

Ethik-Zentrum der Universität Zürich

Der Tod hält sich an kein Gesetz

Ist es ethisch gerechtfertigt, im Transplantationsgesetz eine allgemein gültige Todesdefinition zu verankern?

Diplomarbeit

im Rahmen des Master-Studienganges 2005-2007
Master of Advanced Studies in Applied Ethics (MAE)

Hollenstein Pia
Axensteinstrasse 27
9000 St.Gallen
mail@piahollenstein.ch

20. Januar 2007

Erstgutachter: PD Dr. Thomas Schramme (Swansea)
Zweitgutachter: Dr. des. Norbert Anwander (Berlin)
Tutor: Jean-Daniel Strub (Zürich)

INHALTSVERZEICHNIS	Seite	1
1 Einleitung	Seite	3
1.1 Vorbemerkung	Seite	3
1.2 Themenbegründung	Seite	3
1.3 These	Seite	4
1.4 Aufbau der Arbeit	Seite	4
1.5 Eingrenzung	Seite	4
2 Legiferierung über den Tod	Seite	5
2.1 Neue Rechtssetzung	Seite	5
2.2 Rechtlicher Regelungsbedarf ausgewiesen	Seite	6
2.3 Moralische Relevanz	Seite	7
3 Der Hirntod	Seite	8
3.1 Die Akzeptanz von Hirntod als Tod	Seite	9
3.1.1 Begriffsbestimmung	Seite	9
3.1.2 Kritik am Hirntodkriterium	Seite	10
3.1.3 Rechtfertigung des Hirntodkriteriums	Seite	12
3.2 Positionen aus dem Bürgerpanel	Seite	13
3.3 Positionen von Pflegenden und Ärzteschaft	Seite	14
3.4 Kulturelle und religiöse Einflüsse	Seite	15
4 Rechtsgrundlagen	Seite	16
4.1 Was gehört in ein Gesetz?	Seite	16
4.2 Die rechtliche Stellung des Tods in unserer Gesetzgebung	Seite	18
5 Verteidigung der Festschreibung einer Definition des Tods auf Gesetzesebene	Seite	19
5.1 Das Argument der Rechtssicherheit und des Vertrauens	Seite	19
5.2 Mögliche Einwände	Seite	22

5.3	Das Argument «Es gibt nur einen Tod, und der muss für alle gleich sein.»	Seite 24
5.4	Mögliche Einwände	Seite 26
6	Argumente gegen die Festschreibung einer Definition des Tods auf Gesetzesebene	Seite 30
6.1	Das Argument der Nichtdefinierbarkeit	Seite 30
6.2	Mögliche Einwände	Seite 35
6.3	Das Argument der fehlenden Notwendigkeit	Seite 36
6.4	Mögliche Einwände	Seite 38
7	Fazit	Seite 39
	Literaturverzeichnis	Seite 41
	Abkürzungsverzeichnis	Seite 45

1 Einleitung

1.1 Vorbemerkung

Ethik und Politik sind für viele ein Widerspruch. Mich hingegen führte mein langjähriges Engagement im Nationalrat zu einer zusätzlichen Sensibilisierung für ethische Aspekte. Dazu kommt, dass ich das Thema der vorliegenden Arbeit während Jahren in der Politik hautnah verfolgte. Das kann ein Vorteil sein, weil ich dadurch die politischen Abläufe und auch die Literatur, Dokumente und Stellungnahmen zum Thema relativ gut kenne. Ich werde mich in dieser Arbeit häufig darauf beziehen. Wenn ich in den Augen einiger Leserinnen und Leser allzu stark auf diesen, meines Erachtens sehr wichtigen, politischen Prozess eingehe, möge man mir dies vor diesem Hintergrund nachsehen.

1.2 Themenbegründung

Mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) ist erstmals eine allgemeine Definition des Todes in einem Gesetz festgeschrieben. Ich finde es bedenkenswert, dass sich die Politik in diesem sensiblen und sehr persönlichen Bereich für eine gesetzliche Definition des Todes entschieden hat. Sie lautet: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.»¹ Mit dieser Formulierung soll nicht nur die Grundlage geschaffen werden für die nötige Feststellung des Zeitpunkts, wann ein Mensch als tot zu betrachten und zu behandeln ist, sondern diese Todesdefinition soll für alle gelten. Als Pflegefachfrau mit mehrjähriger Erfahrung auf Intensivpflegestationen frage ich mich unter anderem, ob es ethisch überhaupt vertretbar ist, dass die Politik sich anmasset, den Tod des Menschen zu definieren. Sie tut es nicht nur, um Organentnahmen an «Toten» zu legitimieren, sondern die Politik nimmt für sich das Recht und die Pflicht in Anspruch, den Zeitpunkt des Todes des Menschen grundsätzlich zu bestimmen. Dies tut sie mit der Begründung, es gebe nur einen Tod, und die Definition dessen müsse für alle gelten. Darin erkenne ich ein enormes Spannungsfeld. Ist es in einer pluralistischen Gesellschaft vertretbar, dass der Gesetzgeber eine für alle geltende Definition des

¹ Der Text des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, auf den sich die folgenden Ausführungen beziehen, findet sich unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5453.pdf> (letzter Zugriff: 22.12.2006).

Tods festlegt? Auch wenn ich persönlich das Hirntodkonzept akzeptiere, kann ich nachvollziehen, dass ein Teil der Gesellschaft dieses ablehnt.

