen des Spenders die Ehefrau oder der Ehemann, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner (Bst. a), die Kinder, Eltern und Geschwister (Bst. b), die Grosseltern und Grosskinder (Bst. c) sowie andere Personen, die der verstorbenen Person nahestehen (Bst. d).¹³³

Vor dem Tod, zum Zeitpunkt wo vorbereitende medizinische Massnahmen vorgenommen werden müssen, damit die spätere Entnahme bei vorteilhaften Bedingungen stattfinden kann, verhält sich die Situation jedoch anders. Gemäss gegenwärtig gültigem Bundesrecht verfügen die nächsten Angehörigen über **kein Vertretungsrecht** bezüglich Entscheidungen über die medizinische Behandlung des Patienten.¹³⁴ Mit anderen Worten sind die nächsten Angehörigen keine für den urteilsunfähigen Patienten vertretungsberechtigten Personen und können demzufolge einem diesen betreffenden medizinischen Eingriff nicht zustimmen.¹³⁵

Das Bundesrecht gibt keine ausdrückliche Antwort auf die Frage, wer über eine Entscheidbefugnis für die medizinische Behandlung eines urteilsunfähigen Patienten verfügt, sollte dieser keinen gesetzlichen Vertreter haben. Aus rein formeller Sicht müsste gemäss Artikel 392 ZGB die Vormundschaftsbehörde einen Vertretungsbeistand ernennen und diesen mit dem Entscheid über die medizinische Behandlung betrauen. Aus praktischen Gründen ist ebenfalls vorgeschlagen worden, dass der Arzt anlehndend an die Bestimmungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag entscheiden könnte. Diese Bestimmungen verpflichten den Geschäftsführer, das unternommene

¹³³ Art. 3 TxV übernimmt die von einem Bundesgerichtsentscheid festgelegten Kriterien. Siehe BGE 101 II 177, 193.

¹³⁴ DEVAUD, s. 129; HAAS, s. 320.

¹³⁵ MANAI, s. 191.

Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des Geschäftsherrn entspricht (Art. 419 OR).

In einem vor mehr als 20 Jahren gefällten Urteil hat das Bundesgericht die **Rolle der nächsten Angehörigen** eines urteilsunfähigen Patienten angesprochen. Es entschied dabei, dass *„[l]’égalité de traitement entre les incapables de discernement pourvus d’un représentant légal et ceux qui ne le sont pas, par exemple les majeurs qui se trouvent dans un état comateux, sera sauvegardée si l’on admet que le médecin doit dans la seconde hypothèse prendre l’avis des proches ou des familiers“*.¹³⁶ Diese Rechtssprechung schien anzudeuten, dass sich die Rolle der nächsten Angehörigen darauf beschränkte, dem Arzt beratend beiseite zu stehen, da es sich um die am besten platzierten Personen bezüglich Kenntnis der Absichten und des mutmasslichen Willens des Patienten handelte.¹³⁷ Das Urteil verlieb aber der ehemals weit verbreiteten Meinung verhaftet, dass der Arzt letztlich für den Entscheid verantwortlich ist.¹³⁸

Das Fehlen einer klaren bundesrechtlichen Regelung hat die Kantone dazu gebracht, in diesem Bereich Gesetze zu erlassen, was zu sehr unterschiedlichen Lösungen geführt hat. In Erwartung des zukünftigen bundesrechtlichen Erwachsenenschutzrechts, welches endlich eine einheitliche Lösung zu dieser Frage bringen wird,¹³⁹ muss in jedem Einzelfall das relevante kantonale Recht zugezogen werden, welches sich gewöhnlich in der Gesundheitsgesetzgebung (insbesondere die Gesundheitsgesetze) befindet. Schematisch ausgedrückt lässt sich sagen, dass die Kantone die Entscheidungsbefugnis entweder dem Arzt, den Familienmitgliedern und nächsten Angehörigen,¹⁴⁰ oder noch der vom Patienten bezeichneten Vertrauensperson¹⁴¹ übertragen haben. Die Rolle der nächsten Angehörigen hängt daher im Moment weitgehend von der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung ab.

Es gilt zu betonen, dass die Lösung der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arztes nicht mit Artikel 6 Ziff. 3 UeMB zu vereinbaren ist, dessen Wortlaut verlangt, dass jeder Eingriff *„nur mit Einwilligung ihres [des Patienten] gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen [darf]“*. Dies erklärt, warum die Schweiz anlässlich der Ratifizierung der UeMB im Jahre 2008 einen Vorbehalt zu diesem Artikel formuliert hat, der es den Kantonen mit einer von Artikel 6 Ziff. 3 UeMB abweichenden Regelung erlaubt, diese bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesgesetzgebung zum Erwachsenenschutzrecht aufrechtzuerhalten.¹⁴²

¹³⁶ BGE 114 Ia 350, 364.

¹³⁷ GUILLOD, *Consentement éclairé*, s. 180.

¹³⁸ MANAÏ, s. 195. Das Bundesgericht ist nie wirklich auf diese Frage zurückgekommen.

¹³⁹ Siehe Ziff. 4.5.6.

¹⁴⁰ Die Frage, ob eine solche Lösung bundesrechtskonform ist oder nicht, ist durch die Rechtssprechung nie entschieden worden.

¹⁴¹ MARTENET/DEVAUD, s. 276.

¹⁴² Siehe den Bundesbeschluss vom 20. März 2008 über die Genehmigung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, BBl 2008, s. 5125.

Aus dem Gesagten ergibt sich im gültigen Recht die paradoxe Situation, dass das TxG den nächsten Angehörigen für die Organentnahme **nach dem Tod** eine **Entscheidungsbefugnis** einräumt, wohingegen dieselben Personen **vor dem Tod** des potentiellen Spenders keine Entscheidungsbefugnis besitzen, es sei denn das kantonale Recht übertrage ihnen diese ausdrücklich. Die nächsten Angehörigen spielen gleichwohl eine unentbehrliche Rolle, wenn es darum geht, den mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders zu ermitteln. Da sie nach dem Tod entscheiden können, ist es überdies unerlässlich, die nächsten Angehörigen auch vor dem Tod bezüglich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu Rate zu ziehen, mit dem Ziel ihre Zusage zu erlangen. Dies ist umso wichtiger, zumal eine äusserst enge Verbindung zwischen diesen Massnahmen und der Organentnahme besteht. Weil sich, anders ausgedrückt, der Entscheid über eine Organentnahme in der logischen Folge eines Entscheids zur Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen befindet, ist eine Koordination zwischen den beiden Zustimmungen absolut notwendig.

4.5.3. Mutmasslicher Wille des potentiellen Spenders

Aus vorigem Abschnitt geht hervor, dass bei einem urteilsunfähigen potentiellen Spender hauptsächlich dessen mutmasslicher Wille freigelegt werden muss, um einen Entscheid (durch die nächsten Angehörigen oder den Arzt) zugunsten von vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu rechtfertigen. Die Suche nach dem mutmasslichen Willen drängt sich auf, weil der potentielle Spender weder informiert werden, noch seine Zustimmung ausdrücken kann.

Wir legen Wert darauf zu erwähnen, dass aus theoretischer Sicht der Begriff des mutmasslichen Willens zwei verschiedene Rollen besitzt. Es handelt sich einerseits um einen Aspekt, der die ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der vertretungsberechtigten Vertrauensperson des urteilsunfähigen Spenders steuern soll. Verfügt der urteilsunfähige potentielle Spender hingegen weder über einen gesetzlichen Vertreter noch über eine vertretungsberechtigte Vertrauensperson, dient der mutmassliche Wille dazu, die mutmassliche Zustimmung des potentiellen Spenders zu ermitteln.¹⁴³ Die mutmassliche Zustimmung, vom mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen potentiellen Spenders abgeleitet, dient in der Tat dazu, eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung zu ersetzen.¹⁴⁴ Diese theoretische Unterscheidung hat jedoch keine praktischen Auswirkungen, da in beiden Fällen der mutmassliche Wille auf die selbe Art und Weise ermittelt wird. Es gilt überdies festzuhalten, dass die Unterscheidung mit Inkrafttreten

¹⁴³ HAAS, s. 314.

¹⁴⁴ Damit eine mutmassliche Zustimmung eine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung ersetzen kann, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Die mutmassliche Zustimmung hat immer einen subsidiären Charakter, das heisst sie kommt nur zum Zug, wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung durch die betroffene Person oder ihren gesetzlichen Vertreter unmöglich oder aussichtslos ist. Dies ist normalerweise der Fall, wenn eine Person mit schwerem Hirnschaden ihre Urteilsfähigkeit vor dem Tod nicht mehr wiedererlangen wird, jedoch über keinen gesetzlichen Vertreter verfügt, da sie vor dem zum Hirnschaden führenden Vorfall urteilsfähig war. Darüber hinaus muss der (subjektive) mutmassliche Wille der betroffenen Person bekannt sein. In diesem Zusammenhang spielen die nächsten Angehörigen eine wichtige Rolle, da sie dazu beitragen können, den mutmasslichen Willen zu ermitteln. Siehe HAAS, s. 318 f.

der Revision des Erwachsenenschutzrechts wegfallen wird, da diese die Vertretung bei medizinischen Massnahmen einheitlich regelt.¹⁴⁵

Handelt es sich um einen nie urteilsfähig gewesenen Patienten, oder kann der mutmassliche Wille mangels Hinweisen nicht etabliert werden, so muss das objektive Wohl des potentiellen Spenders bestimmt werden. Wir werden später auf den Begriff des objektiven Wohls eingehen.¹⁴⁶

Artikel 8 Abs. 3 TxG enthält einen ausdrücklichen Verweis auf den mutmasslichen Willen der verstorbenen Person, welcher die Entscheidung der nächsten Angehörigen bezüglich einer möglichen Entnahme lenken soll.¹⁴⁷ Analog dazu kann gesagt werden, dass sich die nächsten Angehörigen, oder der gesetzliche Vertreter oder die Vertrauensperson, vom mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen potentiellen Spenders leiten lassen müssen in Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dessen Tod.

Der mutmassliche Wille entspricht dem Willen, den der potentielle Spender wahrscheinlich äussern würde wäre er noch urteilsfähig.¹⁴⁸ Heikel ist die Frage, welche **Hinweise** es erlauben, den mutmasslichen Willen eines potentiellen Spenders zu ermitteln.¹⁴⁹

Zunächst gilt es sicher, den konkreten und individuellen Willen der betroffenen Person in den gegebenen Umständen zu ermitteln. Nicht entscheidend ist dementsprechend der theoretische Wille einer objektiven und besonnenen Person in der gleichen Situation.¹⁵⁰ Um den mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders festzulegen, muss man sich fragen, wie dieser sich zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen entscheiden würde, wenn er in der Lage wäre sich selber dazu zu äussern.¹⁵¹ Anschliessend muss den individuellen Interessen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen des potentiellen Spenders Rechnung getragen werden. In dieser Hinsicht können sich eine gewisse Anzahl an Hinweisen als nützlich erweisen: früher gemachte Äusserungen (Patientenverfügung); Wertvorstellungen (ethische, politische, ideologische oder religiöse), die in verschiedenen vergangenen Verhaltensweisen ersichtlich sind; Wünsche, Lebensumstände und Meinungen, die auf die in der gegebenen Situation zu treffende Entscheidung einen Einfluss haben können; biographische Hinweise; Aussagen der nächsten Angehörigen.

Um den mutmasslichen Willen zu ermitteln, muss demnach den Vorlieben des Patienten, seinen früheren Verhaltensweisen, seinem Willen und seinen Absichten, welche sich aus seinem Lebensstil, seinen Überzeugungen,

¹⁴⁵ Siehe Ziff. 4.5.6.

¹⁴⁶ Siehe Ziff. 4.5.4.

¹⁴⁷ Dies entspricht der Lösung des von der Revision des Erwachsenenschutzrechts eingeführten Art. 379 ZGB. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Arzt in dringlichen Fällen „medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person“ ergreift.

¹⁴⁸ JOSSEN, s. 51; HAAS, s. 314.

¹⁴⁹ HAAS, s. 319 ff.

¹⁵⁰ HAAS, s. 319.

¹⁵¹ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 17.

seinen Ideen und seinen Reaktionen ergeben, Rechnung getragen werden.¹⁵² Die Richtlinien der SAMW beziehen sich darauf „*wie er in seinem bisherigen Leben gedacht und gehandelt hat und welches seine Präferenzen waren*“¹⁵³ oder auf „*gemachte[...] Äusserungen und andere[...] biographische[...] Hinweise[...]*“.¹⁵⁴ Die Bedeutung der persönlichen Biographie unterstreicht, wie wichtig es ist, die nächsten Angehörigen in den Entscheidungsprozess einzubeziehen.

Die verantwortlichen Ärzte und das Pflegepersonal sind auf die nächsten Angehörigen angewiesen, um den mutmasslichen Willen des Patienten zu ermitteln. Der Arzt kann den Schritt zur Feststellung des mutmasslichen Willens des potentiellen Spenders mit Hilfe von Diskussionen mit den nächsten Angehörigen nicht einfach überspringen. Es besteht im Allgemeinen keine Dringlichkeit, die lebenserhaltenden Massnahmen bei einem potentiellen Spender einzustellen. Der Arzt kann und muss warten, bis er mit den nächsten Angehörigen Kontakt aufgenommen und sich mit ihnen besprochen hat. Er könnte den Verzicht auf ein Gespräch mit den nächsten Angehörigen nicht damit rechtfertigen, im wohlverstandenen Interesse des potentiellen Spenders gehandelt zu haben, weil die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht therapeutischer Natur sind und dementsprechend im Prinzip eben nicht dem Wohl des Patienten dienen. Wie wir etwas später sehen werden, spricht sich der Begriff des wohlverstandenen Interesses des potentiellen Spenders *a priori* nicht zugunsten einer Vornahme von im Hinblick auf eine Organentnahme vorbereitenden medizinischen Massnahmen aus.¹⁵⁵

Es verbleibt somit zu bestimmen, welche Intensität oder Plausibilität der mutmassliche Wille des potentiellen Spenders aufweisen muss, damit er als aussagekräftig betrachtet werden kann. Eine allgemeine und abstrakte Antwort auf diese Frage gibt es freilich nicht. Es ist jedoch unerlässlich, dass sich die Vermutung eines gewissen Willens an genügend anschaulichen Elementen der persönlichen Biographie des potentiellen Spenders festmachen lässt. Gemäss RAPHAËL HAAS, „*muss der (subjektive) mutmassliche Wille der betroffenen Person **klare Anhaltspunkte** dafür geben, dass sie diesen Eingriff tatsächlich will*“ (Hervorhebung durch die Autoren).¹⁵⁶ Erlauben die vorhandenen Elemente tatsächlich, den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen potentiellen Spenders zugunsten der in Betracht gezogenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu ermitteln, dann können solche Massnahmen rechtmässig vorgenommen werden.

Unabhängig von der **Art** der vorbereitenden medizinischen Massnahmen müssen diese im mutmasslichen Willen einbegriffen sein. In dieser Hinsicht ist denkbar, dass der mutmassliche Wille der betroffenen Person von ihrem objektiven Wohl abweicht.¹⁵⁷ In dieser Situation verlangt die Achtung des

¹⁵² DEVAUD, s. 129.

¹⁵³ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Langzeitpatienten*, s. 5.

¹⁵⁴ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Lebensende*, s. 7.

¹⁵⁵ Siehe Ziff. 4.5.5.1.

¹⁵⁶ HAAS, s. 319.

¹⁵⁷ HAAS, s. 328.

Selbstbestimmungsrechts, den mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders auf Kosten seines objektiven Wohls zu respektieren, solange keine wesentlichen Aspekte des Persönlichkeitsschutzes betroffen sind.¹⁵⁸ Es ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die nächsten Angehörigen, welche dazu beitragen, dem mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders Gehör zu verschaffen, ebenfalls in dessen Interesse handeln; gewiss nicht im Sinne eines objektiven therapeutischen Interesses, sondern im Sinne einer Achtung der persönlichen Überzeugungen über den Verlust der Urteilsfähigkeit hinaus. Daraus folgt, dass auch wenn die vorbereitenden medizinischen Massnahmen gewisse Unannehmlichkeiten für den potentiellen Spender mit sich bringen können, diese im Namen einer gebührenden Achtung des mutmasslichen Willens und der Wünsche des Patienten, über die zum Beispiel die nächsten Angehörigen Bescheid wissen, vorgenommen werden können. Des Weiteren verweisen wir auf die für den urteilsfähigen potentiellen Spender gemachten Überlegungen.¹⁵⁹

Abschliessend lässt sich sagen, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem urteilsunfähigen Patienten vorgenommen werden können, wenn sein mutmasslicher Wille zugunsten solcher Massnahmen ermittelt werden kann. Die nächsten Angehörigen eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders, oder gegebenenfalls dessen gesetzlicher Vertreter, spielen eine wesentliche Rolle im Vorhaben, den mutmasslichen Willen zu etablieren und ihm anschliessend Gehör zu verschaffen.

4.5.4. Objektives Wohl

4.5.4.1. Strenge Auslegung

Die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen bringt dem Patienten keinen direkten Nutzen und weist noch dazu gewisse Risiken auf. Wie wir gesehen haben (Ziff. 4.4 und 4.5.3) kann die Zustimmung zu solchen vorbereitenden medizinischen Massnahmen rechtsgültig erteilt werden, wenn der Patient urteilsfähig ist oder wenn der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen Patienten ermittelt werden kann. Der für den urteilsfähigen potentiellen Spender ausdrücklichen oder konkludenten und für den urteilsunfähigen potentiellen Spender mutmasslichen Willen genießt gegenüber dem objektiven oder wohlverstandenen Wohl der betroffenen Person Vorrang.

Kann der mutmassliche Wille eines Patienten hingegen nicht ermittelt werden, oder ist ein Patient seit jeher urteilsunfähig, verhält sich die Situation anders. Ein nie urteilsfähig gewesener Patient hat zu keinem Zeitpunkt einen Willen ausdrücken können, dem das Recht Rechnung tragen müsste. Der gesetzliche Vertreter muss demnach im Namen des potentiellen Spenders ausschliesslich gemäss dessen objektivem Wohl entscheiden. Kann der mutmassliche Wille nicht ermittelt werden, weil zum Beispiel die nächsten

¹⁵⁸ Für eine solche Argumentation, siehe CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, S. 7.

¹⁵⁹ Siehe Ziff. 4.4.

Angehörigen keine Kenntnis der Einstellung des potentiellen Spenders zur Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen haben, muss der gesetzliche Vertreter im Sinne des objektiven Wohls des Patienten entscheiden, und anschliessend der Arzt entsprechend handeln.¹⁶⁰

Der **Begriff des objektiven Interesses** des Patienten ist schwierig zu definieren. Im Bereich der medizinischen Behandlungen geht man im Allgemeinen davon aus, dass die Wahrung des Lebens und der Schutz und die Besserung der Gesundheit dem objektiven Wohl des Patienten entsprechen.¹⁶¹ Gemäss Artikel 6 Ziff. 1 UeMB, darf bei „*einer einwilligungsunfähigen Person [...] eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen*“.¹⁶²

In einem Urteil aus dem Jahre 1988 hat sich das Bundesgericht zum Begriff des objektiven Wohls des Patienten geäussert.¹⁶³ Es hat festgehalten, dass:

*„[s/]agissant des interventions médicales, le consentement de la personne intéressée est requis comme du [sic] fait justificatif permettant de restreindre, in casu, la portée du principe de l'intangibilité du corps humain déduit de la liberté personnelle, et cela dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Contrairement à l'opinion du recourant, la doctrine admet qu'on se trouve en présence d'un droit strictement personnel relatif et que, si le patient est incapable de discernement, le consentement libre et éclairé doit être recueilli auprès de son représentant légal s'il en existe un [...]. Celui-ci doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective. Il doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique“.*¹⁶⁴

Aus diesem Bundesgerichtsentscheid können verschiedene Elemente abgeleitet werden. Erstens, ist eine Person urteilsunfähig, so kann der gesetzliche Vertreter, sollte einer vorhanden sein, an ihrer Stelle medizinischen Massnahmen zustimmen. Dabei muss der gesetzliche Vertreter dem mutmasslichen Willen des Patienten Rechnung tragen, falls dieser bekannt ist. Fehlt ein mutmasslicher Wille, so muss der gesetzliche Vertreter das Interesse des Patienten wahren. Zweitens ist das Wohl des

¹⁶⁰ MANAJ, s. 195; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 5 Ziff. 2.3.