1.3 These

Ich vertrete die These, dass es weder zulässig noch erforderlich ist, eine allgemein gültige Definition von Tod in ein Gesetz aufzunehmen. Fragen im Zusammenhang mit dem Tod werden je nach persönlicher Lebenserfahrung, kulturell-religiösem Hintergrund und Menschenbild individuell unterschiedlich beantwortet. Darauf hat ein liberaler Staat Rücksicht zu nehmen.

1.4 Aufbau der Arbeit

Um diese These zu begründen, werde ich als Erstes versuchen, die Bedeutung der Legiferierung zu diesem Thema und die moralische Relevanz der Fragestellung darzustellen. Obwohl nicht der Hirntod das Thema meiner Arbeit ist, werde ich im anschließenden dritten Kapitel einen Überblick über die Begriffsbestimmungen von Definition, Kriterien und Diagnostiktests des Hirntods geben und die Argumente der Gegnerinnen und Gegner des so genannten Hirntodkonzeptes veranschaulichen. Dies erachte ich als nötig, weil die Argumente für und gegen die Festschreibung einer Definition von Tod im Gesetz auf dieses Konzept bauen. Das vierte Kapitel gibt eine kurze Übersicht über die Rechtsgrundlagen, die im Zusammenhang mit der Feststellung des Todes bestehen. In den beiden darauf folgenden Hauptkapiteln untersuche ich die Pro- und Kontra-Argumente für die Festschreibung einer Definition des Todes auf Gesetzesebene. Im letzten Kapitel ziehe ich das Fazit aus den Argumentationen in den Hauptkapiteln.

1.5 Eingrenzung

Die Akzeptanz des Hirntods ist nicht Gegenstand meiner Auseinandersetzung. Vielmehr soll im Folgenden eine rechtsethische Diskussion über die Zulässigkeit der Todesdefinition geführt werden. Ich selber akzeptiere die Diagnosesicherung über einen totalen und irreversiblen Ausfall der gesamten Hirnaktivität als ein zulässiges Kriterium für die Organentnahme. Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass die Spenderin oder der Spender beziehungsweise eine befugte Vertretung die ausdrückliche Zustimmung dazu gegeben haben.

In den zuständigen Kommissionen des National- und Ständerates wurde vorwiegend die Frage erörtert – und bejaht – ob der Hirntod als ausreichendes Kriterium für eine Organentnahme gelten dürfe. Nicht explizit beraten wurde über die Frage, ob nicht die geltenden, unbestrittenen Kriterien für Organentnahmen an Toten hinreichend wären und – an Stelle einer Definition – ins Gesetz aufzunehmen wären.

2 Legiferierung über den Tod

2.1 Neue Rechtssetzung

Die Entwicklungen in Intensiv- und Transplantationsmedizin haben zu neuen Fragestellungen geführt. Die kürzlich auf Bundesebene geführte Debatte um die Regelung der Organtransplantation führte auch zur Frage: «Wann ist der Mensch tot?» In Art. 9.1 des Transplantationsgesetzes wird erstmals in einem schweizerischen Bundesgesetz der Tod des Menschen definiert. Dies geschieht mit den folgenden Worten: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.»² Damit wird – als Definition mit dem entsprechenden Allgemeingültigkeitsanspruch – der Hirntod als Tod des Menschen festgelegt. Die Parlamentsdebatte machte klar, dass es sich bei Artikel 9.1 nicht bloss um Kriterien für die Zulassung von Organentnahmen an Leichen handelt, sondern um eine eigentliche Definition von Tod.³ Der Gesetzgeber entschied sich für das so genannte Hirntodkonzept [angeglichen an Kap. 1.2] und

² Der Text des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, auf den sich die folgenden Ausführungen beziehen, findet sich unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5453.pdf> (letzter Zugriff: 22.11.2006).

³ Der Kommissionssprecher zur Debatte im Nationalrat am 22.09.2004: «Sowohl die Kommission als auch das Plenum des Ständerates haben sich dieser Definition in Artikel 9 angeschlossen. Lassen Sie mich persönlich beifügen, dass eine gesonderte Definition des Tods für die Transplantation doch sehr viele Fragen aufwerfen würde. Tod ist letztlich Tod, und wir brauchen doch gerade der Transparenz wegen eine klare Definition. Diese Definition hier ist klar, sie entspricht internationalen Standards und betrifft das Hirn und den Hirnstamm. Ich kann mir persönlich nicht vorstellen, dass es sinnvoll wäre, in einem Gesetz für Transplantationszwecke ein anderes als das sonst geltende Todeskriterium zu wählen. Zudem darf man für diejenigen, die den Text nicht vor sich haben, auch beifügen, dass der erste Satz von Artikel 9 Absatz 2 folgendermassen lautet: «Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Feststellung des Tods.» Es geht also nicht nur um das Kriterium, sondern auch um die Art und Weise, wie diese Kriterien festgestellt werden. Die Fachwelt ist sich hier einig, und man kann Frau Hollenstein dahin gehend beruhigen, dass diese Definition jetzt einvernehmlich zwischen Ständerat und Nationalrat so geklärt ist.»

Unter: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4705/109471/d_n_4705_109471_109472.htm (letzter Zugriff: 24.11.2006). Auf den in meinen Augen entscheidenden Unterschied zwischen einem *Kriterium* und einer *Definition*, der in dieser Erläuterung des Kommissionssprechers gänzlich eingegeben wird, ist später zurückzukommen.

nahm an, dass eine Definition des Tods [«Was ist der Tod?»] zwingend im Gesetz verankert sein müsse. Nach Dieter Birnbacher lassen sich jedoch Definitionsmerkmale des Tods weder mit empirischen noch mit wissenschaftlichen Mitteln beantworten, sondern nur mit den Mitteln der Philosophie. (Birnbacher 1997, S. 53) Wer dem zustimmt, muss sich fragen, ob der Gesetzgeber befugt ist, den Tod zu definieren, und ob nicht auf der Ebene der Kriterien, die anzeigen, woran sich der Tod erkennen lässt – zum Beispiel am irreversiblen Ausfall der gesamten Gehirntätigkeit – eine hinreichende und zwingende Voraussetzung gegeben wäre, um Organe zu explantieren. Letzteres immer unter der Prämisse der zu Lebzeiten gemachten Zustimmung der betreffenden Spenderin, des betreffenden Spenders oder der befugten Vertretung. Zudem wäre es auch ausserhalb des Gesetzes nötig, auf der Ebene der Tests die Verfahren zu bestimmen, welche die Erfüllung der Kriterien markieren. «Womit lässt sich der Tod nachweisen?» (Kurthen 1995, S. 55)

2.2 Rechtlicher Regelungsbedarf ausgewiesen

Die Frage, ob ein hirntoter Mensch als tot zu gelten hat, ist eine medizinische, juristische und auch eine ganz persönliche Frage, deren Beantwortung vom Menschenbild abhängt. Unbestritten ist, dass wir nicht in allen Details wissen, was der Tod genau ist. Dies entbindet uns nicht von der Aufgabe, für die Praxis klare Rahmenbedingungen festzulegen, die definieren, unter welchem Sachverhalt der Mensch tot ist.

Die überarbeiteten medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) vom 20. Juni 2005 haben «als Todeskriterium die Feststellung von Zeichen zugrunde, die auf den irreversiblen Ausfall aller Funktionen des Gehirns einschliesslich des Hirnstamms schliessen lassen.» Wie auch in der bisherigen Praxis gehandhabt, ist der zuvor festgestellte Tod laut SAMW die unabdingbare Voraussetzung für eine Organentnahme. In den SAMW-Richtlinien findet sich kein Hinweis, dass sich die Richtlinien als Definition des Tods im Allgemeinen verstehen, sondern als «Weg zur Sicherung der Diagnose des Tods». (RL S. 3)⁴ Und der Weg zur Diagnosesicherung versteht sich – laut SAMW – als Festlegung der Todeskriterien. In der medizinischen und juristischen Praxis gilt es als unbestritten, dass ein Mensch für tot erklärt sein muss, damit seine

⁴ Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften; «Feststellung des Tods mit Bezug auf Organtransplantation, Medizinisch-Ethische Richtlinien der SAMW», (Letzter Zugriff: 20. Juni 2005.)

Organe entnommen werden dürfen. Die Ansicht, dass ein Mensch juristisch als tot gilt, wenn seine Gehirnaktivität unwiderruflich zum Stillstand gekommen ist, ist nicht neu. Dieser Standpunkt war denn auch bisher für die klinische Praxis leitend. Mit der Todesfeststellung ist grundsätzlich auch eine Pflicht zum Therapieabbruch verbunden – ausser der Hirntote kommt als Organspender in Frage. Die beiden Fakten Feststellung des Tods für die Zulassung von Organentnahmen an Verstorbenen und die Notwendigkeit, die Atem- und Kreislauffunktion einer für tot erklärten Person aufrecht zu erhalten, zwingen den Gesetzgeber in einem Transplantationsgesetz, das die Organallokation, Organverteilung, das Organhandelsverbot und Weiteres zu regeln hat, auch die Kriterien zur Organentnahme festzulegen. So werden sinnvollerweise die bisherigen föderalistischen kantonalen Regelungen vereinheitlicht. Kriterien festzulegen ist auch zugunsten der Transparenz für die Öffentlichkeit wichtig. Potenzielle Spenderinnen und Spender müssen Klarheit darüber haben, unter welchen Bedingungen ihnen Organe entnommen werden. Damit ist der Gesetzgeber in der Pflicht, aktiv zu werden, aber es ist keineswegs schon geklärt, ob eine Definition von Tod im Gesetz gerechtfertigt ist oder nicht. Dies zu klären ist das Ziel dieser Arbeit.

2.3 Moralische Relevanz

Die Aufnahme einer Todesdefinition in ein Gesetz – wie von National- und Ständerat am 8. Oktober 2004 verabschiedet – wirft verschiedene Fragen auf: Ist es moralisch vertretbar, in einem so sensiblen Bereich wie der Vorstellung vom Tod eine eigentliche Definition in ein Gesetz zu schreiben? Kann eine allgemeine Todesdefinition den kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Besonderheiten der Bürgerinnen und Bürger und ihren unterschiedlichen Vorstellungen vom Tod jemals gerecht werden? Das Problem wird durch die weit verbreitete Tatsache manifestiert, dass viele Menschen Mühe haben, Hirntote, die beatmet werden und primär nicht als tot wahrgenommen werden, als tot zu begreifen. Betreuende und Angehörige empfinden oft, dass jemand, der als hirntot diagnostiziert wird und bei dem Atmung und Kreislauf noch bis nach der Entnahme eines oder mehrerer Organe mit allen denkbaren Mitteln aufrechterhalten werden müssen, eigentlich noch lebt. Die Wahrnehmung von Pulsschlägen, die normale Körpertemperatur, das Schwitzen, das Ausscheiden und das Fehlen der üblichen Todeszeichen führen zu diesem Eindruck. Der Hirntod ist der äusserlichen Sinneswahrnehmung nicht zugänglich.