¹⁶¹ HAAS, s. 322.

¹⁶² Gemäss Ziff. 3 derselben Bestimmung, „*[i]st eine volljährige Person aufgrund einer geistigen Behinderung, einer Krankheit oder aus ähnlichen Gründen von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen. Die betroffene Person ist soweit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen*“. Die Schweiz hat bezüglich Ziffer 3 dieser Bestimmung einen Vorbehalt formuliert, um den Kantonen mit einer abweichenden Gesetzgebung zu ermöglichen, diese bis zum Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechtes aufrechtzuerhalten.

¹⁶³ BGE 114 Ia 350.

¹⁶⁴ BGE 114 Ia 350, 362 f.

Patienten ein im Wesentlichen objektiver Begriff („*notion essentiellement objective*“), das heisst, dass eine Behandlung im Prinzip zu einem für den Patienten wohltuenden Zweck vorgenommen werden müssen (die Gesundheit wiederherstellen, Schmerzen lindern, eine Krankheit vermeiden, usw.). Drittens mässigt das Bundesgericht seine Aussage, indem es präzisiert, dass eine urteilsunfähige Person jedenfalls keinen wissenschaftlichen Experimenten, verstümmelnden Eingriffen oder einen schweren Eingriff in die körperliche Integrität darstellenden Eingriffen unterzogen werden kann.

Inwiefern ist diese alles andere als aktuelle Rechtsprechung relevant im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahme, welche bei einer urteilsunfähigen Person im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommen werden könnten? Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterscheiden sich von den vom Bundesgericht erwähnten Beispielen, da sie weder einem wissenschaftlichen Experiment, einem verstümmelnden Eingriff oder einem schweren Eingriff in die körperliche Integrität entsprechen. Gleichzeitig muss aber anerkannt werden, dass das objektive Wohl des Patienten, das gemäss Bundesgericht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und den Entscheid des Arztes bei einer urteilsunfähigen Person ohne gesetzlichen Vertreter steuern muss, gegen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen spricht. Der alleinige Zweck dieser Massnahmen besteht darin, die Organe im Hinblick auf eine Entnahme zu erhalten, ohne jegliche wohltuende Auswirkung auf den potentiellen Spender. Ein solcher Zweck und solche Auswirkungen scheinen nur schwer mit einer strengen Auslegung des objektiven Wohls des potentiellen Spenders in Übereinstimmung gebracht werden zu können. In seiner Botschaft zum Transplantationsgesetz übernimmt der Bundesrat übrigens diese sehr strenge Auslegung des objektiven Interesses, indem er unserer Meinung nach zu grob vereinfachend behauptet, „*dass eine medizinische Massnahme nur dann dem objektiven Wohl der betroffenen Person entspricht, wenn damit ein konkreter therapeutischer Zweck verfolgt wird*“.¹⁶⁵

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das objektive Wohl des Patienten streng interpretiert werden. Daraus ergibt sich, dass der gesetzliche Vertreter, oder gegebenenfalls die Vertrauensperson, keinen Massnahmen zustimmen können, die nicht im direkten Interesse des potentiellen Spenders liegen. Dasselbe gilt für den Arzt, der über die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen entscheiden muss, sollte keine für den urteilsunfähigen potentiellen Spender vertretungsberechtigte Person vorhanden sein.

Insofern als im objektiven Wohl des potentiellen Spenders gehandelt werden muss, verliert der oben erwähnte gemeinsame Nenner **zwischen den vorbereitenden medizinischen Massnahmen und der passiven und indirekten aktiven Sterbehilfe** seine Relevanz.¹⁶⁶ Ist der mutmassliche Wille nicht bekannt, gibt es keinen zu respektierenden Willen und es muss im

¹⁶⁵ Botschaft TxG, s. 143. Identisch: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 88.

¹⁶⁶ Siehe Ziff. 4.4.

objektiven Wohl des Patienten gehandelt werden. Einem urteilsunfähigen Patienten kann Morphium verabreicht werden, selbst wenn sein mutmasslicher Wille nicht bekannt ist, da diese medizinische Massnahme einen wohltuenden, das heisst schmerzlindernden, Zweck hat, auch wenn als Nebenwirkung der Tod beschleunigt wird. Ein solches Argument kann für die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht geltend gemacht werden. Die erste Absicht der vorbereitenden medizinischen Massnahmen besteht sicherlich nicht darin, den Tod zu beschleunigen; aber das Hauptziel besteht auch nicht darin, die Schmerzen des Patienten zu lindern, sondern die Organe im Hinblick auf eine Entnahme in bestmöglichstem Zustand zu erhalten. Diese Feststellung verunmöglicht es, für die vorbereitenden medizinischen Massnahmen eine zur indirekten aktiven Sterbehilfe analoge Rechtfertigung zu verwenden, nämlich dass das Hauptziel dem Wohl des Patienten entspricht, indem es dessen Schmerzen lindert.

Werden, kurzgefasst, bei einem potentiellen Spender, dessen mutmasslicher Wille nicht bekannt ist, vorbereitende medizinische Massnahmen in Betracht gezogen, gibt es weder einen Willen, noch ein das objektive Wohl der betroffenen Person verfolgendes Ziel (wie die Schmerzlinderung), welche die Vornahme der Massnahmen rechtfertigen könnten.

Abschliessend lässt sich folgendes sagen: Weil ausser einer möglichen Achtung seines Willens die vorbereitenden medizinischen Massnahmen dem Patienten keinen Nutzen bringen, scheint eine Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter oder die nächsten Angehörigen ausgeschlossen, sollten diese den mutmasslichen Willen des Patienten nicht ermitteln können. Diese strenge Auslegung des objektiven Wohls des Patienten endet hier: kann der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen potentiellen Spenders nicht etabliert werden, können die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht vorgenommen werden.

4.5.4.2. Liberale Auslegung

Lässt sich die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem potentiellen Spender, dessen mutmasslicher Wille nicht bekannt ist, rechtlich rechtfertigen? Eine solche Position, die den Begriff des objektiven Wohls des potentiellen Spenders gewissermassen relativisiert, könnte sich auf die in den nachfolgenden Abschnitten präsentierten Argumente stützen.

Wohl des potentiellen Spenders – Potentielle Spender sind Patienten, die den „*point of no return*“ überschritten haben. Es handelt sich um Patienten am Lebensende, die sich in einer aussichtslosen Situation befinden und für die deshalb kein therapeutisches Interesse mehr verfolgt werden kann. Anders ausgedrückt kann der Patient in dem uns hier beschäftigenden spezifischen Zusammenhang dem Tod nicht mehr entkommen und seine Gesundheit wiederherstellen; der Patient wird früher oder später unweigerlich sterben. Es macht infolgedessen für solche Patienten keinen Sinn, ein objektives Wohl im Sinne einer Lebensrettung oder Gesundheitswiederherstellung definieren zu wollen. Die Analyse des „objektiven“ Wohls des urteilsunfähigen potentiellen

Spenders muss sich daher nicht auf ein im Hinblick auf eine Genesung therapeutisches Interesse ausrichten, sondern auf Interessen, die sich aus der palliativen Pflege eines Patienten am Lebensende ergeben. Das objektive Wohl des potentiellen Spenders kann so insbesondere als das Interesse **in Würde zu sterben** umschrieben werden.

Von dieser Auslegung des Wohls des potentiellen Spenders ausgehend, kann bekräftigt werden, dass die vorbereitenden medizinischen Massnahmen sicherlich nicht das Interesse des potentiellen Spenders in Würde zu streben beeinträchtigen dürfen. Daraus folgt, dass vorbereitende medizinische Massnahmen, die dem potentiellen Spender keinen Schaden zufügen, das heisst die in Bezug auf den Zustand des Spenders neutralen Massnahmen, zulässig sind, auch wenn sie nicht der klassischen Auslegung des Wohls des Patienten entsprechen. Es gilt in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, dass der vorgängig erwähnte Bundesgerichtsentscheid hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht direkt relevant scheint. Bei diesen Massnahmen handelt es sich in der Tat weder um ein wissenschaftliches Experiment, noch um einen verstümmelnden Eingriff oder einen schweren Eingriff in die körperliche Integrität des potentiellen Spenders. Es handelt sich zum grössten Teil um neutrale Massnahmen, die das Recht des potentiellen Spenders in Würde zu sterben nicht verletzen.

Veraltete Rechtsprechung – Neben dem Umstand, dass der aus dem Jahre 1988 datierende vorgängig erwähnte Bundesgerichtsentscheid im zu untersuchenden Zusammenhang nicht direkt relevant ist, muss vermerkt werden, dass dieser Entscheid in Anbetracht der inzwischen vollzogenen gesetzlichen Entwicklung in mehrerer Hinsicht veraltet ist. Eine Untersuchung der neueren im medizinischen Bereich verabschiedeten Gesetzgebung zeigt, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, oder sogar der nächsten Angehörigen, in Bezug auf medizinische Massnahmen, die nicht dem direkten Wohl der urteilsunfähigen Person dienen, zulässig ist. Es handelt sich zum Beispiel um das Heilmittelgesetz (Art. 55),¹⁶⁷ das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Art. 10 Abs. 2),¹⁶⁸ das Transplantationsgesetz (Art. 13), das Sterilisationsgesetz (Art. 7)¹⁶⁹ und den aktuellen Entwurf vom 21. Oktober 2009 für ein Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Art. 23).¹⁷⁰ Diese verschiedenen Gesetzestexte zeigen auf, dass die **Erfordernis, nur im objektiven Interesse einer urteilsunfähigen Person zu handeln im medizinischen Bereich nicht absolut gilt.**

Entwurf für ein Bundesgesetz über die Forschung am Menschen - Eine kurze Analyse des Entwurfs für ein Bundesgesetz über die Forschung am Menschen erlaubt uns, gewisse Aspekte für die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen, die nicht dem objektiven Wohl der

¹⁶⁷ Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, SR 812.21, AS 2001 2790).

¹⁶⁸ Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG, SR 810.12, AS 2007 635).

¹⁶⁹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisation (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1, AS 2005 2499).

¹⁷⁰ Siehe ebenfalls Art. 17 UeMB.

urteilsunfähigen Person entsprechen, abzuleiten. Dieser Entwurf zeigt auf, dass das objektive Wohl der urteilsunfähigen Person nicht immer das allein entscheidende Kriterium ist. Artikel 23 Abs. 2 des Gesetzesentwurfs erlaubt nämlich, ein Forschungsprojekt ohne direkten Nutzen mit einer urteilsunfähigen Person durchzuführen, wenn folgende Bedingungen allesamt erfüllt sind:

- eine von der betroffenen Person im Zustand der Urteilsfähigkeit erteilte und dokumentierte Einwilligung vorliegt;
- falls keine dokumentierte Einwilligung vorliegt, die gesetzliche Vertretung, eine bezeichnete Vertrauensperson oder die nächsten Angehörigen nach hinreichender Aufklärung schriftlich eingewilligt haben;
- die betroffene Person die Forschungshandlung durch Äusserungen oder entsprechendes Verhalten nicht erkennbar ablehnt;
- minimale Risiken und Belastungen verursacht werden;¹⁷¹
- ein erwarteter Nutzen für Personen mit derselben Krankheit oder Störung oder in demselben Zustand besteht.

Diese Bedingungen können auf die Situation des urteilsunfähigen potentiellen Spenders übertragen werden. Im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, und sollte der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen potentiellen Spenders nicht bekannt sein, würden so drei Erwägungen zentral: die Zustimmung einer Drittperson (gesetzlicher Vertreter, Vertrauensperson oder nächste Angehörige), minimale Risiken und Belastungen für den potentiellen Spender und ein erwarteter Nutzen für andere Personen. Wie weiter unten dargestellt wird, muss unserer Ansicht nach eine vierte Bedingung zu dieser Liste hinzugefügt werden.

Schlussfolgerung - Soll die Türe zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen, die nicht dem objektiven Wohl des urteilsunfähigen potentiellen Spenders entsprechen, und dessen mutmasslicher Wille nicht bekannt ist, geöffnet werden, müssten unserer Meinung nach die vier folgenden Bedingungen allesamt erfüllt werden:

- die vorbereitenden medizinischen Massnahmen sind für den Erfolg der Organentnahme und der anschliessenden Transplantation unabdingbar;

¹⁷¹

Zu diesem Begriff, siehe SPRECHER, s. 196 f. Die Risiken zu minimieren bringt insbesondere mit sich, systematisch nach allen verfügbaren Alternativen, die Organe zu bewahren Ausschau zu halten und die dem potentiellen Spender gegenüber respektvollste auszuwählen. Art. 17 Ziff. 2 Bst. ii UeMB bezieht sich im Übrigen auf den Begriff der minimalen Risiken und Belastungen im Zusammenhang mit der Forschung bei urteilsunfähigen Personen. Es gilt anzumerken, dass die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Forschung am Menschen den Begriff der minimalen Risiken und Belastungen streng auslegt. Gemäss Bundesrat soll die Forschung "höchstens zu einer geringfügigen und vorübergehenden Beeinträchtigung der Gesundheit führen (Risiko) bzw. nur Symptome erwarten lassen, die allenfalls vorübergehend auftreten und geringfügig sind (Belastungen). Denkbar sind z.B. Datensammlungen im Rahmen von Interviews und Beobachtungen, Entnahme von Blut an peripheren Venen, Entnahme von Kapillarblut oder organischen Flüssigkeiten ohne invasive Interventionen (insbesondere Speichel- und Urinproben), Abstriche, Ultraschalluntersuchung, Elektroradiogramm". Siehe Botschaft FaM, s. 8113.

- die vorbereitenden medizinischen Massnahmen verursachen minimale Risiken und Belastungen für den potentiellen Spender;
- der gesetzliche Vertreter, die Vertrauensperson oder die nächsten Angehörigen haben den vorbereitenden medizinischen Massnahmen zugestimmt;
- die Massnahmen sind für schwer kranke und auf ein Organ wartende Personen von möglichem Nutzen. Diese Bedingung knüpft an die erste an.

Die Bedingung der Notwendigkeit der Massnahme im Hinblick auf eine Organentnahme und die anschliessende Transplantation trägt dem aussergewöhnlichen Kontext Rechnung, in dem die vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorgenommen werden. Sie stellt eine zusätzliche Sicherheit für den potentiellen Spender dar. Es ist Sache der Ärzte, die vorbereitende medizinische Massnahmen vornehmen wollen, die Notwendigkeit, die minimalen Risiken und Belastungen und den Nutzen für andere Personen dieser Massnahmen aufzuzeigen.

Die ersten beiden Bedingungen erlauben es, die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nach deren **Art und Auswirkungen** zu unterscheiden.

Beim potentiellen Spender mit noch schlagendem Herzen hält die medikamentöse Behandlung (vasoaktive Medikamente, Hormonbehandlung, usw.) den Organismus somatisch am Leben, damit der Patient den Zustand des primären Hirntodes erreicht. Diese Behandlung birgt im Prinzip keine Gefahren für den potentiellen Spender. Die künstliche Beatmung ist ebenfalls nicht *per se* gefährlich. Das Risiko in einen dauernden vegetativen Zustand zu fallen hängt sehr stark von der individuellen Situation des betroffenen Patienten und seinem unterschwelligen pathologischen Zustand ab. Es ist daher Sache des zuständigen Arztes, die Risiken für den potentiellen Spender abzuschätzen und aufgrund dessen individueller Situation zu entscheiden.¹⁷²

Beim potentiellen Spender mit irreversiblen Herzstillstand schliessen die ersten beiden Bedingungen die Verabreichung von Medikamenten aus, die eine Gefahr für den potentiellen Spender darstellen. Hier muss die Risikoanalyse ebenfalls in Abhängigkeit der besonderen Situation jedes potentiellen Spenders erfolgen. Ein Antikoagulans kann zum Beispiel nicht verabreicht werden, wenn der Patient eine diagnostizierte oder mutmassliche aktive Blutung aufweist. Die Setzung einer arteriellen Kanüle vor dem Tod ist hingegen unserer Meinung nach in keinem Fall berechtigt, weil diese für die anschliessende Organentnahme nicht unabdingbar ist.

¹⁷²

CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, S. 7; PARKER/SHEMIE, S. 402.

4.5.5. Besondere Fragen

4.5.5.1. Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters oder der nächsten Angehörigen

Im allgemeinen Kontext medizinischer Behandlungen ist es manchmal unmöglich, den gesetzlichen Vertreter zu kontaktieren oder Indizien zum mutmasslichen Willen des Patienten zu finden, wenn dieser zum Beispiel über keine nächsten Angehörigen verfügt, diese nicht aufzufinden sind oder wenn aufgrund der Dringlichkeit der Situation Rückfragen an Drittpersonen nicht möglich sind. In solchen Fällen muss der behandelnde Arzt gemäss dem objektiven Interesse („wohlverstandenes Interesse“) des Patienten entscheiden. Gemäss den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende vom 25. November 2004 handelt es sich beim wohlverstandenen Interesse des Patienten um *„die Durchführung von medizinisch oder pflegerisch indiziert erscheinenden Massnahmen, denen ein hypothetischer vernünftiger Patient in der entsprechenden Situation voraussichtlich zustimmen würde“*.¹⁷³

Gilt für die vorbereitenden medizinischen Massnahmen dieselbe Argumentation? Wie muss anders ausgedrückt die Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen beurteilt werden, wenn der potentielle Spender keinen gesetzlichen Vertreter oder keine nächsten Angehörigen hat oder es nicht möglich ist, diese innert nützlicher Frist zu kontaktieren? Kann sich der Arzt in diesem Fall auf das wohlverstandene Interesse des potentiellen Spenders berufen um die vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorzunehmen?

Das Konzept des wohlverstandenen Interesses des Patienten ist im Zusammenhang mit den im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen kaum anwendbar. Es wäre übermässig paternalistisch davon auszugehen, dass ein vernünftiger Patient solchen Massnahmen zustimmen würde. Es ist alles andere als selbstverständlich und einstimmig anerkannt, dass ein vernünftiger Patient, der zur Organspende bereit ist, vorbereitenden medizinischen Massnahmen zustimmen würde. Liegt die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen und das Ermöglichen einer Organentnahme wirklich im wohlverstandenen Interesse des Patienten?

Hier muss in Erinnerung gerufen werden, dass die Fälle, in denen der Arzt gemäss wohlverstandenen Interesse des Patienten handeln kann, ohne den gesetzlichen Vertreter oder die nächsten Angehörigen konsultiert zu haben, im Allgemeinen auf **dringliche Situationen** begrenzt sind.¹⁷⁴ Gemäss Artikel 8 UeMB, *„[k]ann die Einwilligung wegen einer Notfallsituation nicht eingeholt werden, so darf jede Intervention, die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person medizinisch unerlässlich ist, umgehend erfolgen“*.

¹⁷³ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Lebensende*, s. 7.

¹⁷⁴ Siehe zum Beispiel Art. 23c Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Waadt vom 29. Mai 1985 (RSV 800.01); Art. 40 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Bern vom 2. Dezember 1984 (RSB 811.01). Zum Begriff der Dringlichkeit, siehe GUILLOD, *Consentement éclairé*, s. 178 ff.