Betreuungspersonen und Angehörige haben daher sehr oft Schwierigkeiten, eine «hirntote» Person als Leiche anzusehen.

In der Frage von Sterben und Tod handelt es sich um eine sehr persönliche, nur in wenigen Details bekannte Erfahrung. Und weil niemand ganz genau weiss, was das Wesen des Tods ausmacht, hat die Diskussion rund um die gesetzliche Festlegung vom Tod des Menschen auch eine andere Qualität als etwa die Festlegung des Frauenrentenalters oder der Mündigkeit. Irgendwie sind wir alle vom Tod, allerdings immer nur vom Tod des anderen, in geheimnisvoller Weise betroffen. Die Thematik geht uns auf verschiedene Weise alle an. Und wir alle kommen ins Stocken, wenn wir von einem Kind gebeten werden, ihm den Tod zu erklären.

Im folgenden Kapitel versuche ich, mithilfe von Befragungen, Stellungnahmen und Forschungsergebnissen zu veranschaulichen, dass viele Menschen Mühe bekunden, den Hirntod als Todeskriterium zu akzeptieren. Dafür gibt es vielfältige Gründe. Die einen wollen den Tod nicht nur als biologisches Lebensende verstanden haben, sie wehren sich gegen eine auf das biologische Verständnis von Leben reduzierte Sichtweise. Andere erachten den Tod als Prozess und nicht als einen bestimmten Zeitpunkt. Wieder andere lehnen den diagnostizierten Hirntod als «Ganztod» ab, weil für sie zum Tod zwingend auch der Herz-Kreislauf-Stillstand gehört. Auch in Fachkreisen ist umstritten, ob der Hirntod als Tod des Menschen zu verstehen sei. Es wird argumentiert, dass der Hirntote noch keine Leiche sei, er befinde sich in einem künstlich verlängerten Todesprozess, der ein existentieller Teil des menschlichen Lebens sei. Hirntote seien Sterbende, das heisst Lebende. Der Hirntod sei nicht der Tod des ganzen Menschen. Weil viele Menschen gewichtige Gründe gegen die Akzeptanz des Hirntods als «Tod des Menschen» vorbringen, werde ich in Kapitel 5 und 6 der Frage nachgehen, ob es aufgrund dieser Fakten zulässig ist, eine allgemein gültige Definition von Tod in einem Gesetz zu verankern. Ausserdem versuche ich zu klären, ob eine allgemeine Todesdefinition in einem Gesetz nötig ist.

3 Der Hirntod

Die Entwicklung der modernen Medizin brachte auch für die Transplantationsmedizin grosse Fortschritte. Organtransplantation ist zu einem chirurgischen Routineeingriff geworden. Die Fragestellung, ob eine Person im Zustand des Hirntods auch wirklich

tot ist, hat sich erst mit der technischen Möglichkeit der Organtransplantation ergeben. Damit die Spendeorgane möglichst gut erhalten bleiben, wird die hirntote Spendeperson künstlich „am Leben gehalten«. Es sei hier erwähnt, dass der Herz-Kreislauf Hirntoter mit Medikamenten und Beatmung nur wenige Tage aufrecht erhalten werden kann. Wenn Beispiele vorgebracht werden von Menschen, die über Jahre künstlich am Leben gehalten werden, dann ist nicht die Rede von Hirntoten, sondern von Menschen in einem «persistierenden vegetativen Status». Dieser Zustand, auch Wachkoma genannt, wird wie folgt definiert: «Ein komatöser Zustand nach krankheits- oder verletzungsbedingter Hirnschädigung, der in einen vegetativen Status, einen Wachzustand ohne fassbare Wahrnehmung, übergehen kann.» Patienten im Wachkoma sind nicht sterbend. Sie befinden sich in einem stabilen, vermutlich irreversiblen Zustand. (vgl. SAMW Medienmitteilung ad «Fall Schiavo», 2005) ⁵

3.1 Die Akzeptanz des Hirntods

Ich beschränke mich hier auf die wichtigsten Argumente der philosophischen Diskussion gegen das Akzeptieren des Hirntods. Um die vielfältigen Vorbehalte zu illustrieren, führe ich in 3.2 bis 3.5 weitere Aussagen von Fachleuten an. Ich konzentriere mich vorwiegend auf die Gegenargumente, weil diese der Beweggrund sind, die Gleichsetzung von Hirntod mit dem Tod auf Gesetzesebene zu kritisieren.

3.1.1 Begriffsbestimmung

Die nachweisliche irreversible Schädigung des Gesamthirns führt zur Diagnose Hirntod. Das heisst zu einem irreversiblen Ausfall aller Gehirnaktivitäten einschliesslich des Hirnstamms. Dieser Zustand berechtigt und verpflichtet üblicherweise, die künstliche Beatmung und andere kreislaufstützende Massnahmen zu unterlassen respektive abzubrechen. Kommt die betreffende Person allerdings als Organspenderin oder Organspender in Frage, muss die Atem- und Kreislauffunktion mit Medikamenten und künstlicher Beatmung möglichst aufrechterhalten werden. Das führt zum ungewöhnlichen Erscheinungsbild, dass ein hirntoter Mensch (ein Toter) als Lebender wahrgenommen wird.

⁵ www.samw.ch Ethik / Stellungnahmen (letzter Zugriff: 9.1.2007).

3.1.2 Kritik am Hirntodkriterium

Die medizinisch-naturwissenschaftliche Rechtfertigung des Hirntodkonzepts beruft sich auf die oben erwähnte eindeutige und zweifelsfreie Diagnosestellung des irreversiblen und unwiderruflichen Funktionsausfalls des Gehirns.⁶ Die Vertreter der Ablehnung des Hirntods als «Ganztod» betonen ausdrücklich, dass der Hirntod nicht identisch mit dem tatsächlichen Tod des Menschen sei. Vielmehr müsse von einem «unwiderruflichen Sterbeprozess» gesprochen werden (vgl. Ratsdebatte am 13.01.1997 im deutschen Bundestag⁷). Von einem ganzheitlichen Menschenbild her betrachtet sei die Gleichsetzung von Hirntod und Tod nicht zu akzeptieren.

Eine Todesdefinition, die den Tod einzig und allein an die Diagnosesicherung eines totalen und irreversiblen Ausfalls der gesamten Hirnaktivität bindet, steht für viele im Widerspruch zu dem alltäglichen Empfinden, dass ein menschlicher Körper nicht als Leiche zu bezeichnen sei, wenn er sich dank Beatmung und künstlicher Stützung des Kreislaufs warm anfühlt und die Herz-Kreislauffähigkeit intakt ist. Die Gegnerschaft des Hirntodkriteriums bringt auch vor, dass das Aufhören der Herztätigkeit als sicheres Zeichen von Tod zwingend gegeben sein müsse. Von anderen wird die gemachte Umdefinierung (Jonas 1985; S. 219f) in Hirntod als Tod des ganzen Menschen als tiefer Eingriff in eine kulturelle und religiöse Tradition verstanden. Sie heben hervor, dass es sich mit dem Akzeptieren des Hirntods als Tod des ganzen Menschen um eine Grenzüberschreitung handle und der individuelle Sterbeprozess zum Zweck der Organentnahme verlängert werde.

1968 wurde der so genannte Harvard-Report veröffentlicht, der Bericht einer Kommission der Harvard Medical School über die Definition des Gehirntods. Als einer der ersten und schärfsten Kritiker brachte Hans Jonas seine Kritik zur Definition vom

⁶ Medizinisch-Ethische Richtlinien der SAMW, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen, vom Senat der SAMW genehmigt am 24. Mai 2005. 1.1. Zum Hirntod: Das Bewusstsein, die Wahrnehmung seiner selbst und seiner Umgebung ist ein biologisch bedingtes Phänomen, das in der Grosshirnrinde entsteht. Wird die Funktion beider Grosshirnhemisphären gestört, kommt es zu einer Bewusstseinsstrübung. Bei völligem Funktionsausfall der Grosshirnrinde resultiert ein Koma. Ist in dieser Situation der Hirnstamm intakt und funktionieren Atmung und Kreislauf weiterhin, spricht man von einem vegetativen Zustand. Fallen die Hirnstammfunktionen ebenfalls aus, sistiert die Spontanatmung, während der Kreislauf weiterhin erhalten bleiben kann, falls die Sauerstoffversorgung gesichert wird. Diese Situation bezeichnen wir, falls sie als irreversibel einzustufen ist, als Hirntod beziehungsweise Tod infolge Hirnschädigung.

⁷ http://www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/1997/0114/politik/0114/index.html?Group=berliner-zeitung;sgroup=;day=today;suchen=1;keywords=Hirntod;search_in=archive; match=strict;author=;ressort=;von=;bis=;mark=hirntod;start=40 (letzter Zugriff: 28.12.2006).

Tod folgendermassen vor: «Aber ein beunruhigend entgegengesetzter Zweck verbindet sich mit diesem in der Suche nach einer neuen Definition des Tods – das heisst in dem Ziel, den Zeitpunkt der Toterklärung vorwegzulegen: die Erlaubnis, nicht nur die Lungenmaschine abzustellen, sondern nach Wahl auch umgekehrt sie (und andere «Lebenshilfen») weiter anzuwenden und so den Körper in einem Zustand zu erhalten, der nach älterer Definition «Leben» gewesen wäre (nach der neuen aber nur dessen Vortäuschung ist) – *damit* man an seine Organe und Gewebe unter den Idealbedingungen heran kann, die früher den Tatbestand der «Vivisektion» gebildet hätten.» (Jonas 1985, S. 221) An anderer Stelle vertritt Jonas die Auffassung, dass wir zum Zweck der Organtransplantation die genaue Grenzlinie zwischen Leben und Tod mit Sicherheit kennen müssten. Und diese genaue Grenzlinie würden wir nicht kennen. (Jonas 1995, S. 222) Mit der Vorverlegung der Feststellung des Tods trete der Organtod an die Stelle des Tods des Organismus als Ganzem.