Können die im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen mit den in einer dringlichen Situation vorzunehmenden Massnahmen, um insbesondere das Leben des Patienten zu retten, verglichen werden?

Ein solcher Vergleich scheint uns kaum zulässig. Nicht nur ist die Dringlichkeit der Situation des Patienten in Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen zweifelhaft (wobei hier klar unterschieden werden muss zur Dringlichkeit, ein passendes Organ für einen potentiellen Empfänger zu finden). Diese Massnahmen sind darüber hinaus auch kein für die Gesundheit des potentiellen Spenders medizinisch notwendiger Eingriff. Da diese beiden Bedingungen nicht erfüllt sind, lässt es sich nicht rechtfertigen, dass sich der Arzt auf das wohlverstandene Interesse des potentiellen Spenders stützt, um im Hinblick auf eine Organentnahme vorbereitende medizinische Massnahmen vorzunehmen, ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eingeholt oder die nächsten Angehörigen kontaktiert zu haben.

Diese Schlussfolgerung muss aufrecht erhalten werden, selbst wenn die vorgängig präsentierte liberale Auslegung des Begriffs des Wohls des potentiellen Spenders berücksichtigt wird.¹⁷⁵ Die liberale Auslegung des Wohls des Patienten setzt nämlich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der nächsten Angehörigen zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen voraus. Sie weist so eine deutlich höhere Legitimität auf als die Idee, der Arzt könne in Abwesenheit der nächsten Angehörigen oder des gesetzlichen Vertreters im wohlverstandenen Interesse des Patienten handeln.

Wie wir anschliessend sehen werden (Ziff. 4.5.5.3), ist der Begriff der hypothetischen Zustimmung in dieser Hinsicht auch von keinem Nutzen. Die hypothetische Zustimmung kann dann zum Zug kommen, wenn der Arzt seine Informationspflicht gegenüber dem Patienten verletzt hat, und nicht wenn der Arzt überhaupt keine Zustimmung eingeholt hat.

Da der Arzt sich nicht auf das wohlverstandene Interesse des Patienten stützen kann, muss überlegt werden, wie die Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem urteilsunfähigen potentiellen Spender, dessen nächste Angehörige nicht kontaktiert werden können, angegangen werden muss.

Zwei mögliche Ansätze bieten sich an. Erstens präsentiert das TxG eine klare Position bezüglich der Zulässigkeit einer Organentnahme, sollte es nicht möglich sein, die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders zu kontaktieren. Gemäss Artikel 8 Abs. 4 TxG, *„[s]ind keine nächsten Angehörigen vorhanden oder erreichbar, so ist die Entnahme unzulässig“*. Bei Abwesenheit der nächsten Angehörigen kann eine Organentnahme also nicht vorgenommen werden. Diese Argumentation könnte in analoger Art und Weise auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen angewendet

¹⁷⁵

Siehe Ziff. 4.5.4.2.

werden; diese Massnahmen wären dementsprechend verboten, wenn es nicht möglich ist, die nächsten Angehörigen zu kontaktieren.

Es gilt jedoch anzumerken, dass gewisse nordamerikanische Spitäler in diesem Bereich eine andere Praxis übernommen haben. Ihr Ansatz kann folgendermassen zusammengefasst werden:¹⁷⁶ Da die vorbereitenden medizinischen Massnahmen für eine Organentnahme unerlässlich sind, würde der erste Ansatz verhindern, dass der Wille des potentiellen Spenders wahrgenommen werden könnte, sollte dieser erst später bekannt werden. Werden die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht eingeleitet, kann ein möglicher Wille des Patienten nach dem Tod seine Organ zu spenden nicht mehr wahrgenommen werden. In diesem Sinne könnten die vorbereitenden medizinischen Massnahmen in Erwartung einer Kontaktaufnahme mit den nächsten Angehörigen vorgenommen werden, was erlauben würde, dem Willen des Patienten zur Organspende Rechnung zu tragen. Sobald die nächsten Angehörigen kontaktiert werden können, muss ihnen die Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterbreitet werden. Im Falle einer negativen Antwort müssen diese Massnahmen umgehend eingestellt werden. Stellt sich heraus, dass der potentielle Spender über keine nächsten Angehörigen verfügt, oder sollte sich die Unmöglichkeit, diese zu kontaktieren bestätigen, müssen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen abgebrochen werden. Gemäss JOSEPH L. VERHEIJDE *et al.*, welche die Situation in den nordamerikanischen Spitälern näher analysieren, würde es ein solcher Ansatz am besten erlauben, einen möglicherweise geäusserten oder mutmasslichen Willen des Spenders zu wahren.¹⁷⁷

Unserer Meinung nach ist dieser zweite Ansatz unter gegenwärtig gültigem schweizerischem Recht nicht vertretbar. Der schweizerische Gesetzgeber hat für den Fall, dass die nächsten Angehörigen nicht kontaktiert werden können, eine klare Lösung verabschiedet: eine Organentnahme darf nicht stattfinden. Dieselbe Argumentation muss logischerweise für die im Hinblick auf eine solche Organentnahme vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen angewendet werden.

Kurz gesagt, sind der gesetzliche Vertreter oder die nächsten Angehörigen eines potentiellen Spenders abwesend, kann der Arzt die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht gestützt auf das wohlverstandene Interesse des potentiellen Spenders vornehmen. Analog zu Artikel 8 Abs. 4 TxG, der jegliche Organentnahme verbietet für den Fall, dass die nächsten Angehörigen nicht vorhanden oder erreichbar sind, kann keine vorbereitende medizinische Massnahme eingeleitet werden, wenn der gesetzliche Vertreter oder die nächsten Angehörigen nicht kontaktiert werden können.

4.5.5.2. Mögliche Einschaltung der Vormundschaftsbehörde

Sind die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders oder dessen gesetzlicher Vertreter nicht erreichbar, oder sprechen sich diese gegen die

¹⁷⁶ Für nähere Angaben, siehe VERHEIJDE/RADY/MYCARTNEY, S. 1 ff.

¹⁷⁷ VERHEIJDE/RADY/MYCARTNEY, S. 4 ff.

Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen aus (Verweigerung), stellt sich die Frage, ob die Ärzte nicht die Vormundschaftsbehörde (oder, gemäss zukünftigem Recht, die Erwachsenenschutzbehörde) einschalten könnten.

Eine solche Möglichkeit scheint uns ehrlich gesagt sehr zweifelhaft. Sie ist nämlich normalerweise für Situationen reserviert, in denen:

- sich der gesetzliche Vertreter (oder die nächsten Angehörigen) den für den betroffenen urteilsunfähigen Patienten vorteilhaften medizinischen Massnahmen widersetzt;
- die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters (oder der nächsten Angehörigen) den Patienten in direkte Gefahr bringt oder nicht dessen objektivem Wohl entspricht.¹⁷⁸

Die Möglichkeit, die Vormundschaftsbehörde einzuschalten, existiert mit anderen Worten für Konfliktsituationen, in denen sich der von der vertretungsberechtigten Person des urteilsunfähigen Patienten geäusserte Wille in direktem Widerspruch mit dem objektiven Wohl des Patienten befindet.¹⁷⁹ Ein gesetzlicher Vertreter verweigert zum Beispiel einen heilbringenden und keine wesentlichen Risiken mit sich bringenden medizinischen Eingriff (wie wenn die Eltern eine lebensrettende Bluttransfusion für ihr kleines Kind verweigern). Solche Situationen unterscheiden sich sehr deutlich von der Situation des potentiellen Spenders und den möglichen vorbereitenden medizinischen Massnahmen, die vorgenommen werden können, um dessen Organe zu erhalten.

Eine Ablehnung von im Hinblick auf eine Organentnahme vorzunehmenden vorbereitenden medizinischen Massnahmen durch den gesetzlichen Vertreter oder die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders kann zweifellos zu einer Konfliktsituation führen. In diesem Fall bahnt sich der Konflikt aber nicht zwischen der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters und dem Interesse der urteilsunfähigen Person an. Es ist daher nicht denkbar, die Vormundschaftsbehörde einzuschalten, um den vom gesetzlichen Vertreter oder den nächsten Angehörigen getroffenen Entscheid, der dem Interesse des Patienten nicht widerspricht, umzustossen.

Sprechen sich der gesetzliche Vertreter oder die nächsten Angehörigen gegen vorbereitende medizinische Massnahmen aus, sei es aufgrund des mutmasslichen Willens oder aufgrund des objektiven Wohls des urteilsunfähigen potentiellen Spenders, kann der Arzt nicht die Vormundschaftsbehörde, oder in Zukunft die Erwachsenenschutzbehörde, einschalten. Fehlt ein Konflikt über das therapeutische Interesse des potentiellen Spenders, rechtfertigt es sich in keiner Art und Weise, die Vormundschaftsbehörde einzuschalten.

¹⁷⁸ DEVAUD, s. 124. Siehe zum Beispiel Art. 23c Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Waadt.
¹⁷⁹ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*, s. 6 Ziff. 3.

4.5.5.3. Relevanz der hypothetischen Zustimmung

Die hypothetische Zustimmung („*consentement hypothétique*“) unterscheidet sich klar von der oben erwähnten mutmasslichen Zustimmung (Ziff. 4.5.3).

Es handelt sich um eine mutmassliche Zustimmung, wenn der Patient aufgrund einer tatsächlichen Unfähigkeit (infolge eines Unfalls zum Beispiel) seinen Willen und folglich seine Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff nicht mehr ausdrücken kann. Im Falle einer mutmasslichen Zustimmung befindet sich der Patient in einem Zustand, der es ihm nicht erlaubt, irgendwelche Informationen zu erhalten. Demnach ist es an Drittpersonen herauszufinden, welchen Willen der Patient geäussert hätte, wäre er dazu noch im Stande.

Die hypothetische Zustimmung ist aus der Rechtssprechung heraus entstanden. Sie kommt als mögliches Entlastungsmittel zum Zug, sollte der Arzt zwar die Zustimmung des Patienten für einen Eingriff eingeholt haben, ohne diesen jedoch vollständig und umfassend informiert zu haben (wobei der Patient besagte Information hätte aufnehmen können¹⁸⁰).¹⁸¹ Die Zustimmung des Patienten ist also nicht vollständig informiert, was im Prinzip eine Haftung des Arztes mit sich zieht. Der Arzt kann nun versuchen aufzuzeigen, dass der Patient auch dann ein und dem selben Eingriff zugestimmt hätte, wenn er vorgängig vollumfänglich aufgeklärt worden wäre. Gelingt es dem Arzt, diese vom Bundesgericht als hypothetische Zustimmung des Patienten bezeichnete Zustimmung aufzuzeigen, entgeht er so einer möglichen Haftpflicht.¹⁸²

Es zeigt sich folglich, dass das Konzept der hypothetischen Zustimmung im Zusammenhang mit der Organspende und den vorbereitenden medizinischen Massnahmen keine Anwendung finden kann. In Bezug auf die Organspende, und für die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Besonderen, ist gerade das Nichtvorhandensein einer Zustimmung die mit Abstand häufigste Situation, da sich der potentielle Spender in den meisten Fällen in einem Zustand befindet, der es ihm nicht mehr erlaubt, entsprechend aufgeklärt zu werden und seinen Willen kund zu tun. Wir rufen an dieser Stelle in Erinnerung, dass eine Zustimmung zur Organspende **nicht** einer Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen **entspricht**.

Zusammengefasst kommt die hypothetische Zustimmung dann zur Anwendung, wenn der Patient eine nicht vollständig informierte Zustimmung abgegeben hat, und nicht wenn sich die betroffene Person in einem Zustand befindet, der es ihr nicht erlaubt, aufgeklärt zu werden und ihre Zustimmung abzugeben.

¹⁸⁰ JOSSEN, s. 155 ff.

¹⁸¹ HAAS, s. 331 ff; MANAI, s. 96 ff. Siehe ebenfalls den Bundesgerichtsentscheid 4P.265/2002 vom 28. April 2003, Erw. 5.5.

¹⁸² BGE 133 III 121, 130; 119 II 456, 463; 117 Ib 197, 206 ff; 108 II 59, 63 f. Die hypothetische Zustimmung ist im Übrigen als dem Arzt zur Verfügung stehendes Entlastungsmittel, als Rechtfertigungsgrund oder als den Kausalzusammenhang unterbrechenden Tatbestand qualifiziert worden. Siehe BGE 108 II 59, 64.

4.5.6. Änderungen durch die Revision des Zivilgesetzbuches

Die Revision des Vormundschaftsrechts, auf Erwachsenenschutzrecht umbenannt (Art. 360 ff ZGB), vom 19. Dezember 2008,¹⁸³ führt massgebliche Änderungen bei den Entscheidungsprozessen, insbesondere hinsichtlich der medizinischen Behandlung bei urteilsunfähigen Personen, ein.

Wie wir gesehen haben (Ziff. 4.5.2.4), gibt das aktuelle Bundesrecht keine eindeutige Antwort auf die Frage, wer im medizinischen Bereich für eine urteilsunfähige Person Entscheidungen treffen kann. Deshalb haben die meisten kantonalen Gesetzgeber eine diesbezüglich klarere, aber von Kanton zu Kanton unterschiedliche, Antwort in ihrer Gesundheitsgesetzgebung vorgesehen. Die Reform des Zivilgesetzbuches erlaubt es, die Lücken im Bundesrecht zu schliessen und den ungleichen kantonalen Regelungen ein Ende zu setzen.

Aus der Sicht der im vorliegenden Rechtsgutachten untersuchten Fragen betreffen die wichtigsten Neuerungen der Revision folgende drei Aspekte:

- Erstens führt die Revision eine gewisse Anzahl an Massnahmen zur eigenen Vorsorge ein, die der Selbstbestimmung jeder urteilsfähigen Person überlassen werden.¹⁸⁴ Diese Massnahmen sind entweder allgemeiner Natur (Vorsorgeauftrag, zukünftiger Art. 360 bis 369 ZGB), oder spezifisch auf den medizinischen Bereich ausgerichtet (Patientenverfügung und Bezeichnung eines therapeutischen Vertreters, zukünftige Art. 370 bis 373 ZGB);
- Zweitens gewährt die Revision dem Ehegatten, dem eingetragenen Partner oder dem Konkubinatspartner einer urteilsunfähigen Person, sowie gewissen ihrer nächsten Angehörigen, eine begrenzte gesetzliche Vertretungsmacht bei medizinischen Massnahmen (zukünftige Art. 377 bis 381 ZGB);¹⁸⁵
- Drittens sieht die Revision einen neuen Katalog von Betreuungsmassnahmen¹⁸⁶ und neue mit dem Schutz schutzbedürftiger Erwachsener beauftragte Behörden vor.¹⁸⁷

4.5.6.1. Patientenverfügung und therapeutischer Vertreter

Das neue Erwachsenenschutzrecht ermöglicht jeder urteilsfähigen Person, eine gewisse Anzahl an Massnahmen für den Fall eines möglichen späteren Verlusts der Urteilsfähigkeit zu ergreifen. Den medizinischen Bereich betreffend sieht Artikel 370 Abs. 1 ZGB vor, dass eine urteilsfähige Person „*in einer Patientenverfügung festlegen [kann], welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt*“. Eine urteilsfähige Person kann des Weiteren „*eine natürliche*

¹⁸³ BBl 2009, s. 141.

¹⁸⁴ Siehe GUILLOD, *Droit des personnes*, s. 170 ff; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 27 ff.

¹⁸⁵ Siehe GUILLOD, *Droit des personnes*, s. 179 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 42 ff.

¹⁸⁶ Siehe GUILLOD, *Droit des personnes*, s. 183 ff; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 45 ff.

¹⁸⁷ Siehe GUILLOD, *Droit des personnes*, s. 160 ff; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 13 ff.

Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit mit der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll“ (Art. 370 Abs. 2 ZGB). Dieselbe Bestimmung erlaubt es der betroffenen Person, ihrem „therapeutischen Vertreter“ Weisungen zu erteilen.

Die Patientenverfügung erlaubt somit einerseits, **Weisungen abzugeben in Bezug auf vorzunehmende medizinische Massnahmen** und andererseits, einen **therapeutischen Vertreter zu bezeichnen**, der im Hinblick auf medizinische Massnahmen entscheidungsberechtigt ist.

Die Gültigkeit einer Patientenverfügung untersteht einer formellen (schriftliche Form) und zwei allgemeinen materiellen Bedingungen: Einerseits muss der Urheber im Moment des Verfassens der Patientenverfügung urteilsfähig sein, und andererseits muss der Inhalt der Patientenverfügung rechtmässig sein und den guten Sitten entsprechen. Da die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen rechtmässig ist, kann eine urteilsfähige Person solchen Massnahmen gültig vorgängig in einer schriftlichen Patientenverfügung zustimmen.

Bezeichnet die Patientenverfügung einen **therapeutischen Vertreter**, so kann dieser vom Arzt alle für einen informierten Entscheid über die bei der betroffenen Person vorzunehmende Behandlung notwendigen Informationen verlangen, ohne dass der Arzt gegenüber dem therapeutischen Vertreter das Berufsgeheimnis gelten machen könnte (Art. 321 StGB). Dasselbe gilt natürlich bezüglich der Information zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen. Bezeichnet die Patientenverfügung einen therapeutischen Vertreter, muss der Arzt dessen Zustimmung für jede medizinische Behandlung oder Massnahme erlangen.¹⁸⁸

Wie wir vorher gesehen haben (Ziff. 4.5.2.2) hat die Frage der Tragweite der Patientenverfügung zu einer intensiven doktrinalen Auseinandersetzung Anlass gegeben. Der Bundesgesetzgeber hat sich schliesslich für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung entschlossen. Gemäss Artikel 372 Abs. 2 ZGB entspricht der Arzt der Patientenverfügung. Der Bundesrat hält fest, dass die *„in der Patientenverfügung enthaltene Willenserklärung, sofern sie hinreichend klar ist, [...] als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung [gilt]. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der urteilsunfähigen Person muss nicht eingeholt werden“*.¹⁸⁹

Hat sich eine Person in einer Patientenverfügung hinreichend klar für vorbereitende medizinische Massnahmen ausgesprochen, entspricht dieser Wille einer gültigen Zustimmung, die von den medizinischen Fachpersonen wahrgenommen werden muss. Wir halten an dieser Stelle nochmals fest, dass die alleinige Zustimmung zur Organspende, die auch in einer Patientenverfügung geäussert werden kann, im Prinzip keine Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen mit einschliesst.

¹⁸⁸ Botschaft Revision ZGB, s. 7031.

¹⁸⁹ Botschaft Revision ZGB, s. 7033.

Von der **Verbindlichkeit** der Patientenverfügung kann in drei Ausnahmefällen abgewichen werden (Art. 372 Abs. 2 ZGB):

- Erstens, wenn der Inhalt der Patientenverfügung gegen gesetzliche Vorschriften verstösst (Rechtmässigkeitsprinzip). Diese Ausnahme ist im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht relevant;
- Zweitens, wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung auf dem freien Willen des Patienten beruht. Diese Ausnahme scheint in Bezug auf die Organspende ebenfalls nicht relevant. Es ist kaum ersichtlich, wer ein Interesse daran hätte, eine Person dazu zu zwingen, eine Patientenverfügung zu verfassen, die eine Zustimmung zur Organspende und zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorsähe;
- Drittens kann von der Verfügung abgewichen werden, wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Anordnung in der eingetretenen Situation noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht. Eine Person, die eine Spendekarte unterschreibt und in ihrer Patientenverfügung vorbereitenden medizinischen Massnahmen zustimmt, würde kohärent handeln. So lässt sich kaum ernsthaft geltend machen, dass die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht, da dies gleichzeitig auf eine gewisse Art und Weise auch mit der Zustimmung zur Organspende selber nicht übereinstimmen würde.