Ein anderer Einwand wurde bei der Anhörung vor der Entquete-Kommission «Recht und Ethik der modernen Medizin» des Deutschen Bundestags in Berlin gemacht. Klaus-Peter Jörns erhob den Vorwurf, der Beschluss in der Harvard Declaration, den Hirntod und den Tod des Menschen gleichzusetzen, sei von Fremdinteresse geleitet gewesen. Es sei nicht im Interesse des Sterbenden argumentiert worden, sondern im Interesse Dritter.⁸ Die Gleichsetzung von Hirntod als dem Tod des Menschen berücksichtige die Wahrnehmungen und die Gefühle Aussenstehender nicht. (Jörns 2000, S. 4)

Kurz gefasst lassen sich die Einwände bis hin zur völligen Ablehnung des Hirntods als sicheres Todeszeichen so darstellen: Der Hirntod sei eine Stufe im Sterbevorgang und nicht das Ende des Lebens. Der irreversible Ausfall des Organs, das zur Integration verantwortlich ist, könne nicht den Tod des ganzen Menschen anzeigen. Menschliches Leben beginne auch nicht erst mit der Tätigkeit des Gehirns und ende entsprechend auch nicht damit. Und nach dem abendländisch-christlichen Verständnis sei der Mensch als Ganzes beseelt. (Angstwurm 2003, S. 30)

⁸ Auch wenn Jörns nicht weiter präzisiert ist aus dem Textzusammenhang anzunehmen, dass er mit «Interesse Dritter» die Interessen der Transplantationsmedizin (fehlende Organspenden) meint.

Ich meine, die Bedenken der Kritiker bei der Rechtssetzung über den Todeszeitpunkt zur Organentnahme an Toten sind in der Abwägung gebührend zu beachten. Es gilt, genau zu prüfen, ob allenfalls höhere Rechtsgüter gewichtige Gründe liefern für einen Verzicht auf die Verankerung einer Todesdefinition im Gesetz.

3.1.3 Rechtfertigung des Hirntodkriteriums

Die medizinisch-naturwissenschaftliche Rechtfertigung des Hirntodkonzepts beruft sich auf die eindeutige und zweifelsfreie Diagnosestellung des irreversiblen und totalen Ausfalls des gesamten Gehirns (vgl. 3.1.1.). Mit dem Tod des Gehirns sei die untrennbare physisch-metaphysische Einheit zu Ende gegangen, die der betroffene Mensch gewesen sei. Deshalb sei mit dem festgestellten Tod seines Gehirns ein sicheres Todeszeichen dieses Menschen nachgewiesen, obwohl wegen der künstlichen Aufrechterhaltung des Atem- und Herz-Kreislaufs seine Organe noch leben und erst später absterben. (Angstwurm 2003, S. 31)

Dieter Birnbacher vertrat Anfang der Neunzigerjahre die Ansicht, dass mit dem Nachweis des irreversiblen Funktionsausfalls des Gehirns ein neues Kriterium gegeben sei, es sich damit aber um keine Definition handle. Eine Definition sei immer eine Vereinbarung. Und diese könne nicht als wahr oder falsch betrachtet werden, sondern «jeweils nur als sinnvoll oder sinnlos, angemessen oder unangemessen, zweckmässig oder unzweckmässig». (Birnbacher 1994, S. 29-31) Die Grenze zwischen Leben und Tod werde nicht durch den Funktionsausfall bestimmter Organe oder Organsysteme markiert, sondern durch den Ausfall der Integrationsfähigkeit.

Das Argument des Nichtwissens der Auflösung der Leib-Geist-Seele-Einheit entkräftete Birnbacher folgendermassen: «Sollte es tatsächlich so etwas wie eine von allen Hirn- und Bewusstseinsfunktionen unabhängige ‹Seele› geben, wäre nicht zu sehen, warum diese zwar noch in den Reflexen des künstlich beatmeten Organismus eines Toten gegenwärtig sein sollte [...], nicht aber etwa auch in einem vollständig leblosen Leichnam. Das heisst aber, dass die Annahme oder Nichtannahme der Existenz einer derartigen Geistsubstanz für die Frage nach der Akzeptabilität eines Todeskriteriums gar nicht relevant ist.» (Birnbacher 1994, S. 37)

3.2. Positionen aus dem Bürgerpanel

Die Problematik der unterschiedlichen Vorstellungen dessen, was der Tod ist, kommt auch im Bericht des so genannten Bürgerpanels zum Ausdruck, das im Anschluss an ein «PubliForum» des Zentrums für Technologiefolgenabschätzung TA-Swiss zur Transplantationsmedizin vom 24. bis 27. November 2000 entstand. Äusserungen des Pflegepersonals zufolge gestaltet sich die Pflege der hirntoten Patienten als ausserordentliche Belastung, «da sich die Hirntoten eigentlich noch im Sterbeprozess befinden und dadurch für die Pflegenden und die Angehörigen den Eindruck von noch lebenden Personen erwecken.»⁹ Eine Pflegefachfrau formulierte ihre Erfahrung und ihr Empfinden im genannten Bericht folgendermassen: «Die Wahrnehmung, dass ein so genannt Hirntoter im Sterben liegt und nicht tot ist, existiert nicht nur bei irritierten Angehörigen oder Pflegepersonen, es gibt auch Ärzte, die zu dieser ihrer Wahrnehmung stehen, leider noch zu wenige.»¹⁰ Derartige und ähnliche Aussagen werden von Mitarbeitenden im Gesundheitswesen relativ häufig gemacht. Natürlich kann einer solchen Aussage entgegengehalten werden, dass es gute pathophysiologische Gründe gäbe, den Hirntod als Tod des Menschen zu akzeptieren. Diese guten Gründe beruhen auf medizinisch belegbaren naturwissenschaftlichen Fakten. Die Bedenken, dass die medizinischen Merkmale des Hirntods mit dem gleichgesetzt werden, was als Tod im umfassenden Sinn zu verstehen ist, sind damit aber nicht aus dem Weg geräumt. Im Bericht des Bürgerpanels wird zur Definition von Tod festgehalten: «Das Sterben ist ein Prozess, in dessen Verlauf die Hirnfunktionen unwiderruflich versagen. In diesem Zustand, der gemeinhin als Hirntod bezeichnet wird, ist es aus Sicht der wissenschaftlichen und medizinischen Fachgemeinschaft möglich, lebenswichtige Organe zu entnehmen. »¹¹ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass das Panel die Organentnahme nicht prinzipiell ablehnt.

⁹ Bericht des Bürgerpanels «Transplantationsmedizin», Zentrum für Technologiefolgenabschätzung TA-Swiss, Februar 2001, Seite 10.

http://www.ta-swiss.ch/a/biot_tran/2000_TAP2_transplantation_d.pdf (letzter Zugriff: 22.11.2006).

¹⁰ Bericht des Bürgerpanels «Transplantationsmedizin», Zentrum für Technologiefolgenabschätzung TA-Swiss, Februar 2001, Seite 10.

http://www.ta-swiss.ch/a/biot_tran/2000_TAP2_transplantation_d.pdf (letzter Zugriff: 22.11.2006).

¹¹ Bericht des Bürgerpanels «Transplantationsmedizin», Zentrum für Technologiefolgenabschätzung TA-Swiss, Februar 2001, Seite 7.

http://www.ta-swiss.ch/a/biot_tran/2000_TAP2_transplantation_d.pdf (letzter Zugriff: 22.11.2006).

3.3. Position von Pflegenden und aus der Ärzteschaft

Die Pflegewissenschaftlerin Annemarie Kesselring zitiert in «Hirntod und Organspende» Erfahrungen von Pflegenden im Umgang mit Hirntoten: «Für mich lebt er noch, bis er in den Operationssaal geht, er ist zwar hirntot, aber er lebt noch.» Und sie selber formuliert es so: «Die Definition des Hirntods verlangt eine widernatürliche, kontraintuitive Wahrnehmung: Der Mensch, der mit dem Ziel Lebenserhaltung und Linderung gepflegt und behandelt worden war, wird, ohne dass er sich sichtlich stark verändert, zu einer Art Organreservoir, das dann mit grossem technischen und organisatorischen Aufwand funktionstüchtig erhalten werden muss. Es scheint, dass die Loyalität der Pflegenden meist nach wie vor dem Menschen gilt, bis er die Abteilung verlässt, nicht den Organen.» (Kesselring 2003, S. 141)

1997 ergab eine Untersuchung bei Ärztinnen und Ärzten über die Einstellung zur Organspende und Transplantation unter anderem, dass 87 % der Befragten folgender Aussage zustimmten: «Der Hirntod ist der Tod des Menschen.» (Position 1) Etwas überraschend stimmten 29% (also auch einige jener, welche die Frage eins bejahten) auch der Aussage (Position 3) zu: «Beim Hirntod ist der Mensch noch nicht wirklich tot.» (Muthny und Schweidtmann 2000, S. 60) Das heisst für dieses Drittel, dass für sie nicht definitiv fest steht, ob der Hirntod wirklich als Tod des ganzen Menschen zu sehen sei. (Muthny und Schweidtmann 2000, 55-67) Weshalb einige der Befragten sowohl der vorgegebenen Position eins als auch drei zustimmten, geht aus dem Beitrag nicht hervor. Jedenfalls kommt zum Ausdruck, dass sogar unter Medizinerinnen und Medizinern eine grosse Unsicherheit besteht. Eine andere Studie zeigte 1998, dass die Hälfte der befragten Studierenden der Medizin in der Schweiz angab, grundsätzliche Bedenken zu haben gegenüber der Möglichkeit einer exakten Hirntoddiagnose.¹²

All diese Äusserungen bringen zum Ausdruck, dass sich sowohl bei ärztlichem Personal als auch bei Pflegenden zur Frage des Todes keine einheitliche Sichtweise ergibt. Für viele Pflegende und Angehörige, zum Teil auch für Ärztinnen und Ärzte, sind beatmete Hirntote Sterbende und nicht Tote.

¹² <http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?src=suche&id=48893> (letzter Zugriff: 11.12.2006).

3.4 Kulturelle und religiöse Einflüsse

Ich gehe hier von der Annahme aus, dass kulturelle Einflüsse immer auch die jeweilige in der Kultur verankerte Religion aufnehmen, diese beiden Aspekte nicht klar auseinander gehalten werden können und auch nicht getrennt werden sollen.

Sowohl im Christentum als auch im Judentum und Islam findet sich ein gewisser Pluralismus der Auffassungen. Auch wenn offizielle Dokumente aller Religionen jeweils die Akzeptanz des Hirntods als Entnahmekriterium für Organe zulassen, finden sich in allen drei Religionen auch religiös begründete gegenteilige Meinungen. Judentum und Islam verlangen die Integrität des toten Körpers und verbieten Organentnahmen. Aber auch hier wandelt sich die Einstellung. So hat ein Rabbiner vor kurzem erklärt, wenn ein Organ in einem andern Menschen weiter lebe, dürfe es dem Toten entnommen werden. Ähnlich äusserte sich ein iranischer Ayatollah. Das heisst, dass der Hirntod als Ende des Lebens in bestimmten Fällen akzeptiert wird.