Die **Erwachsenenschutzbehörde** kann schliesslich in drei ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen von jeder dem Patienten nahestehenden Person angerufen werden einzuschreiten (Art. 373 ZGB):

- wenn der Patientenverfügung von den medizinischen Fachpersonen nicht entsprochen wird;
- wenn das Ausführen der Patientenverfügung die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder diese nicht wahrnimmt. Angesichts des anerkannten Vorrangs des ausdrücklichen Willens der Person gegenüber dem objektiven Wohl, müsste die Patientenverfügung die grundlegenden Interessen der Person in Gefahr bringen. Dies ist bei einer Patientenverfügung, die sich für oder gegen vorbereitende medizinische Massnahmen ausspricht, nicht der Fall. Verweigert der therapeutische Vertreter seine Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen, würde dies ebenfalls nicht in die Kategorie von Situationen fallen, die es einer dem Patienten nahestehenden Person erlauben würde, die Erwachsenenenschutzbehörde anzurufen;
- wenn die Patientenverfügung nicht auf dem freien Willen des Patienten beruht. Dieser Begriff entspricht dem im vorhergehenden Abschnitt

besprochenen.

4.5.6.2. Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Die Revision des Zivilgesetzbuches vom 19. Dezember 2008 führt neu einen speziell der Vertretung bei medizinischen Massnahmen gewidmeten Unterabschnitt ein (Art. 377 bis 381 ZGB). Dieser Unterabschnitt enthält eine einheitliche Regelung, unabhängig davon, ob es sich um einen Patienten mit ursprünglicher oder nachträglicher Urteilsunfähigkeit handelt. Die Rolle der nächsten Angehörigen einer urteilsunfähigen Person im Entscheidungsprozess betreffend die Vornahme von medizinischen Massnahmen wird so auf Bundesebene vereinheitlicht. Im Vergleich zu den meisten gegenwärtigen kantonalen Regelungen wird die Stellung der nächsten Angehörigen gegenüber dem Ärzteteam verstärkt: Die nächsten Angehörigen (oder zumindest gewisse Kategorien unter ihnen) werden nicht nur über ein einfaches Anhörungs- oder Mitspracherecht verfügen, sondern werden per Gesetz berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten und den bei dieser vorzunehmenden medizinischen Massnahmen zuzustimmen oder nicht (Art. 378 Abs. 1 ZGB). Die **nächsten Angehörigen** werden daher über eine eigentliche Entscheidungsmacht verfügen. Diese Lösung entspricht vollumfänglich Artikel 6 UeMB.

Artikel 378 ZGB bezeichnet in Kaskadenform die in Bezug auf medizinische Massnahmen beim urteilsunfähigen Patienten vertretungsberechtigten Personen. Bei Abwesenheit einer Person mit privater oder durch die Erwachsenenschutzbehörde erteilter Vertretungsmacht sieht Artikel 378 Abs. 1 Ziff. 3 bis 7 ZGB unter den nächsten Angehörigen der urteilsunfähigen Person, die dieser *„regelmässig und persönlich Beistand“* leisten, eine gesetzliche Rangordnung vor. Der Ehegatte (oder der eingetragene Partner oder der Konkubinatspartner), der einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, geniesst in Bezug auf die Entscheidungsmacht Priorität. Ist kein Lebenspartner vorhanden, haben die Nachkommen des Patienten die Entscheidungsmacht inne, ansonsten dessen Eltern oder dann dessen Geschwister. Sind mehrere Personen gleichzeitig vertretungsberechtigt (zum Beispiel mehrere Nachkommen oder mehrere Geschwister), so können die medizinischen Fachpersonen gutgläubig *„voraussetzen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt“* (Art. 378 Abs. 2 ZGB).

Gemäss Artikel 377 Abs. 1 ZGB erstellt der eine urteilsunfähige Person behandelnde Arzt im Einverständnis mit der vertretungsberechtigten Person des Patienten einen Behandlungsplan. Diese Bestimmung wird den Arzt verpflichten, unter allen nächsten Angehörigen denjenigen ausfindig zu machen, der gemäss der von Artikel 378 ZGB vorgesehenen Rangordnung in erster Linie über die Vertretungsmacht hinsichtlich des Patienten verfügt. Der Arzt wird sodann diese Person über alle Umstände, die im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Patienten und die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, **informieren** müssen (Art. 377 Abs. 2 ZGB). Handelt es um einen Patienten in einer aussichtslosen Situation für den sich

die Frage einer postmortalen Organspende stellt, muss die der vertretungsberechtigten Person des Patienten zu vermittelnde Information auch Angaben zu den denkbaren vorbereitenden medizinischen Massnahmen enthalten (insbesondere Art, Modalitäten, Zweck, Auswirkungen).

Die in Bezug auf medizinische Massnahmen vertretungsberechtigten nächsten Angehörigen müssen die Entscheidungen im Namen des urteilsunfähigen Patienten nach dessen **mutmasslichem Willen** und dessen **Interessen** treffen, sollte keine Patientenverfügung vorhanden sein (Art. 378 Abs. 3 ZGB). Daraus folgt, dass auch wenn das neue Erwachsenenschutzrecht eine willkommene Klärung der Rolle der nächsten Angehörigen einer urteilsunfähigen Person mit sich bringt, die materiellen Entscheidungskriterien was die Vornahme einer medizinischen Behandlung betrifft dieselben bleiben. Es handelt sich einerseits um den mutmasslichen Willen der betroffenen Person, und andererseits um deren objektives Wohl.

Was die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen betrifft, die beim potentiellen Spender im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommen werden, kommt die weiter oben beschriebene Argumentation zur Anwendung.¹⁹⁰ Kann der vertretungsberechtigte nächste Angehörige des potentiellen Spenders dessen mutmasslichen Willen zugunsten solcher Massnahmen ermitteln, kann er selbstverständlich seine Zustimmung geben. Gelingt es dem therapeutischen Vertreter dagegen nicht, einen solchen mutmasslichen Willen zu ermitteln, muss er die Situation gemäss objektivem Wohl des potentiellen Spenders abschätzen. Betreffend die strenge oder liberale Auslegung des Wohls des potentiellen Spenders verweisen wir auf die zuvor gemachten Überlegungen.¹⁹¹

Gemäss der Revision muss der Arzt in **dringenden Fällen** „*medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person*“ ergreifen (Art. 379 ZGB). Wie wir vorher gesehen haben ist der Begriff der Dringlichkeit im Kontext eines potentiellen Spenders, bei dem vorbereitende medizinische Massnahmen eingeleitet werden könnten, im Allgemeinen nicht relevant.¹⁹²

Die **Erwachsenenschutzbehörde** kann, von Amtes wegen oder auf Antrag des Arztes oder einer anderen der urteilsunfähigen Person nahestehenden Person, angemessene Massnahmen treffen, wenn „*die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind*“ (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Die Behörde kann ebenfalls einschreiten, wenn unklar ist, wer gemäss Artikel 378 ZGB vertretungsberechtigt ist oder wenn die vertretungsberechtigten Personen unterschiedlicher Auffassung sind. Wie weiter oben für das aktuelle Recht erwähnt (Ziff. 4.5.5.2), ist im Zusammenhang mit den vorbereitenden medizinischen Massnahmen das Vorhandensein einer genügend schweren Bedrohung der Interessen des Patienten, die ein Anrufen und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde rechtfertigen würde, eher unwahrscheinlich. Bei Verweigerung wie auch

¹⁹⁰ Siehe Ziff. 4.

¹⁹¹ Siehe Ziff. 4.5.4.

¹⁹² Siehe Ziff. 4.5.5.1.

Zustimmung eines vertretungsberechtigten nächsten Angehörigen des urteilsunfähigen potentiellen Spenders zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen gibt es keine genügend ernsthafte Bedrohung für den Patienten, die einen Antrag zum Einschreiten zuhanden der Erwachsenenschutzbehörde rechtfertigen würde.

4.5.6.3. Neue Massnahmen und neue Behörden

Der Katalog der durch die Behörde getroffenen Betreuungs- und Erwachsenenschutzmassnahmen ist vollständig überarbeitet worden. Die Systematik ist neu, die materiellen Umwälzungen dagegen eher begrenzt.

Die Unfähigkeit Mündiger wird durch die umfassende Beistandschaft ersetzt (zukünftiger Art. 398 ZGB), welche dieselben Auswirkungen mit sich bringen wird: Der betroffenen Person wird von Gesetzes wegen die Handlungsfähigkeit entzogen, wobei diese selbstverständlich die Ausübung höchstpersönlicher Rechte beibehält, sollte sie urteilsfähig sein; seinerseits wird der umfassende Beistand gesetzlicher Vertreter der betroffenen Person.

Die anderen Vormundschaftsmassnahmen des aktuellen Rechts beinhalteten keine Vertretungsmacht der Träger vormundschaftlicher Mandate, um bezüglich medizinischer Massnahmen Entscheidungen treffen zu können; mit Ausnahme des Vertretungsbeistandes (aktueller Art. 392 ZGB), spezifisch ernannt um in Bezug auf medizinische Massnahmen eine Entscheidung zu fällen. Gemäss zukünftigem Recht wird es Aufgabe der eine Massnahme verordnenden Erwachsenenschutzbehörde sein, in jedem einzelnen Fall über die dem Träger eines vormundschaftlichen Mandats zu übertragende Vertretungsmacht zu entscheiden. Befindet sich der Patient unter einer Vertretungsbeistandschaft oder einer kombinierten Beistandschaft (zukünftige Art. 394 und 397 ZGB), muss daher für jeden Einzelfall überprüft werden, ob der Beistand in Bezug auf medizinische Massnahmen vertretungsberechtigt ist.

Die Erwachsenenschutzbehörde wird die Vormundschaftsbehörde ersetzen und eine analoge Rolle übernehmen. In Fällen wo die Interessen einer Person ernsthaft in Gefahr sind, kann ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde von interessierten Personen beantragt werden, wie das heute bereits der Fall ist.

4.5.7. Schlussfolgerung

4.5.7.1. Gemäss aktuellem Recht

Die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme ist unerlässlich. Diese Zustimmung muss gestützt auf eine sachgemässe Information erfolgen. Die Form der Zustimmung ist frei: Sie kann sowohl ausdrücklich (schriftlich, mündlich) als auch stillschweigend (durch konkludentes Verhalten) erfolgen. Aufgrund der Art der vorbereitenden

medizinischen Massnahmen und des Zusammenhangs in dem sie stattfinden, ist die schriftliche Form aus Gründen der Rechtssicherheit und der Beweisführung vorzuziehen. Das Zustimmungsf formular von Québec-Transplant ist in dieser Hinsicht ein Beispiel.¹⁹³

Ist der potentielle Spender urteilsfähig, muss seine Zustimmung vorliegen, damit vorbereitende medizinische Massnahmen eingeleitet werden können. Häufig ist der potentielle Spender jedoch nicht mehr urteilsfähig. Handelt es sich um einen urteilsunfähigen potentiellen Spender, so muss der zuständige Arzt oder das Pflegepersonal überprüfen, ob dieser eine Patientenverfügung verfasst hat, eine Vertrauensperson (therapeutischer Vertreter) bezeichnet hat oder ob er über einen gesetzlichen Vertreter verfügt.

In den meisten Fällen verfügt der potentielle Spender weder über einen gesetzlichen oder therapeutischen Vertreter, noch hat er eine Patientenverfügung verfasst. In dieser Situation spielen die nächsten Angehörigen eine wesentliche Rolle, um den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen potentiellen Spenders ermitteln zu können. Sie müssen deshalb zugezogen werden. Kann der mutmassliche Wille des potentiellen Spenders zugunsten vorbereitender medizinischer Massnahmen etabliert werden, dürfen solche Massnahmen vor dem Tod vorgenommen werden. Kann der mutmassliche Wille des potentiellen Spenders jedoch nicht ermittelt werden, muss der Entscheid hinsichtlich vorbereitender medizinischer Massnahmen gemäss dem objektiven Wohl des potentiellen Spenders gefällt werden. Da diese Massnahmen nicht im Interesse des potentiellen Spenders vorgenommen werden und sie mitunter sogar ein gewisses Risiko für diesen darstellen, lässt sich die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht rechtfertigen. Kurz gesagt, ist ein potentieller Spender urteilsunfähig und kann sein mutmasslicher Wille zugunsten vorbereitender medizinischer Massnahmen nicht festgestellt werden, muss auf solche Massnahmen verzichtet werden. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus einer strengen Auslegung des Begriffs des Wohls des Patienten, wie sie vom Bundesrat aufgrund einer – unserer Meinung nach fragwürdigen – Einschätzung eines alten Bundesgerichtsentscheids vorgeschlagen wird.

Eine andere, liberalere, Auslegung des Begriffs des Wohls des Patienten ist jedoch möglich, wird insbesondere die neuere Gesetzgebung im biomedizinischen Bereich in Betracht gezogen. Eine Analyse dieser Gesetzgebung zeigt auf, dass die Erfordernis, ausschliesslich gemäss dem objektiven Wohl einer urteilsunfähigen Person zu handeln, nicht absolut gilt. Ist der mutmassliche Wille eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders nicht bekannt, könnten vorbereitende medizinische Massnahmen, die nicht dem objektiven Wohl des urteilsunfähigen potentiellen Spenders entsprechen, vorgenommen werden, wenn vier kumulative Bedingungen erfüllt würden. Diese Bedingungen würden einen Schutz des potentiellen Spenders gewährleisten, der sowohl seinem Wohl als auch seinem möglichen Willen Rechnung trägt. Es handelt sich um folgende vier Bedingungen: Erstens müssen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen für den Erfolg der

¹⁹³

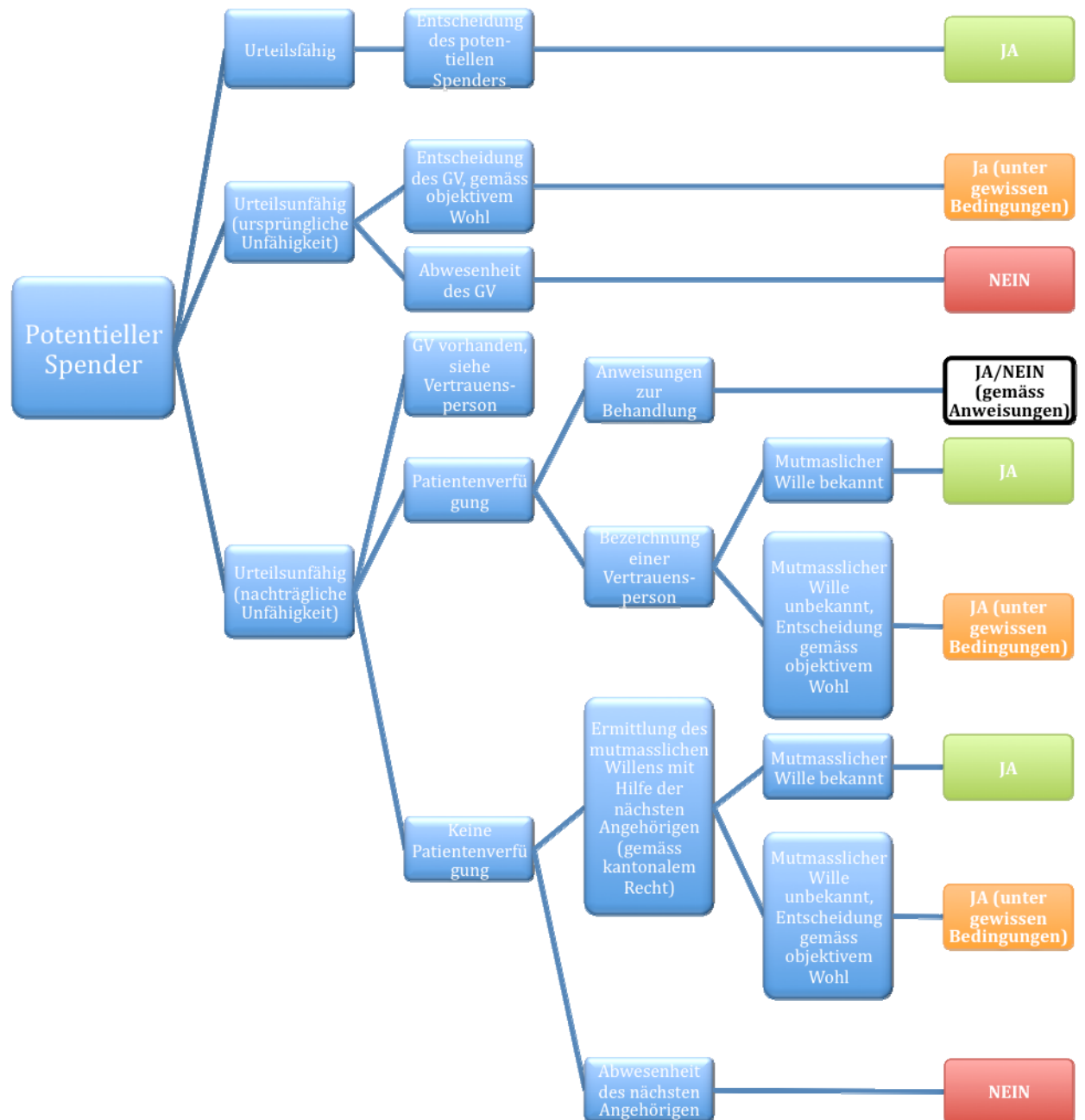
Siehe Anhang 1.

Organentnahme und der anschliessenden Transplantation unerlässlich sein; Zweitens dürfen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen den potentiellen Spender nur einem minimalen Risiko aussetzen; Drittens muss die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, der Vertrauensperson oder der nächsten Angehörigen vorliegen; Viertens muss sich ein Nutzen für schwer kranke und auf ein Organ wartende Personen ergeben.

Die Zustimmung muss auf alle Fälle vor dem Einleiten von vorbereitenden medizinischen Massnahmen erfolgen, das heisst vor der Feststellung des Todes des potentiellen Spenders. Im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem Spender mit irreversiblen Herzstillstand ist es daher unabdingbar, den tatsächlichen (urteilsfähiger Spender) oder mutmasslichen (urteilsunfähiger Spender) Willen zu ermitteln, bevor die lebenserhaltenden Massnahmen abgebrochen werden. Dasselbe gilt für eine Organentnahme bei einem Spender mit noch schlagendem Herzen, wo die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nach Therapieabbruch vorgenommen werden.

Die nächsten Angehörigen spielen eine wesentliche Rolle, wenn es darum geht, den mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders für oder gegen vorbereitende medizinische Massnahmen zu ermitteln. Diese Feststellung hat bedeutende Auswirkungen für den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen. Wir werden auf diese Frage in Ziff. 6 des vorliegenden Rechtsgutachtens zurückkommen.

Der Entscheidungsprozess in Bezug auf die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem potentiellen Spender kann mit folgendem Schema zusammengefasst werden:



4.5.7.2. Gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht

Die Revision des Erwachsenenschutzrechts hat was die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem urteilsunfähigen potentiellen Spender betrifft mehrere Auswirkungen. Die Revision führt die Patientenverfügung und die Bezeichnung eines therapeutischen Vertreters auf Bundesebene ein und harmonisiert deren Bedingungen und Rechtswirksamkeit. Gemäss neuem Recht ist die Patientenverfügung rechtlich verbindlich, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen. Dies wird zu einer Klärung und Vereinheitlichung der gegenwärtigen Situation beitragen, die heute noch vom kantonalen Recht abhängig ist. Der Einfluss auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen wird wahrscheinlich jedoch gering bleiben. Es ist nämlich heutzutage zumindest sehr selten, dass die Patientenverfügung eines potentiellen Spenders eine ausdrückliche Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorsieht. Sieht eine Patientenverfügung nur eine Zustimmung zur Organspende vor, so kann auch unter zukünftigem Recht daraus keine Zustimmung des potentiellen Spenders zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen abgeleitet werden.

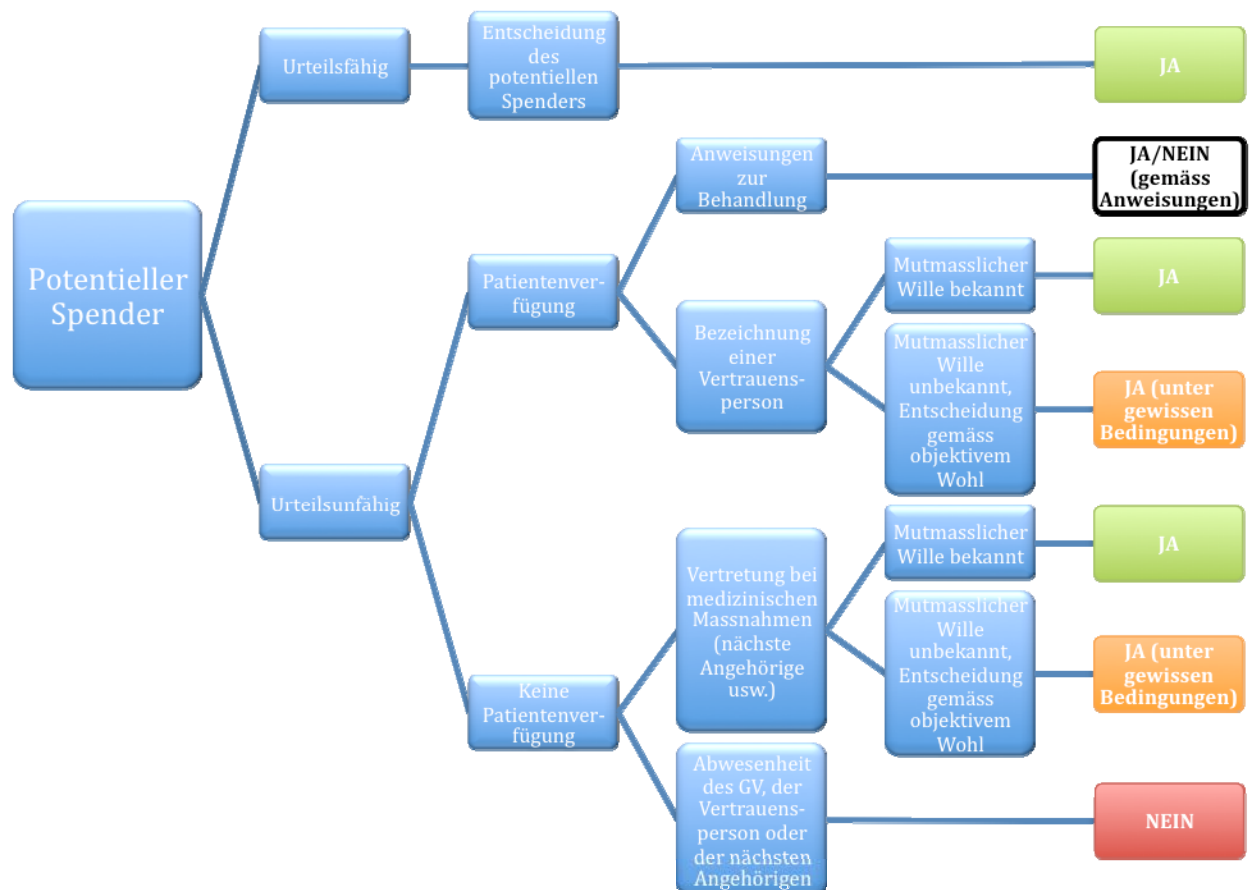
Die Reform vereinheitlicht darüber hinaus auf Bundesebene die Rolle der nächsten Angehörigen eines urteilsunfähigen Patienten. Sie führt eine begrenzte gesetzliche Vertretung durch die nächsten Angehörigen ein, wobei der Vorrang unter ihnen genau vorgeschrieben ist. Anders gesagt gewährt die Reform gemäss einer präzisen Reihenfolge dem Lebenspartner (Ehegatte, eingetragener Partner, Konkubinatspartner) und den nächsten Angehörigen die Macht, medizinischen Massnahmen im Namen einer urteilsunfähigen Person zu zustimmen oder diese zu verweigern. Die nächsten Angehörigen werden ihre Entscheidung hinsichtlich der Vornahme einer medizinischen Behandlung auf dieselben, schon unter aktuellem Recht gültigen, Kriterien stützen müssen. Es handelt sich erstens, um den mutmasslichen Willen der betroffenen Person und zweitens, um ihr objektives Wohl. Dasselbe gilt übrigens, wenn ein vom Patienten bezeichneter therapeutischer Vertreter eine Entscheidung treffen muss.

Die neuen Erwachsenenschutzmassnahmen und die neuen Behörden werden eine neue gewohnungsbedürftige Terminologie mit sich bringen, ohne jedoch das gegenwärtige Recht völlig zu revolutionieren. Das Recht einer urteilsfähigen von einem Beistand betreuten Person ihre höchstpersönlichen Rechte, wie die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen, selber auszuüben wird vom neuen Recht bestätigt.

Kurz gesagt bringt die Revision des Erwachsenenschutzrechts willkommene Klärungen bezüglich der Errichtung und Rechtswirksamkeit der Patientenverfügung, einschliesslich der Bezeichnung eines therapeutischen Vertreters, und bezüglich der Vertretungsmacht der nächsten Angehörigen einer urteilsunfähigen Person. Dies bedeutet in Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme, dass die nächsten Angehörigen in Zukunft in allen Kantonen berechtigt sein werden, über solche Massnahmen zu **entscheiden**, das heisst zu zustimmen oder diese zu verweigern. Die nächsten Angehörigen werden demnach nicht mehr

nur zur Ermittlung des mutmasslichen Willens des potentiellen Spenders zugezogen werden, wie das heute in den meisten Kantonen der Fall ist. Ansonsten bleiben die zum gegenwärtigen Recht gemachten Feststellungen relevant, insbesondere was die Bestimmung des mutmasslichen Willens und die mögliche Auslegung des Begriffs des Wohls des potentiellen Spenders betrifft.

Der Entscheidungsprozess in Bezug auf die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem potentiellen Spender kann mit folgendem Schema zusammengefasst werden:



5. Weitere Rechtfertigungsgründe für die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen

Die Zustimmung der betroffenen Person ist nicht der einzige Rechtfertigungsgrund, um den Eingriff in deren körperliche Integrität rechtmässig werden zu lassen. Neben der Zustimmung sieht Artikel 28 Abs. 2 ZGB nämlich noch zwei andere Rechtfertigungsgründe vor: ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse einerseits und das Gesetz andererseits.

5.1. Gesetz

Eine medizinische Massnahme, die *per se* eine Verletzung der körperlichen oder geistigen Integrität des Patienten verursacht, kann ohne die Zustimmung der betroffenen Person vorgenommen werden, wenn sie gesetzlich zugelassen oder vorgeschrieben ist, das heisst wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht.¹⁹⁴ Es handelt sich dabei um einen absoluten Rechtfertigungsgrund, da er von jeglicher Abwägung möglicherweise widersprüchlicher Interessen befreit ist.¹⁹⁵ Das Gesetz ist zudem ein Rechtfertigungsgrund, der den anderen gegenüber Vorrang hat, da er einen Eingriff sogar gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person rechtfertigt.

Als erste mögliche Gesetzesbestimmung käme Artikel 10 TxG in Frage. Wie wir nun aber gesehen haben, schreibt Artikel 10 TxG über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen keinen Falls vor, dass solche Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommen werden müssen. Diese Bestimmung sieht im Gegenteil die Bedingung einer freien und informierten Zustimmung des potentiellen Spenders vor.

Die Situation ist allerdings nicht ganz so kategorisch. Wie wir zu Beginn des vorliegenden Gutachtens gesehen haben, muss zwischen den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, deren Zweck die Organerhaltung ist, und den serologischen und immunologischen Analysen, die die Spendetauglichkeit des potentiellen Spenders untersuchen, unterschieden werden. Die serologischen und immunologischen Analysen bedingen im Allgemeinen Blut- und Gewebeproben und verursachen deswegen Eingriffe in die körperliche Integrität des potentiellen Spenders. Können die serologischen und immunologischen Analysen mit Blut- und Gewebeproben durchgeführt werden, die dem potentiellen Spender bereits zuvor im Rahmen der therapeutischen Massnahmen entnommen worden sind, so handelt es sich nicht um einen Eingriff in die körperliche, sondern in die geistige Integrität.¹⁹⁶

Das TxG schreibt vor, die Tauglichkeit der spendenden Person zu überprüfen („*Aptitude du donneur*“, Art. 30 TxG) und die Organe auf Krankheitserreger

¹⁹⁴ BUCHER, s. 117 N 541.

¹⁹⁵ GUILLOD/KUNZ/ZENGER, s. 251; DESCHENAUX/STEINAUER, s. 193.

¹⁹⁶ UMMEI/SCHMIDT/PELET, *et al.*, s. 65 ff.

oder Hinweise auf solche zu testen („*Obligation d'effectuer des tests*“, Art. 31 TxG). Artikel 23 TxV nimmt die Verpflichtung des zuständigen Arztes, serologische und immunologische Analysen durchzuführen auf. Anhang 5 der TxV sieht eine detaillierte Liste der auszuführenden Tests vor. Gemäss Ziffer 3.1 des Anhangs 5 der TxV sind „*Organe, Gewebe, Zellen oder die Person, die sie gespendet hat, [...] nach dem Stand von Wissenschaft und Technik mit den verfügbaren Tests auf Krankheitserreger oder Hinweise auf solche zu testen*“. Die durch Artikel 30 und 31 TxG und Artikel 23 TxV eingeführte gesetzliche Pflicht strebt natürlich an, die Gesundheit der Organempfänger zu schützen und insbesondere das Risiko einer Übertragung von Infektionskrankheiten auszuschliessen.

Daraus folgt, dass im Unterschied zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, deren Rechtmässigkeit ausschliesslich vom Vorhandensein einer gültigen Zustimmung abhängt, die serologischen und immunologischen Analysen, deren Zweck in der Abklärung der Spendetauglichkeit liegt, auch ohne eine gültige Zustimmung vorgenommen werden können. Der Rechtfertigungsgrund für den durch diese Analysen verursachten Eingriff in die körperliche (oder geistige) Integrität des potentiellen Spenders ist eine gesetzliche Grundlage, das heisst die Artikel 30 und 31 TxG und Artikel 23 TxV. Diese Bestimmungen betreffen jedoch nur die Analysen bezüglich der Abklärung der Spendetauglichkeit des potentiellen Spenders, und nicht die zur Anpassung der vorbereitenden medizinischen Massnahmen notwendigen Laboruntersuchungen.¹⁹⁷

Was den **Moment** betrifft, wo die serologischen und immunologischen Analysen durchgeführt werden, gilt ganz klar, die nach dem Tod stattfindenden Tests den zu Lebzeiten durchgeführten vorzuziehen. Die Analysen müssen wann immer möglich nach dem Tod stattfinden. Dies entspricht der Subsidiaritätsidee.

Es scheint uns schliesslich wichtig festzuhalten, dass aus Achtung für das Selbstbestimmungsrecht doch auch für die serologischen und immunologischen Analysen eine Zustimmung durch den potentiellen Spender oder eine vertretungsberechtigte Person erlangt werden sollte.

5.2. Überwiegendes Interesse

Auch ohne vorhandene Zustimmung verliert ein Eingriff in die körperliche oder geistige Integrität (oder ganz allgemein in die Persönlichkeit) einer Person seinen unrechtmässigen Charakter, wenn der Urheber ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse geltend machen kann. Dieser Rechtfertigungsgrund ist dementsprechend relativ, da er *per se* eine Abwägung der vorhandenen Interessen mit sich bringt.¹⁹⁸

Liesse sich das Einleiten vorbereitender medizinischer Massnahmen mit dem überwiegenden privaten Interesse rechtfertigen, das Leben eines auf ein

¹⁹⁷ Siehe Ziff. 2.1.

¹⁹⁸ BUCHER, s. 112 N 516; DESCHENAUX/STEINAUER, s. 198.

Organ wartenden potentiellen Empfängers zu retten oder dessen Lebensumstände wesentlich zu verbessern?¹⁹⁹ Ist mit anderen Worten das Interesse des potentiellen Empfängers im Vergleich zum Interesse des potentiellen Spenders, keinen vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterzogen zu werden, so überwiegend, dass es einen gültigen Rechtfertigungsgrund darstellt?

Schon in einem aus dem Jahre 1972 datierenden Entscheid stellt das Bundesgericht fest, dass die Fortschritte der medizinischen Wissenschaften zu Konflikten zwischen entgegen gesetzten privaten Interessen führen: einerseits das Interesse jeder Person an einer freien Verfügung über das Schicksal ihres Körpers nach dem Tod, und andererseits das Interesse der auf ein Organ wartenden Patienten, die sich von einer Organtransplantation Rettung oder Heilung versprechen.²⁰⁰ Im Bereich der Organtransplantation steht die persönliche Freiheit einerseits dem Spender (Recht auf körperliche Integrität, Selbstbestimmungsrecht und Verfügungsrecht über den toten Körper), und andererseits dem Empfänger (Recht auf Leben²⁰¹ und Gesundheit) zu. Die persönliche Freiheit schützt des Weiteren das Verfügungsrecht über den Kadaver und die Pietätsgefühle der nächsten Angehörigen.

Allgemein gesprochen schützt die Rechtsordnung im selben Masse die Spender und die Empfänger. Kommt es zum Interessenkonflikt, so muss eine Rangordnung der auf dem Spiel stehenden Werte erstellt werden, die den Besonderheiten der betroffenen Situation Rechnung trägt. Diese Rangordnung sieht selbstverständlich unterschiedlich aus, je nachdem ob es sich um die Lebendspende oder die Totenspende handelt. Zwei andere Aspekte spielen ebenfalls noch eine Rolle. Ein erster Aspekt betrifft den geäusserten Willen der Person, die einen Eingriff in ihre Persönlichkeit erleidet (der potentielle Spender). Die Zustimmung zu einem Eingriff in die körperliche oder geistige Integrität gilt im Prinzip als ein absoluter Rechtfertigungsgrund, was jegliche Abwägung widersprüchlicher Interessen überflüssig macht. Eine Verweigerung medizinischer Massnahmen hätte denselben Charakter und würde es normalerweise nicht mehr erlauben, ein überwiegendes Interesse geltend zu machen.²⁰² Ein zweiter Aspekt bezieht sich auf den Unterschied zwischen der Situation des potentiellen Spenders und derjenigen des potentiellen Empfängers: ersterer erleidet durch ein bestimmtes menschliches Verhalten (die vorbereitenden medizinischen Massnahmen) einen Eingriff in seine körperliche oder geistige Integrität; letzterer erleidet keinen durch einen Dritten verursachten Eingriff in seine Persönlichkeit, sondern befindet sich einer gesundheits- oder sogar lebensbedrohlichen Situation. Die Rechtsordnung sieht nun aber keine allgemeine Pflicht vor, sich für das Wohl anderer zu opfern.

¹⁹⁹ Das Bundesgericht hat die Bedeutung dieses Interesses hervorgehoben. Siehe BGE 123 I 112, 134 und 136.

²⁰⁰ BGE 98 Ia 508, 524.

²⁰¹ Seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung ist das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV) streng gesehen nicht mehr Teil der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Es handelt sich um ein eigenständiges Grundrecht.

²⁰² GUILLOD/KUNZ/ZENGER, S. 251 f.

Aus dieser Sicht ist es unzulässig, einen Eingriff in die körperliche oder geistige Integrität eines Lebendspenders nur mit dem Ziel zu rechtfertigen, die Interessen auf ein Organ wartender Drittperson zu wahren oder zu fördern.²⁰³ Dies gilt selbstverständlich für die Organentnahme selber, aber auch für vorbereitende Handlungen wie die vorbereitenden medizinischen Massnahmen.

In der Interessenabwägung zwischen dem potentiellen Empfänger und dem noch lebenden potentiellen Spender kann das Interesse des potentiellen Empfängers, ein Organ zu erhalten, nicht als so überwiegend betrachtet werden, dass es als solches die der Organerhaltung dienenden vorbereitenden medizinischen Massnahmen rechtfertigen würde. Ist der Wille des potentiellen Spenders nicht bekannt, können die beim noch lebenden potentiellen Spender vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht mit dem überwiegenden privaten Interesse des potentiellen Empfängers gerechtfertigt werden.

Weniger eindeutig ist die Interessabwägung was die postmortale Spende betrifft, das heisst die Interessen des potentiellen Empfängers und diejenigen der nächsten Angehörigen des verstorbenen Spenders. Das Bundesgericht hat sich mehrmals mit dieser Frage beschäftigt, insbesondere im Jahre 1975. In diesem Entscheid erwähnt das Bundesgericht kurz die Interessenabwägung zwischen dem potentiellen Empfänger und den nächsten Angehörigen.²⁰⁴ Es hat jedoch die Frage offen gelassen, „*si l'intérêt du receveur - qui a un besoin vital d'une transplantation - confronté à l'intérêt des proches du donneur - dont les sentiments pourraient être blessés par toute intervention pratiquée sans droit sur le cadavre du défunt - pouvait justifier un prélèvement sans leur consentement*“.²⁰⁵

Im Jahre 1997 hat das Bundesgericht in seinem Urteil *Himmelberger* die Frage der Interessabwägung zwischen dem potentiellen Empfänger und dem verstorbenen Spender²⁰⁶ entschieden. Gemäss diesem Urteil ist es ausgeschlossen, dass, „*même en cas d'urgence ou de danger de mort du receveur, la garantie de la liberté personnelle de ce dernier l'emporte sur celle du donneur, laquelle doit toujours avoir la priorité*“.²⁰⁷

Das Bundesgericht hat demnach die Abwägung zwischen den Interessen des verstorbenen Spenders und denjenigen des potentiellen Empfängers klar zugunsten des verstorbenen Spenders entschieden. Dasselbe muss erst recht für die Abwägung zwischen den Interessen des noch lebenden (obgleich dem Tod nahen) potentiellen Spenders und den Interessen des

²⁰³ Siehe BGE 123 I 112, 138 bezüglich eines schon verstorbenen Spenders.

²⁰⁴ BGE 101 II 177, 196 ff.

²⁰⁵ DUMOULIN, s. 56. Siehe ebenfalls BGE 101 II 177, 199: „*Ob das Interesse des Herzempfängers und seiner Ärzte an der Durchführung der Transplantation unter den gegebenen Umständen schwerer wiege als dasjenige der Kläger an der Wahrung ihres Rechtes, über Eingriffe in den Leichnam ihres Sohnes bestimmen zu können, was nach dem Gesagten zur Rechtfertigung des Verhaltens der beklagten Ärzte ausreichen würde, braucht indessen nicht abschliessend entschieden zu werden*“.

²⁰⁶ Wir werden hier nicht auf den aus formeller Sicht paradoxen Aspekt einer Argumentation eingehen, welche von Interessen eines verstorbenen Spenders spricht, obwohl dieser aufgrund seines Todes keine Person im rechtlichen Sinne mehr ist und deshalb weder Träger von Rechten noch von Interessen mehr sein kann. Inhaltlich handelt es sich um eine klare und berechtigte Position.

²⁰⁷ BGE 123 I 112, 138.

potentiellen Empfängers gelten. Mit anderen Worten, und so formuliert es übrigens auch der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des TxG, *„darf aber nie das Wohl der lebenden Patientin bzw. des lebenden Patienten den Interessen der Empfängerin oder des Empfängers untergeordnet werden“*.²⁰⁸

²⁰⁸EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 89. Siehe ebenfalls Botschaft TxG, s. 143.

6. Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen

Artikel 8 TxG sieht die für eine Organentnahme bei einer verstorbenen Person zu erfüllenden Bedingungen vor. Liegt keine dokumentierte Zustimmung oder Ablehnung der verstorbenen Person vor, so sind ihre nächsten Angehörigen anzufragen, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist (Abs. 2). Ist den nächsten Angehörigen keine solche Erklärung bekannt, so können Organe entnommen werden, wenn die nächsten Angehörigen einer Entnahme zustimmen (Abs. 3). In beiden Fällen muss eine Anfrage an die nächsten Angehörigen gerichtet werden. Es stellt sich somit die Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Anfrage an die nächsten Angehörigen erfolgen kann. Kann sie erst nach dem Tod des potentiellen Spenders erfolgen, oder schon vorher?

Zuerst muss geklärt werden, um was es bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen in Bezug auf eine Organentnahme überhaupt geht. Die Problematik wurde im Zusammenhang mit den Diskussionen über die Wiedereinführung eines Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz aufgeworfen.²⁰⁹ Bei der Organentnahme bei einem **Spender mit noch schlagendem Herzen**, wie sie heute praktiziert wird, handelt es sich nicht um eine einem Zeitdruck unterworfenen Situation. Die Anfrage an die nächsten Angehörigen hinsichtlich einer Organentnahme kann daher sehr wohl nach der Feststellung des primären Hirntodes erfolgen. Bei den **Spendern mit irreversiblen Herzstillstand** der Kategorie III der Maastricht Klassifikation (Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen) hingegen verfügt das Ärzteteam nicht über diesen zeitlichen Spielraum.²¹⁰ Sobald der Tod festgestellt ist, muss die Entnahme umgehend erfolgen, da sich die Organe sonst nicht mehr in einem für die Transplantation günstigen Zustand befinden. Unter diesen Umständen ist es für den Erfolg der anschliessenden Transplantation wichtig, dass die Anfrage an die Angehörigen betreffend eine mögliche Organentnahme bereits vor der Todesfeststellung beim potentiellen Spender, oder sogar vor dem Abbruch der lebenserhaltenden medizinischen Massnahmen, erfolgen kann.²¹¹

Das TxG regelt die Frage des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen nicht ausdrücklich. Die Formulierung der Absätze 2 und 3 des Artikels 8 TxG kann bezüglich Sinn und Reichweite der Bestimmung in dieser Hinsicht verwirrend sein. Gemäss Absatz 2, „*l*iegt keine dokumentierte Zustimmung oder Ablehnung der **verstorbenen Person** vor, so sind ihre nächsten Angehörigen anzufragen, ob ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist“ (Hervorhebung durch die Autoren). Laut Absatz 3, „*l*ist den nächsten Angehörigen keine solche Erklärung bekannt, so können Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden, wenn die nächsten Angehörigen

²⁰⁹ BEYELER/WÄLCHLI-BHEND/MARTI, *et al.*, s. 899 ff.

²¹⁰ Für die Spender mit irreversiblen Herzstillstand der Kategorien I und II der Maastricht Klassifikation ist die Ausgangslage anders. Bei diesen Spenderkategorien ist der Patient entweder bei Ankunft im Spital bereits verstorben, oder er verstirbt in der Notfallaufnahme nach einem erfolglosen Reanimationsversuch. Liegt keine Erklärung zur Spende vor, so dürfen vorbereitende medizinische Massnahmen bis zu 72 Stunden nach dem Tod des Patienten durchgeführt werden. Diese Frist erlaubt es, die Entscheidung der nächsten Angehörigen abzuwarten (Art. 10 Abs. 3 TxG und Art. 8 TxV).

²¹¹ Dies ist zum Beispiel in Kanada der Fall, siehe CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, s. 6.

einer Entnahme zustimmen. Sie haben bei ihrer Entscheidung den mutmasslichen Willen der **verstorbenen Person** zu beachten“ (Hervorhebung durch die Autoren).

Wir sehen uns folglich mit einem **Problem der Auslegung** eines Gesetzestextes konfrontiert.²¹² Der wörtliche Sinn von Artikel 8 Abs. 2 und 3 TxG scheint implizit den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen nach dem Tod des potentiellen Spenders festzusetzen, da die Bestimmung von der Zustimmung oder Ablehnung (Abs. 2) und dem mutmasslichen Willen (Abs. 3) der „*verstorbenen Person*“ spricht. Die Verwendung des Ausdrucks „*verstorbene Person*“ in den beiden Absätzen erweckt mit anderen Worten auf den ersten Blick den Eindruck, dass die Anfrage für eine Organentnahme an die nächsten Angehörigen erst dann erfolgen kann, wenn der Tod des Spenders festgestellt ist.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt.²¹³ Vom klaren Wortlaut einer Gesetzesbestimmung kann jedoch abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem **Ergebnis** führt, **das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann** (Auslegung *contra legem*). Bei einem unklaren Gesetzestext (was in sich schon eine Form von Auslegung darstellt) ist es überdies zulässig oder sogar geboten, eine Auslegung vorzunehmen, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Gemäss Bundesgericht können sich solche Gründe aus der **Entstehungsgeschichte** der Bestimmung (objektive oder subjektive historische Auslegung), aus ihrem **Sinn und Zweck** (teleologische Auslegung) oder aus dem **Zusammenhang mit anderen Vorschriften** (logische oder systematische Auslegung) ergeben.

Bei Artikel 8 Abs. 2 und 3 TxG geht es nicht darum, den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders hinsichtlich einer Organentnahme festzulegen. Die Verwendung des Ausdrucks „*verstorbene Person*“ gibt folglich keinen klaren und direkten Hinweis in Bezug auf den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen, sondern nimmt nur den Titel des 2. Abschnitts des 2. Kapitels des Gesetzes, „*Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei verstorbenen Personen*“ (Hervorhebung durch die Autoren), wieder auf. Es kann also nicht gesagt werden, dass Artikel 8 TxG eine klare Antwort zum Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen gibt. Es gilt deshalb, die Bestimmung mit Hilfe der üblicherweise zugelassenen Methoden auszulegen.

Die **historische Auslegung** gibt keine überzeugenden Aspekte her. Die Analyse der Entstehungsgeschichte des TxG liefert in der Tat, und bedauerlicherweise, keine Hinweise zu den Absichten der

²¹² Dieser Aspekt wird in der Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom Dezember 2008 zu Recht hervorgehoben.

²¹³ BGE 127 III 318, 322 f.; 125 III 57, 58 f.; 120 II 112, 113 f.

Bundesparlamentarier in Bezug auf den Zeitpunkt, an dem die Anfrage für eine Organentnahme den nächsten Angehörigen unterbreitet werden muss.

Würde Artikel 8 Abs. 2 und 3 TxG so ausgelegt, dass die Anfrage an die nächsten Angehörigen des potentiellen Spenders erst nach dessen Tod erfolgen dürfte, so würde dies die Organentnahme bei Spendern mit irreversiblen Herztillstand der Kategorie III der Maastricht Klassifikation (Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen) praktisch verunmöglichen. Wir haben den Ablauf einer solchen Entnahme weiter oben beschrieben (Ziff. 2.4). Aus logistischer Sicht, und mit dem Ziel den Erfolg der anschliessenden Transplantation zu gewährleisten, ist eine Anfrage an die nächsten Angehörigen nach der Todesfeststellung vernünftigerweise nicht denkbar. Organentnahmen bei Spendern mit irreversiblen Herztillstand zu verunmöglichen entspricht sicherlich weder dem Willen des Gesetzgebers, noch den von ihm verfolgten Zielen, insbesondere „*dass menschliche Organe, [...] für Transplantationszwecke zur Verfügung stehen*“ (Art. 1 TxG). Dies ergibt sich ausserdem aus der Tatsache, dass das vom Bundesgesetzgeber in Artikel 9 TxG verabschiedete Todeskriterium und das sich daraus ergebende Verfahren zur Todesfeststellung (geregelt in Art. 7 TxV und deren Anhang 1²¹⁴) eben sowohl die Organentnahme nach einem primären Hirntod, als auch nach einem sekundären Hirntod erlauben.

Die **teleologische Auslegung** führt demnach dazu, Artikel 8 Abs. 2 und 3 TxG einen Sinn zu geben, der nicht eine vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Art von Organentnahmen praktisch ausschliesst.

Aus **systematischer** Sicht ergibt sich die Verwendung des Ausdrucks „*verstorbene Person*“ in Artikel 8 TxG ganz einfach aus den Anforderungen an die Kohärenz bei der Verfassung eines Gesetzestextes. Artikel 8 TxG befindet sich nämlich im 2. Abschnitt des 2. Kapitels des Gesetzes, als „*Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei verstorbenen Personen*“ bezeichnet. Der Ausdruck „*verstorbene Person*“ wird deshalb bloss verwendet, um diese Situation von der im 3. Abschnitt desselben Kapitels des Gesetzes geregelten Situation zu unterscheiden, welche die „*Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen bei lebenden Personen*“ regelt. Es ist daher aus logischer und systematischer Sicht normal, dass Artikel 8 TxG sich auf eine „*verstorbene Person*“ als allgemeinen Ausdruck bezieht, ohne dass sich daraus eine beliebige Absicht des Gesetzgebers ableiten liesse, eine Frage zu lösen (den Zeitpunkt der Anfrage), die von Artikel 8 TxG nicht behandelt wird.

Unserer Meinung nach legt Artikel 8 TxG einen Entscheidungsbaum fest, das heisst eine zu respektierende hierarchische Reihenfolge in Bezug auf die Zustimmung zur Organentnahme bei einer verstorbenen Person. Diese Bestimmung regelt hingegen nicht die Frage des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen. Artikel 8 TxG steht in diesem Sinne einer Anfrage an die nächsten Angehörigen vor der Todesfeststellung nicht im Weg.²¹⁵

²¹⁴ Es handelt sich um die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen in der Fassung vom 24. Mai 2005.

²¹⁵ Die nationalen Empfehlungen für die Organspende nach Feststellung des Todes bei anhaltendem Herz-Kreislaufstillstand („*Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardio-circulatoire*“)

Die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW bestätigen diese Sichtweise voll und ganz. Gemäss den Richtlinien zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen darf die Anfrage an die nächsten Angehörigen für eine mögliche Organspende schon vor der Feststellung des Todes erfolgen.²¹⁶ In diesem Zusammenhang muss der bezeichnete Ansprechpartner (Facharzt oder Kaderarzt) mit den nächsten Angehörigen den Sinn gewisser Untersuchungen und Eingriffe vor der Feststellung des Todes und später am Verstorbenen besprechen.²¹⁷

Gemäss den medizinisch-ethischen Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin sollte das *„Gespräch mit Angehörigen über eine eventuelle Organspende [...] in der Regel frühestens geführt werden, wenn sich der Hirntod als unausweichlich abzeichnet; der genaue Zeitpunkt muss im Einzelfall sorgfältig abgewogen werden. Der Wunsch der Angehörigen nach einer gewissen Bedenkzeit ist zu respektieren“*.²¹⁸ Das als massgeblich berücksichtigte Kriterium hinsichtlich des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen ist *„wenn sich der Hirntod als unausweichlich abzeichnet“*, und nicht erst die offizielle und rechtliche Feststellung des Todes.

Die Bedeutung, die Anfrage an die nächsten Angehörigen vor der Todesfeststellung vornehmen zu können, ergibt sich übrigens nicht nur aus logistischen Gründen im Zusammenhang mit der Organentnahme bei Spendern mit irreversiblen Herzstillstand, sondern auch aus ethischen Gründen. Erfolgt die Anfrage an die nächsten Angehörigen nämlich vor dem Abschalten der Maschinen, die den Spender am Leben erhalten, so können die Pietätsgefühle der nächsten Angehörigen respektiert und ihr Recht in einem würdigen Rahmen vom Spender Abschied zu nehmen gewährleistet werden. Die nächsten Angehörigen verfügen so auch über mehr Zeit für die Entscheidungsfindung.

Werden schliesslich die für die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen dargelegten Schlussfolgerungen berücksichtigt, stellt sich heraus, dass in Bezug auf die Frage des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen der **Unterschied zwischen den beiden möglichen Situationen einer Organentnahme** fast völlig verschwindet. Der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen potentiellen Spenders hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen muss ermittelt werden, bevor solche Massnahmen eingeleitet werden. Dieser mutmassliche Wille des potentiellen Spenders wird hauptsächlich mit Hilfe der nächsten Angehörigen festgestellt. Egal ob es sich um einen Spender mit noch schlagendem Herzen oder mit irreversiblen Herzstillstand handelt, müssen die nächsten Angehörigen folglich involviert und über die vorbereitenden medizinischen

des kanadischen „Conseil pour le don et la transplantation“ sehen zum Beispiel vor, dass die Möglichkeit einer Spende der Familie des potentiellen Spenders **vor** der Todesfeststellung unterbreitet werden **muss** („la possibilité d'un don **doit** être présentée **avant** le décès“ (Hervorhebung durch die Autoren). Siehe CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, S. 6.

²¹⁶ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, S. 11 Ziff. 4.

²¹⁷ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*, S. 11 Ziff. 4.

²¹⁸ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Intensivmedizin*, S. 10 ad Ziff. 2.1.

Massnahmen informiert werden, bevor diese einsetzen, das heisst vor der Feststellung des Todes. Da diese Massnahmen sehr eng mit der anschliessenden Organentnahme verbunden sind, und sie nur zu diesem alleinigen Zweck vorgenommen werden, muss die Anfrage an die nächsten Angehörigen bezüglich der Entnahme auch zu diesem (vor der Todesfeststellung liegenden) Zeitpunkt erfolgen können. Es scheint kaum vorstellbar, mit den nächsten Angehörigen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu besprechen, ohne die Organentnahme zu erwähnen.

Es gibt folglich keine überzeugenden Gründe, die Frage der Organentnahme nicht vor der Feststellung des Todes des potentiellen Spenders anzusprechen.²¹⁹ Im Gegenteil: Um eine gewisse **Bedenkzeit** der nächsten Angehörigen zu respektieren, insbesondere was die Organentnahme bei einem Spender mit irreversiblen Herzstillstand betrifft, scheint es unerlässlich, die Anfrage an die nächsten Angehörigen vor der Feststellung des Todes erfolgen zu lassen.

In den allermeisten Fällen ist der Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen beim potentiellen Spender Teil einer Diskussion mit den nächsten Angehörigen. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen müssen im selben Kontext besprochen werden, wie übrigens auch die Frage der Organentnahme.

In dieser Hinsicht erscheint uns unabdingbar, den nächsten Angehörigen, dem gesetzlichen Vertreter oder der Vertrauensperson **klar und einzeln** die relevanten Informationen zu den folgenden drei Phasen zu vermitteln:²²⁰

- der Abbruch der lebenserhaltenden medizinischen Massnahmen;
- die notwendigen vorbereitenden medizinischen Massnahmen und die anschliessende Organentnahme;
- die Feststellung des primären oder sekundären Hirntodes.

Das Ärzteteam muss diesbezüglich eine **strikte Trennung der Prozesse** beachten um mögliche Interessenkonflikte zu vermeiden. Der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des TxG hält in diesen Sinne fest, dass *„Entscheide und Massnahmen, die die Patientenbetreuung betreffen (Einstellen der lebenserhaltenden Massnahmen, Einstellen von Reanimationsmassnahmen, Todesfeststellung) [...] von Entscheiden und Massnahmen, die die Organentnahme und Transplantation betreffen (Einwilligung zur Spende und medizinischen Massnahmen, Beteiligung an der Organentnahme) strikte getrennt sein [müssen]“*.²²¹ Daraus folgt, dass die Diskussion mit dem Patienten oder den nächsten Angehörigen, dem gesetzlichen Vertreter oder der Vertrauensperson über den Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen zeitlich getrennt von der Anfrage betreffend

²¹⁹ Die Ankündigung des unausweichlichen Hirntodes durch das über die nötige Erfahrung verfügende Ärzteteam schadet in keiner Art und Weise der zwischen den nächsten Angehörigen und den Pflegenden entstandenen Vertrauensbasis. Siehe GUIOTA/GEISSLER/JACQUES, s. 1087.

²²⁰ So auch CURFMAN/MORRISSEY/DRAZEN, s. 750; EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 45.

²²¹ EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 45.

die vorbereitenden medizinischen Massnahmen und die Organentnahme erfolgen muss.²²²

²²² Die nationalen Empfehlungen für die Organspende nach Feststellung des Todes bei anhaltendem Herz-Kreislaufstillstand („*Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardio-circulatoire*“) des kanadischen „*Conseil pour le don et la transplantation*“ sehen zum Beispiel vor, dass die Möglichkeit einer Organspende „*[est] présentée aux patients ou aux familles une fois qu'une décision a été prise par consentement mutuel d'arrêter le [traitement de maintien de la vie], mais avant que soit posé tout acte en vue de mettre fin à ce traitement*“. Siehe CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, S. 6.

7. Empfehlungen de *lege ferenda*

7.1. Information der Bevölkerung

Gestützt auf die im vorliegenden Gutachten gemachten Überlegungen, legen wir Wert darauf, eine Empfehlungen *de lege ferenda* abzugeben. Im Zusammenhang mit den im Hinblick auf eine Organentnahme vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen und der diesbezüglichen Frage der Zustimmung besteht unserer Meinung nach ein Hauptproblem: Das völlige Ausbleiben einer Information der Bevölkerung. Wenig bis gar nichts ist über das Vorhandensein, die Art, den Zweck und die Auswirkungen dieser für den Erfolg der Transplantationsmedizin doch so unerlässlichen Massnahmen bekannt.

Das Bundesgericht hat jedoch schon im Jahre 1997 die Bedeutung der Information der Öffentlichkeit im Bereich der Organtransplantation hervorgehoben.²²³ Seit dem 1. Juli 2007 ist die Information der Bevölkerung über die Organtransplantation in einer gesetzlichen Grundlage verankert. Gemäss dem TxG obliegt die Verantwortung für die Information dem Bund und den Kantonen, ohne jedoch die Aktivitäten von *Swisstransplant*, sowie eine mögliche Zusammenarbeit, auszuschliessen.²²⁴

Artikel 61 TxG verpflichtet das BAG und die Kantone, die Öffentlichkeit möglichst objektiv und wertneutral sowie regelmässig über Belange der Transplantationsmedizin zu informieren.²²⁵ Bezüglich der Praxis der Transplantationsmedizin gehören zur Information auch Angaben über kontroverse Aspekte, wie zum Beispiel die Xenotransplantation.²²⁶ Im Bereich der Transplantationsmedizin kommt der Information der Öffentlichkeit eine entscheidende Rolle zu, sowohl aus Gründen der Transparenz und des Verständnisses für diesen Teil der Medizin, also auch um das Vertrauen der Bevölkerung zu stärken.²²⁷

Es gilt ebenfalls festzuhalten, dass die Schweiz seit der Ratifikation des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe (zitiert: ZP) vom 10. November 2009²²⁸ an diesen verbindlichen internationalen Text gebunden ist. Gemäss Artikel 8 ZP stellen die Vertragsparteien „den Angehörigen der Heilberufe und der breiten Öffentlichkeit Informationen über den Bedarf an Organen und Geweben zur

²²³ BGE 123 I 112, 134 ff. Dieses Urteil behandelt unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte die Frage der Zulässigkeit eines Widerspruchsmodells für die Organspende.

²²⁴ Botschaft TxG, s. 177.

²²⁵ Botschaft TxG, s. 177 f.

²²⁶ Botschaft TxG, s. 178. Art. 61 TxG konkretisiert Art. 28 UeMB, welcher verlangt „dass die durch die Entwicklung in Biologie und Medizin aufgeworfenen Grundsatzfragen, insbesondere in bezug auf ihre medizinischen, sozialen, wirtschaftlichen, ethischen und rechtlichen Auswirkungen, öffentlich diskutiert werden und zu ihren möglichen Anwendungen angemessene Konsultationen stattfinden“.

²²⁷ Botschaft TxG, s. 177.

²²⁸ Zusatzprotokoll vom 24. Januar 2002 zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe, SEV-Nr. 186 (SR 0.810.22, AS 2010 867). Siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/186.htm> (besucht am 5.07.2010). Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll am 10. November 2009 ratifiziert und dieses ist am 1. März 2010 in Kraft getreten.

Verfügung. [...] Ebenso informieren sie über die Bedingungen für die Entnahme und Einpflanz Übertragung [sic] von Organen und Geweben“.

In Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen scheint uns diese Pflicht, die Bevölkerung zu informieren, im Moment nicht erfüllt. Da diese Massnahmen eine für die anschliessende Organentnahme entscheidende und unerlässliche Phase darstellen, ist eine diesbezüglich angemessene Information der Bevölkerung notwendig. Wie wir später darlegen werden, würde es eine solche breitere Information über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen, sowie eine mögliche Anpassung der Spendekarte, ermöglichen, eine Vermutung aufzustellen, wonach die Zustimmung zur Organspende auch eine Zustimmung zu solchen Massnahmen darstellt. Wird nämlich eine Vermutung angestrebt, wonach sich die Zustimmung zur Organspende auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen erstreckt, so ist eine vorgängige und breite Information der Bevölkerung unerlässlich.²²⁹

Wir sind uns bewusst, dass die Information der Öffentlichkeit hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen heikel ist. Die noch sehr weit verbreitete Angst, das Ärzteteam auf der Intensivstation würde nicht alles Mögliche unternehmen, um das Leben eines potentiellen Spenders zu retten, droht sich im Rahmen einer öffentlichen Diskussion über die vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu verstärken. Dieses Risiko kann unserer Meinung nach aber durch eine aufrichtige und vollständige Information, die auch die Verdienste der Organtransplantation hervorhebt, minimiert werden. Die gegenwärtige Situation der Nicht- oder Desinformation ist dagegen inakzeptabel.

Wir legen schliesslich Wert darauf hinzuweisen, dass die Einführung eines aus rechtlicher Sicht völlig legitimen Non-Heart-Beating-Donor-Programms zusätzliche Anstrengungen bezüglich der Information der Bevölkerung erforderlich machen wird. Das Konzept des Hirntodes wird heute hauptsächlich mit dem primären Hirntod in Verbindung gebracht. Die Kenntnisse über die Organentnahme nach einem sekundären Hirntod sind dagegen sehr beschränkt. Da die Organentnahme bei einem Spender mit irreversiblen Herzstillstand in einer hektischen Situation erfolgt, im Vergleich zur eher friedlichen Situation des Spenders mit noch schlagendem Herzen, muss alles unternommen werden, damit das Recht des Spenders mit irreversiblen Herzstillstand in Würde zu sterben und das Recht seiner nächsten Angehörigen in würdigerweise Abschied zu nehmen gewährleistet werden kann. Es wäre unserer Meinung nach für die Zukunft der Transplantationsmedizin in der Schweiz kontraproduktiv, wenn ein durch eine ungenügende Information der Bevölkerung über den Begriff des Spenders mit irreversiblen Herzstillstand verursachter Mangel an Transparenz zu einem Schwinden des Vertrauens der Bevölkerung gegenüber der Ärzteschaft führen würde. Eine solche Entwicklung würde indirekterweise sicher zu einem Rückgang der bereits sehr tiefen Zahl an Organspenden führen.

²²⁹

Dieser Meinung: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*, s. 88.

7.2. Artikel 8 TxG

Um jegliche Unsicherheiten in Bezug auf den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen auszuschliessen, scheint es uns sinnvoll, Artikel 8 TxG zu präzisieren. Wie wir gesehen haben, sind die Anfrage betreffend die Organentnahme und das Hinzuziehen der nächsten Angehörigen im Zusammenhang mit der Frage, ob die vorbereitenden medizinischen Massnahmen eingeleitet werden können, sehr eng miteinander verbunden.

Es wäre daher vorstellbar, einen Artikel 10^{bis} im Anschluss an die Artikel 8 TxG (Voraussetzungen der Entnahme) und 10 TxG (Vorbereitende medizinische Massnahmen) hinzuzufügen, dessen Zweck wäre, den Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen festzulegen. Dieser Artikel könnte folgendermassen formuliert sein:

Art. 10^{bis} Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen

Die Anfrage an die nächsten Angehörigen hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen und der Organentnahme kann erfolgen, sobald der Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen beschlossen worden ist.

Es wäre darüber hinaus angebracht, den Begriff der nächsten Angehörigen besser als im aktuellen Artikel 3 TxV zu präzisieren, da diese Bestimmung keine Rangordnung zwischen den nächsten Angehörigen vorsieht. Es gälte sich dabei am zukünftigen Artikel 378 Abs. 1 ZGB zu orientieren, der vom Parlament im Rahmen der Revision des Erwachsenenschutzrechts am 19. Dezember 2008 verabschiedet worden ist.²³⁰

7.3. Artikel 10 TxG

Aufgrund der vom gegenwärtigen Artikel 10 TxG ausgehenden Unsicherheiten, und im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts, scheint es uns sinnvoll, Artikel 10 TxG ebenfalls zu präzisieren.

Die Formulierung des Artikels 10 Abs. 1 TxG hängt von zwei Aspekten ab. Einerseits muss geklärt werden, ob die Information der Bevölkerung, insbesondere durch Informationskampagnen, angepasst werden wird und die relevanten Elemente hinsichtlich der vorbereitenden medizinischen Massnahmen miteinbezogen werden. Andererseits hängt die Formulierung der Bestimmung von einer möglichen Anpassung des Inhalts der Spendekarte von *Swisstransplant* ab. Man könnte sich in dieser Hinsicht zum Beispiel vorstellen, dass die Spendekarte um folgendes anzukreuzendes Feld ergänzt wird:

„Ich akzeptiere/verweigere, dass vor meinem Tod der Organerhaltung dienende notwendige vorbereitende medizinische Massnahmen vorgenommen werden“.

²³⁰ BBl 2009, S. 141, 147.

Wir empfehlen ganz klar, die vorbereitenden medizinischen Massnahmen in Zukunft in die Informationskampagnen miteinzubeziehen und die Spendekarte im oben dargelegten Sinne zu ergänzen. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, könnte Artikel 10 Abs. 1 TxG neu ganz einfach positiv formuliert werden, um festzuhalten, dass sich die Zustimmung zur Organspende auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen erstreckt. Die aktuellen Absätze 2 und 3 würden unverändert bleiben. Ein neuer Artikel 10 Abs. 1 TxG könnte folgendermassen formuliert werden:

Art. 10 Vorbereitende medizinische Massnahmen

¹ *Die Zustimmung zur Entnahme von Organen, Geweben und Zellen erstreckt sich auf vor dem Tod vorgenommene medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen.*

Wird an der gegenwärtig unbefriedigenden Situation nichts verändert (keine Information der Öffentlichkeit zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, unveränderte Spendekarte), müsste Artikel 10 Abs. 1 TxG negativ formuliert werden, um festzuhalten, dass die Zustimmung zur Organspende im Prinzip keine Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen mit einschliesst. Anschliessend könnten gewisse Präzisierungen angebracht werden für den Fall eines urteilsfähigen potentiellen Spenders (Abs. 2) oder, im Gegenteil, für den Fall eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders (Abs. 2 bis 4). Die aktuellen Absätze 2 und 3 würden unverändert bleiben. Wir empfehlen diese Lösung nicht, zeigen jedoch trotzdem eine mögliche Formulierung auf:

Art. 10 Vorbereitende medizinische Massnahmen

¹ *Die Zustimmung zur Entnahme von Organen, Geweben und Zellen erstreckt sich im Prinzip nicht auf vor dem Tod vorgenommene medizinische Massnahmen, die ausschliesslich der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen.*

² *Ist der potentielle Spender urteilsfähig, muss seine freie und informierte Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorliegen.*

³ *Ist der potentielle Spender urteilsunfähig, kann die für medizinische Massnahmen vertretungsberechtigte Person vorbereitenden medizinischen Massnahmen gemäss dem mutmasslichen Willen des potentiellen Spenders zustimmen.*

⁴ *Ist der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen potentiellen Spenders unbekannt, kann die vertretungsberechtigte Person vorbereitenden medizinischen Massnahmen zustimmen, vorausgesetzt dass diese minimale Risiken verursachen und für die anschliessende Organentnahme unerlässlich sind.*

⁵ *Verfügt der potentielle Spender über keine vertretungsberechtigte Person oder ist diese nicht erreichbar, ist das Einleiten vorbereitender medizinischer Massnahmen unzulässig.*

7.4. Ausführungsgesetzgebung

Eine letzte Bemerkung drängt sich im Speziellen für die Organentnahme bei Spendern mit noch schlagendem Herzen auf.

Wie wir gesehen haben, versterben die meisten auf einer Intensivstation liegenden Patienten nicht unter voller Therapie. Ist die Situation des Patienten aussichtslos, so werden im Gegenteil die therapeutischen Massnahmen früher oder später abgebrochen. In den allermeisten Fällen sterben diese Patienten anschliessend an einem Herz- und Atemstillstand. Damit diese Patienten jedoch einen Zustand des primären Hirntods erreichen, was eine Entnahme von mehr und qualitativ besseren Organen ermöglicht, werden die therapeutischen Massnahmen durch Massnahmen ersetzt, die den Körper somatisch am Leben erhalten und die Durchblutung der Organe sichern.

Um das Recht der betroffenen Person in Würde zu sterben wirksam zu schützen, ist es unserer Meinung nach notwendig, eine zulässige Höchstdauer in Bezug auf die Vornahme vorbereitender medizinischer Massnahmen zwischen dem Abbruch der zugunsten des Patienten getroffenen therapeutischen Massnahmen und der ersten Feststellung des primären Hirntodes festzulegen. Diese Präzisierung könnte auf der Ebene der Ausführungsgesetzgebung des TxG (in der Transplantationsverordnung, Art. 8 TxV) erfolgen. Das Inselspital Bern hält sich zum Beispiel an eine maximale Frist von 48 Stunden zwischen dem Abbruch der zugunsten des Patienten vorgenommenen therapeutischen Massnahmen und der ersten Feststellung des primären Hirntodes.²³¹

²³¹ REGLI/SPESCHA/PETER, s. 7.

8. Schlussfolgerungen

Am Ende dieses Rechtsgutachtens kommen wir zu folgenden Schlussfolgerungen:

- (1) Es gibt verschiedene Kategorien von medizinischen Massnahmen, die vor dem Tod des potentiellen Spenders vorgenommen werden können. In dieser Hinsicht muss unterschieden werden zwischen den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, die ausschliesslich der **Organerhaltung** dienen, und den Massnahmen, die zum Ziel haben, die **Spendetauglichkeit des potentiellen Organspenders abzuklären**, das heisst den serologischen und immunologischen Analysen.
- (2) Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen werden bei einer **lebenden Person**, dem potentiellen Spender, vorgenommen. Im Unterschied zu den an einer lebenden Person vorgenommenen medizinischen Massnahmen, die im Allgemeinen zu deren Wohl stattfinden, weisen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen die **Besonderheit** auf, dass sie nicht im Interesse des potentiellen Spenders, sondern im Interesse einer Drittperson, dem potentiellen Empfänger, erfolgen.
- (3) Bei den potentiellen Spendern handelt es sich um Patienten, die sich nicht auf dem Weg der Besserung, sondern ganz am Lebensende befinden. Unabhängig von der Frage der vorbereitenden medizinischen Massnahmen geht es bei solchen Patienten nicht mehr um eine therapeutische, sondern um eine **palliative Behandlungsperspektive**, wobei es insbesondere darum geht, diesen Patienten unnötiges Leiden zu ersparen. Daraus folgt, dass der Entscheid bezüglich der Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht ein Entscheid zwischen Leben und Tod ist, sondern eher ein Entscheid zwischen zwei Arten, das Leben dieser Patienten ausklingen zu lassen.
- (4) Es muss **unterschieden** werden zwischen vorbereitenden medizinischen Massnahmen beim potentiellen Spender **mit noch schlagendem Herzen** und vorbereitenden medizinischen Massnahmen beim potentiellen Spender **mit irreversiblen Herzstillstand**.
- (5) Im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem **Spender mit noch schlagendem Herzen** werden die mechanische Unterstützung des Patienten aufrecht erhalten und gewisse andere vorbereitende medizinischen Massnahmen getroffen, damit sich einerseits der Zustand des Patienten zu einem primären Hirntod entwickeln kann, und um andererseits die Qualität der Organe bis zu ihrer Entnahme zu gewährleisten. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen stellen eine **fortlaufende** Behandlung dar, vom Moment des

Therapieabbruchs, während des Prozesses zur Feststellung des primären Hirntodes und bis zur Organentnahme. Diese fortlaufende Behandlung ermöglicht die Aufrechterhaltung der physiologischen Funktionen des potentiellen Spenders mit noch schlagendem Herzen. Ohne das Einsetzen von vorbereitenden medizinischen Massnahmen nach Therapieabbruch ist eine Organentnahme bei einem Spender mit noch schlagendem Herzen praktisch ausgeschlossen.

- (6) Im Hinblick auf eine Organentnahme bei einem **Spender mit irreversiblen Herzstillstand** dienen die vor dem Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen, oder während der Phase zwischen dem Abbruch dieser Massnahmen und der Todesfeststellung, vorgenommenen Massnahmen dazu, die warme Ischämiezeit zu verkürzen (Setzung einer arteriellen Kanüle) und die Qualität der Organe durch die Verabreichung von gerinnungshemmenden und gefässerweiternden Medikamenten zu gewährleisten. Bei den potentiellen Spendern mit irreversiblen Herzstillstand geht es in Bezug auf die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Allgemeinen um die einmalige Verabreichung eines Medikaments.
- (7) Die Organentnahme befindet sich in einer logischen Folge der vor dem Tod des potentiellen Spenders vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen. Der **Erfolg der Organentnahme** und der anschliessenden Transplantation **hängen weitgehend von der Vornahme dieser Massnahmen ab**.
- (8) **Die vorgängige Zustimmung zur postmortalen Organspende erstreckt sich nicht auf die vor dem Tod vorgenommen vorbereitenden medizinischen Massnahmen**; dies insbesondere aus folgenden Gründen: Erstens ist die Zustimmung zur Organspende eine Zustimmung zu Eingriffen in den menschlichen Körper nach dem Tod; Zweitens unterscheidet die vom TxG übernommene Lösung sehr deutlich zwischen der Zustimmung zur Organspende (Art. 8 TxG) und der Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen (Art. 10 TxG), was ausschliesst, davon ausgehen zu können, die erstere umfasse implizit die zweite; Drittens ist im Moment keine Information der Bevölkerung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorhanden. Zusammengefasst muss deshalb unbedingt eine spezifische Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vorliegen. Um von einer möglichen konkludenten Zustimmung zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen ausgehen zu können, müsste die zustimmende Person über sämtliche relevanten Informationen (Art und Modalitäten, Zweck, Auswirkungen, Risiken und andere Nachteile) zu diesen Massnahmen verfügen.
- (9) Ist der **potentielle Spender urteilsfähig**, muss seine **spezifische Zustimmung** vorliegen, damit vorbereitende medizinische Massnahmen eingeleitet werden können, auch wenn dieser vorgängig der Organspende zugestimmt hat.

- (10) Ist der **potentielle Spender urteilsunfähig**, muss die **spezifische Zustimmung** einer **vertretungsberechtigten Person** vorliegen, auch wenn dieser vorgängig der Organspende zugestimmt hat.
- (11) **Die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen unterliegt keinen besonderen Formanforderungen.** Sie kann sowohl ausdrücklich, als auch konkludent erfolgen. Da die vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme nicht im Interesse des potentiellen Spenders vorgenommen werden, sondern zum Zweck der Erhaltung seiner Organe, und weil diese Massnahmen einen gewissen invasiven Charakter aufweisen, scheint eine **ausdrückliche, aus Gründen der Beweisführung vorzugsweise schriftlich erteilte, Zustimmung** als **äusserst empfehlenswert**. Die Beweislast betreffend die Zustimmung obliegt dem Arzt.
- (12) Die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme muss gestützt auf eine **angemessene Information** erfolgen. Da es sich im vorliegenden Fall um Massnahmen handelt, die nicht im Interesse des potentiellen Spenders, sondern mit dem Ziel der Organerhaltung vorgenommen werden, scheint es unerlässlich, allgemein verständliche Informationen zu den technischen Aspekten der Organerhaltung, zur Bedeutung der vorbereitenden medizinischen Massnahmen für das Gelingen der anschliessenden Transplantation und zu den Auswirkungen der Massnahmen auf den potentiellen Spender zu vermitteln. Aufgrund dieser Informationen kann die Erfordernis einer **aufgeklärten Zustimmung** erfüllt werden. Die Beweislast betreffend die vorgängige Information obliegt dem Arzt.
- (13) Ein **urteilsfähiger potentieller Spender kann** vor seinem Tod vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen **zustimmen**. Aufgrund seiner Zustimmung ist es rechtlich zugelassen, den Spender einem gewissen, nicht in seinem Interesse vorgenommenen, Risiko auszusetzen.
- (14) Handelt es sich um einen **urteilsunfähigen potentiellen Spender**, so muss der zuständige Arzt oder das Pflegepersonal überprüfen, ob der Spender über einen **gesetzlichen Vertreter** verfügt, oder ob er eine **Vertrauensperson** bezeichnet hat. Diese Person trifft die Entscheidungen im Namen des potentiellen Spenders nach dessen mutmasslichem Willen und Interessen.
- (15) **Ist keine vertretungsberechtigte Person** des urteilsunfähigen potentiellen Spenders **vorhanden**, muss nach Informationen zu Überzeugungen und früheren Verhaltensweisen gesucht werden, damit der mutmassliche Wille des Spenders ermittelt werden kann. Die **nächsten Angehörigen** spielen eine **unentbehrliche Rolle**, wenn es darum geht, den mutmasslichen Willen eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders zu ermitteln.

- (16) Kann der **mutmassliche Wille** des urteilsunfähigen potentiellen Spenders zugunsten vorbereitender medizinischer Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme ermittelt werden, dürfen solche Massnahmen vor dem Tod vorgenommen werden.
- (17) Kann der mutmassliche Wille des Patienten nicht ermittelt werden, oder ist ein Patient seit jeher urteilsunfähig, muss nach seinem **objektiven Wohl** gehandelt werden. Zum Begriff des objektiven Wohls bieten sich zwei mögliche Auslegungen an: eine strenge und eine liberale.
- (18) Gemäss einer **strengen Auslegung des objektiven Wohls** des potentiellen Spenders, eine Auslegung die wir verwerfen, entspricht nur eine einen konkreten therapeutischen Zweck verfolgende medizinische Massnahme dem Wohl des Patienten. Der alleinige Zweck der vorbereitenden medizinischen Massnahmen besteht darin, die Organe im Hinblick auf eine Entnahme zu erhalten, ohne jegliche wohltuende Auswirkung auf den potentiellen Spender. Ein solcher Zweck und solche Auswirkungen lassen sich kaum mit einer strengen Auslegung des objektiven Wohls des potentiellen Spenders vereinbaren. Daraus ergibt sich, dass der gesetzliche Vertreter oder die Vertrauensperson keinen Massnahmen zustimmen können, die nicht im direkten Interesse des potentiellen Spenders liegen, sollte dessen mutmasslicher Wille unbekannt sein. Dasselbe gilt für den Arzt, der über die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen entscheiden muss, sollte keine für den urteilsunfähigen potentiellen Spender vertretungsberechtigte Person vorhanden sein.
- (19) Gemäss einer **liberalen Auslegung des objektiven Wohls** des Patienten, die wir unterstützen, entspricht das Wohl des urteilsunfähigen potentiellen Spenders nicht einem im Hinblick auf eine Genesung verfolgten therapeutischen Interesse. Es geht im Gegenteil um Interessen, die sich aus der palliativen Pflege eines Patienten am Lebensende ergeben. Der potentielle Spender kann dem Tod nicht mehr entkommen und seine Gesundheit wiederherstellen. Es muss also in erster Linie sein Interesse in Würde zu sterben gewährleistet werden. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen beeinträchtigen das Interesse des potentiellen Spenders in Würde zu streben *a priori* nicht. Des Weiteren zeigt eine Analyse der neueren Gesetzgebung im biomedizinischen Bereich auf, dass die Erfordernis, ausschliesslich nach dem objektiven Wohl einer urteilsunfähigen Person zu handeln, nicht absolut gilt.
- (20) Ausgehend von dieser liberalen Auslegung des objektiven Wohls des potentiellen Spenders **können vorbereitende medizinische Massnahmen zugelassen werden, auch wenn der mutmassliche Wille des Spenders nicht bekannt ist**, wenn **vier kumulative Bedingungen** erfüllt werden. Es handelt sich um folgende vier Bedingungen: Erstens müssen die vorbereitenden medizinischen

Massnahmen für den Erfolg der Organentnahme und der anschliessenden Transplantation unerlässlich sein; Zweitens dürfen die vorbereitenden medizinischen Massnahmen den potentiellen Spender nur einem minimalen Risiko aussetzen; Drittens muss die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, der Vertrauensperson oder der nächsten Angehörigen vorliegen; Viertens muss sich ein Nutzen für schwer kranke und auf ein Organ wartende Personen ergeben.

- (21) Sind der gesetzliche Vertreter, die Vertrauensperson oder die nächsten Angehörigen eines urteilsunfähigen potentiellen Spenders abwesend, **kann der Arzt die vorbereitenden medizinischen Massnahmen nicht gestützt auf das wohlverstandene Interesse des potentiellen Spenders vornehmen.** Der schweizerische Gesetzgeber hat für den Fall, dass die nächsten Angehörigen nicht kontaktiert werden können, eine klare Lösung verabschiedet. Analog zu Artikel 8 Abs. 4 TxG, der jegliche Organentnahme verbietet für den Fall, dass die nächsten Angehörigen nicht vorhanden oder erreichbar sind, kann keine vorbereitende medizinische Massnahme eingeleitet werden, wenn der gesetzliche Vertreter oder die nächsten Angehörigen nicht kontaktiert werden können.
- (22) Die Möglichkeit für den Arzt, die Vormundschaftsbehörde einzuschalten, existiert bei Konfliktsituationen im Zusammenhang mit dem Wohl des Patienten. Solche Situationen unterscheiden sich sehr deutlich von der Situation des potentiellen Spenders und den möglichen vorbereitenden medizinischen Massnahmen, die vorgenommen werden können, um dessen Organe zu erhalten. Sprechen sich der gesetzliche Vertreter oder die nächsten Angehörigen gegen vorbereitende medizinische Massnahmen aus, sei es aufgrund des mutmasslichen Willens oder aufgrund des objektiven Wohls des urteilsunfähigen potentiellen Spenders, betrifft der Konflikt nicht das therapeutische Interesse des potentiellen Spenders. Fehlt ein Konflikt über das therapeutische Interesse des potentiellen Spenders, **rechtfertigt es sich in keiner Art und Weise, die Vormundschaftsbehörde einzuschalten.**
- (23) Die hypothetische Zustimmung kommt dann zum Zug, wenn der Arzt seine Informationspflicht gegenüber einem Patienten verletzt hat, der seine Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung gegeben hat. Sie kommt hingegen nicht zur Anwendung, wenn der Arzt überhaupt keine Zustimmung eingeholt hat. Das **Konzept der hypothetischen Zustimmung** ist somit im Zusammenhang mit der Organspende und den vorbereitenden medizinischen Massnahmen **nicht relevant.** In Bezug auf die Organspende, und für die Vornahme von vorbereitenden medizinischen Massnahmen im Besonderen, ist gerade das Nichtvorhandensein einer Zustimmung die mit Abstand häufigste Situation, da sich der potentielle Spender in den meisten Fällen in einem Zustand befindet, der es ihm nicht mehr erlaubt, entsprechend aufgeklärt zu werden und seinen Willen kund zu tun.

- (24) Das **zukünftige Erwachsenenenschutzrecht** führt einige Neuerungen ein, die auch die Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen bei einem urteilsunfähigen potentiellen Spender beeinflussen werden. Die Reform sieht neu auf Bundesebene die Patientenverfügung und den therapeutischen Vertreter vor. Die **Patientenverfügung** ist **rechtlich verbindlich** und entspricht einer gültigen Zustimmung, zum Beispiel zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen. Bezeichnet die Patientenverfügung einen **therapeutischen Vertreter**, muss der Arzt dessen Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen einholen. Der therapeutische Vertreter entscheidet gemäss den in der Patientenverfügung gemachten Anweisungen, oder, sollten keine Anweisungen vorliegen, nach dem mutmasslichen Willen und dem objektiven Wohl des potentiellen Spenders.
- (25) Das **zukünftige Erwachsenenenschutzrecht** bringt darüber hinaus eine willkommene Klärung der Rolle der **nächsten Angehörigen** einer urteilsunfähigen Person mit sich bringt. Es führt eine **begrenzte gesetzliche Vertretung** durch die nächsten Angehörigen einer urteilsunfähigen Person in Bezug auf medizinische Massnahmen ein, wobei der Vorrang unter ihnen genau vorgeschrieben ist (Art. 378 ZGB). Die Entscheidungskriterien, was die Vornahme einer medizinischen Behandlung betrifft, bleiben jedoch dieselben. Es handelt sich einerseits um den mutmasslichen Willen der betroffenen Person, und andererseits um deren objektives Wohl.
- (26) Die Zustimmung der betroffenen Person ist nicht der einzige Rechtfertigungsgrund, um den Eingriff in deren körperliche Integrität rechtmässig werden zu lassen. Neben der Zustimmung sieht Artikel 28 Abs. 2 ZGB nämlich noch einen anderen Rechtfertigungsgrund vor: das Gesetz. Im Unterschied zu den vorbereitenden medizinischen Massnahmen, deren Rechtmässigkeit ausschliesslich vom Vorhandensein einer gültigen Zustimmung abhängt, **können die serologischen und immunologischen Analysen, deren Zweck in der Abklärung der Spendetauglichkeit liegt, auch ohne eine gültige Zustimmung vorgenommen werden.** Der Rechtfertigungsgrund für den durch diese Analysen verursachten Eingriff in die körperliche (oder geistige) Integrität des potentiellen Spenders ist eine **gesetzliche Grundlage**, das heisst die Artikel 30 und 31 TxG und Artikel 23 TxV. Diese Bestimmungen betreffen jedoch nur die Analysen bezüglich der Abklärung der Spendetauglichkeit des potentiellen Spenders, und nicht die zur Anpassung der vorbereitenden medizinischen Massnahmen notwendigen Laboruntersuchungen.
- (27) Neben der Zustimmung der betroffenen Person und dem Gesetz sieht Artikel 28 Abs. 2 ZGB noch einen weiteren Rechtfertigungsgrund vor: ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse. Es ist jedoch unzulässig, sich auf ein überwiegendes privates Interesse des potentiellen Empfängers stützen zu wollen, um einen Verzicht auf

eine Zustimmung zu bei einer lebenden Person vorgenommenen vorbereitenden medizinischen Massnahmen zu rechtfertigen. Das **Bundesgericht hat die Abwägung zwischen den Interessen des verstorbenen Spenders und denjenigen des potentiellen Empfängers klar zugunsten des verstorbenen Spenders entschieden**. Dasselbe muss erst recht für die Abwägung zwischen den Interessen des noch lebenden (obgleich dem Tod nahen) potentiellen Spenders und den Interessen des potentiellen Empfängers gelten. Das Wohl des lebenden Patienten darf nie den Interessen des Empfängers untergeordnet werden.

- (28) Da der mutmassliche Wille des potentiellen Spenders in Bezug auf vorbereitende medizinische Massnahmen hauptsächlich mit Hilfe der nächsten Angehörigen ermittelt wird, ist der **Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen von grösster Wichtigkeit**. Konkret muss der mutmassliche Wille des urteilsunfähigen potentiellen Spenders ermittelt werden, bevor die vorbereitenden medizinischen Massnahmen eingeleitet werden. Die Anfrage an die nächsten Angehörigen muss somit erfolgen, bevor diese Massnahmen unternommen werden, das heisst vor dem Tod. Da die vorbereitenden medizinischen Massnahmen sehr eng mit der anschliessenden Organentnahme verbunden sind, müsste die Anfrage an die nächsten Angehörigen bezüglich der Entnahme auch zu diesem (vor der Todesfeststellung liegenden) Zeitpunkt erfolgen, unabhängig davon ob es sich um einen Spender mit noch schlagendem Herzen oder um einen Spender mit irreversiblen Herzstillstand handelt.
- (29) Aus dem Sinn, der systematischen Einfügung und dem Zweck von **Artikel 8 Abs. 2 und 3 TxG** lässt sich schliessen, dass sich diese **Bestimmung nicht gegen eine Anfrage an die nächsten Angehörigen vor der Feststellung des Todes des potentiellen Spenders ausspricht**. Unserer Meinung nach legt Artikel 8 TxG einen Entscheidungsbaum fest, das heisst eine zu respektierende hierarchische Reihenfolge in Bezug auf die Zustimmung zur Organentnahme bei einer verstorbenen Person. Diese Bestimmung regelt hingegen nicht direkt die Frage des Zeitpunkts der Anfrage an die nächsten Angehörigen.
- (30) Was den **Zeitpunkt der Anfrage an die nächsten Angehörigen** zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen und zur Organentnahme betrifft, ist folgendes massgebliches Kriterium zu berücksichtigen: *„wenn sich der Hirntod als unausweichlich abzeichnet“*.
- (31) In den allermeisten Fällen ist der Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen beim potentiellen Spender Teil einer Diskussion mit den nächsten Angehörigen. Die vorbereitenden medizinischen Massnahmen müssen im selben Kontext besprochen werden, wie übrigens auch die Frage der Organentnahme. Das Ärzteteam muss jedoch diesbezüglich eine **strikte Trennung der Prozesse** beachten.

Beim Gespräch mit den nächsten Angehörigen muss die Diskussion über den Therapieabbruch (Spender mit noch schlagendem Herzen) oder den Abbruch der lebenserhaltenden Massnahmen (Spender mit irreversiblen Herzstillstand) klar getrennt werden von der Anfrage betreffend die vorbereitenden medizinischen Massnahmen und die Organentnahme.

Anhang

Zustimmungsformular für die Organspende nach Feststellung des Todes bei anhaltendem Herz-Kreislaufstillstand, Pilotprojekt, Québec-Transplant

(http://www.quebec-transplant.qc.ca/QuebecTransplant_fr/PDF/Formulaires/Autorisation_prelevement_DDC_v1.pdf)

Literaturverzeichnis

- ANTOINEA CORINNE/BRUNB FREDERIC/TENAILLONA ALAIN, *et al.*, *Le prélèvement sur donneurs à cœur arrêté dans le cadre de la greffe rénale*, Néphrologie & Thérapeutique, 2008, Bd. 4(1), s. 5-14.
- BELL M. D. D., *Non-heart beating organ donation: old procurement strategy - new ethical problems*, British Medical Journal, 2003, Bd. 29(3), s. 176-181.
- BEYELER FRANZISKA/WÄLCHLI-BHEND SUSANNA/MARTI HANS-PETER, *et al.*, *Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz?*, Schweizerische Ärztezeitung, 2009, Bd. 90(23), s. 899-901.
- BOULARD GERY/GUIOT PHILIPPE/POTTECHER THIERRY, *et al.*, *Prise en charge des sujets en état de mort encéphalique dans l'optique d'un prélèvement d'organes*, Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation, 2005, Bd. 24(7), s. 836-843.
- BROWNE ALISTER/GILLET GRANT/TWEEDDALE MARTIN, *The ethics of elective (non-therapeutic) ventilation*, Bioethics, 2000, Bd. 14(1), s. 42-57.
- BUCHER ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5. Ausgabe, Basel 2009.
- BUNDESRAT, Botschaft vom 12. September 2001 zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, BBl 2002, s. 29-246 (zitiert: Botschaft TxG).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 11. September 2002 zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, BBl 2002, s. 7361-7480 (zitiert: Botschaft GUMG).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006, s. 7001-7138 (zitiert: Botschaft Revision ZGB).
- BUNDESRAT, Botschaft vom 21. Oktober 2009 zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen, BBl 2009, s. 8045-8162 (zitiert: Botschaft FaM).
- CONSEIL CANADIEN POUR LE DON ET LA TRANSPLANTATION, *Recommandations nationales pour le don après un décès d'origine cardiocirculatoire*, Journal de l'Association médicale canadienne, 2006, Bd. 175(8), s. 1-10.
- CONSEIL D'ETHIQUE CLINIQUE DES HOPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENEVE, *Avis consultatif sur les donneurs d'organes à cœur non battant*, 5. Januar 2005.
- CURFMAN GREGORY D./MORRISSEY STEPHEN/DRAZEN JEFFREY M., *Cardiac transplantation in infants*, New England Journal of Medicine, 2008, Bd. 359(7), s. 749-750.
- EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT DES INNERN, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Transplantationsgesetzes*, November 1999 (zitiert: EDI, *Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf TxG*).
- EUROPARAT, Rapport explicatif à la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, 17. Dezember 1996 (zitiert: EUROPARAT, Rapport explicatif à la CDHB).
- DESCHENAUX HENRI, STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4. Ausgabe, Bern 2001.

- DEVAUD CORALIE, *L'information en droit médical - Etude de droit suisse*, Genf/Basel/Zürich 2009.
- DOWNIE JOCELYN/RAJOTTE CHANTELLE/SHEA ALISON, *Pre-mortem transplantation optimizing interventions: the legal status of consent*, Canadian Journal of Anesthesia, 2008, Bd. 55(7), s. 458-469.
- DUBOSE JOSEPH/SALIM ALI, *Aggressive organ donor management protocol*, Journal of Intensive Care Medicine, 2008, Bd. 23(6), s. 367-375.
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, *Transplantation d'organes en suisse: le droit au carrefour de la vie et de la mort*, Cahiers IDS, Hors série 1, Neuenburg 1997.
- GUILLOD OLIVIER, *Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme?*, Neuenburg 1986 (zitert: GUILLOD, *Consentement éclairé*).
- GUILLOD OLIVIER, *Droit des personnes*, Neuenburg 2009 (zitert: GUILLOD, *Droit des personnes*).
- GUILLOD OLIVIER/KUNZ KARL-LUDWIG/ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, *Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS*, Bern 1991.
- GUIOT PHILIPPE/CHEISSON GAËLLE/DELABRANCHE XAVIER, *et al.*, *Optimisation hémodynamique des donneurs potentiels en état de mort encéphalique*, Réanimation, 2007, Bd. 16(2), s. 149-155.
- GUIOTA PHILIPPE/GEISSLER ALAIN/JACQUES DURAND-GASSELIN, *Diagnostic de la mort encéphalique et prélèvement d'organes: une activité „éthique“ pour les réanimateurs*, Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation, 2006, Bd. 25(10), s. 1086-1087.
- HAAS RAPHAËL, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Zürich 2007.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern 2010.
- JOSSEN ROCHUS, *Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff*, Bern 2009.
- KUHN MORITZ W./POLEDNA THOMAS (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Ausgabe, Zürich/Basel/Bern 2007.
- MAGLIOCCA JOSEPH F./MAGEE JOHN C./ROWE STEPHEN A., *et al.*, *Extracorporeal support for organ donation after cardiac death effectively expands the donor pool*, The Journal of Trauma, 2005, Bd. 58(6), s. 1095-1102.
- MANAÏ DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Bern 2006.
- MARTENET VINCENT/DEVAUD CORALIE, *La révocation du consentement aux soins médicaux*, in: PHILIPPIN, EDGAR/GILLIERON, OHILIPPE/VULLIEMIN, PIERRE-FRANÇOIS, *et al.* (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, s. 265-278.
- PARKER M.ICHEAL/SHEMIE SAM D., *Pro/con ethics debate: Should mechanical ventilation be continued to allow for progression to brain death so that organs can be donated?*, Critical Care, 2002, Bd. 6(5), s. 399-402.
- REGLI BRUNO/SPESCHA PLASCH/PETER CHRISTIAN, *Labormedizin bei Organtransplantationen. 2. Teil: Labormedizin beim (potentiellen) Organspender – ein ethisches Problem?*, Pipette, 2008(3), s. 6-9.

- ROSENDALE JOHN D./CHABALEWSKI FRANKI L./MCBRIDE MAUREEN A., *et al.*, *Increased transplanted organs from the use of a standardized donor management protocol*, American Journal of Transplantation, 2002, Bd. 2(8), s. 761-768.
- ROSENDALE JOHN D./MYRON KAUFFMAN H./MCBRIDE MAUREEN A., *et al.*, *Aggressive pharmacologic donor management results in more transplanted organs*, Transplantation, 2003, Bd. 75(4), s. 482-487.
- SALIM ALI/MARTIN MATTHEW/BROWN CARLOS, *et al.*, *The Effect of a Protocol of Aggressive Donor Management: Implications for the National Organ Donor Shortage*, The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care, 2006, Bd. 61(2), s. 429-435.
- SALIM ALI/VELMAHOS GEORGE C./BROWN CARLOS, *et al.*, *Aggressive Organ Donor Management Significantly Increases the Number of Organs Available for Transplantation*, The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care, 2005, Bd. 58(5), s. 991-994.
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Medizinisch-ethische Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin*, in der Fassung vom 3. Juni 1999 (zitiert: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Intensivmedizin*).
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Medizinisch-ethische Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende*, in der Fassung vom 25. November 2004 (zitiert: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Lebensende*).
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Medizinisch-ethische Richtlinien zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen*, in der Fassung vom 24. Mai 2005 (zitiert: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Feststellung des Todes*).
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Medizinisch-ethische Richtlinien zur Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten*, in der Fassung vom 27. November 2003 (zitiert: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Langzeitpatienten*).
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Medizinisch-ethische Grundsätze zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung*, in der Fassung vom 24. November 2005 (zitiert: SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, *Selbstbestimmung*).
- SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR INTENSIVMEDIZIN, *Empfehlungen für die Behandlung und das Monitoring von Erwachsenen Organspendern mit erhaltener Herzfunktion (Heart Beating Donors)*, Oktober 2006.
- SPRECHER FRANZISKA, *Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen: nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht*, Berlin 2007.
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Bern 2007.
- UMMEL MARINETTE/SCHMIDT ALINE/PELET ODILE, *et al.*, *La réutilisation des tissus humains*, Cahier IDS N° 10, Neuenburg 2002.
- VERHEIJDE JOSEPH L./RADY MOHAMED Y./MCGREGOR JOAN, *Presumed consent for organ preservation in uncontrolled donation after cardiac death in the United States: a public policy with serious consequences*, Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine, 2009, Bd. 4(15), s. 1-8.

WOOD KENNETH E./BECKER BRYAN N./MCCARTNEY JOHN G., *et al.*, *Care of the potential organ donor*, New England Journal of Medicine, 2004, Bd. 351(26), s. 2730-2739.