Verboten sind Blut- und Organspenden bei den Zeugen Jehovas. Jedoch sind Organ- und Gewebetransplantationen als «persönliche Gewissensentscheide» gestattet. Es wurden aber auch schon Herz-, Leber- und Nierentransplantationen an Zeugen Jehovas durchgeführt (vgl. Holzniekemper 2005, S. 188). Dies ist möglich aufgrund des Umstands, dass bei den Zeugen Jehovas Entscheide über die Zulässigkeit einer Organtransplantation in den Bereich des persönlichen Gewissens fallen.

Die Vielfalt der Meinungen über den Tod respektive Hirntod zeigt sich nicht einfach an den Grenzen von einer Religion zur anderen, sondern besonders auch innerhalb der verschiedenen Religionsangehörigen selbst. Obwohl Religionsautoritäten der grossen Weltreligionen den Hirntod als Entnahmekriterium durchwegs akzeptieren, gibt es innerhalb aller grossen Religionen Mitglieder, die sich auf religiöse Gründe stützen und den Hirntod als «Ganztod» ablehnen. Die differenzierte Belegung oder Widerlegung dieser Feststellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es kann aber aufgrund von Aussagen im Bürgerpanel, in Forschungsarbeiten oder in der Literatur davon ausgegangen werden, dass viele Menschen aufgrund ihrer religiösen Einstellungen zur Ansicht kommen, dass der Hirntod nicht gleichzusetzen sei mit dem Tod des Menschen.

Ein Jahr nach Inkrafttreten des deutschen Transplantationsgesetzes stellte der 116. Chirurgenkongress 1998 in München fest, dass 62 Prozent der Bevölkerung den Hirntod als Kriterium für den Zeitpunkt einer Organentnahme ansehen.

Gehen wir davon aus, dass es in der Schweiz zu ähnlichen Resultaten käme, ist festzustellen, dass mit rund 38 Prozent, ein nicht zu vernachlässigender Teil der Bevölkerung die Frage, ob sie dem Hirntod als Zeitpunkt der Organentnahme zustimmen würden, nicht vorbehaltlos mit «Ja» beantworten würden.

Angesichts der dargelegten uneinheitlichen Vorstellungen über die Zulässigkeit von Hirntod als Todeskriterium stellt sich einmal mehr die Hauptfrage, ob die vorgebrachten Argumente gewichtig genug sind, um auf eine Definition von Tod auf Gesetzesebene verzichten zu müssen. Diese Frage verlangt vorerst nach einer Klärung der Rechtsgrundlagen und ist auch abhängig davon, welche Ansprüche an die Rechtsetzung gestellt werden.

4 Rechtsgrundlagen

4.1 Was gehört in ein Gesetz?

Im Zusammenhang mit der Regelung der Organentnahme an Toten stellt sich die Frage, was das Recht zu regeln hat. Diese Arbeit geht von den Prämissen aus, dass sich erstens der Hirntod sicher diagnostizieren lässt und zweitens, dass bei denjenigen Organentnahmen, wo die Spenderin oder der Spender zu Lebzeiten einer Organentnahme für den Fall der Diagnose Hirntod rechtmässig zugestimmt haben, zulässig sind. In unserer pluralistischen Gesellschaft existieren verschiedenste Ansichten über das, was den Tod des Menschen ausmacht. Alle berufen sich auf fundamentale ethische und moralische Werte. In Bereichen wie der Auffassung von Tod, wo es keine verbindliche, von allen akzeptierte moralische Position gibt, hat sich die Rechtsetzung um eine Regelung zu bemühen, die den gegensätzlichen Positionen am besten Rechnung trägt. Eine rechtliche Regelung sollte den Anspruch haben, den moralischen Ansprüchen möglichst vieler gerecht zu werden. Und es sollte verhindert werden, dass Definitionen aufgenommen werden, die viele Menschen nicht teilen oder aus diversen Gründen nicht nachvollziehen können oder wollen. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber in der Schweiz daran gewagt, eine Definition von Tod im Gesetz zu verankern.

Laut Artikel 164 Absatz 1 BV gibt es einen materiellen Gesetzesbegriff.¹³ Es sind die «wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen» vorgesehen. Dazu gehören so genannte grundlegende Bestimmungen. Es wird festgestellt, dass keine Wertung zu entnehmen ist, nach welchen Kriterien die wichtigen von den unwichtigen Bestimmungen zu trennen sind und welche Bestimmungen als grundlegend zu betrachten sind. Relevant seien: «... der Grad der Beeinträchtigung der Grundrechte, die Bedeutung der betreffenden Befugnis für das politische System, die Bedeutung des Adressatenkreises der zu erlassenden Massnahme oder Regelung, die finanziellen Auswirkungen der betreffenden Befugnis, die politische Umstrittenheit der angestrebten Massnahme.» (Bundesamt für Justiz: «Gesetzgebungsleitfaden», 2002, Seite 273)

Beachten wir die Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, ob ein Rechtssatz in die Form eines Gesetzes zu kleiden ist, kann festgestellt werden, dass eine Definition des Tods aufgrund der ausserordentlichen Bedeutung besonders für die potenziellen Spenderinnen und Spender zulässig wäre. Jedoch ist ebenso zu klären, ob zur Zielerreichung eine Definition im Gesetz nötig ist. Es geht also auch um die Verhältnismässigkeit. Auch wenn es sich beim Nachdenken über den Tod um eine individuelle Freiheit handelt, ist wohl nicht davon auszugehen, dass es sich bei einer Definition von Tod auf Gesetzesebene um eine Einschränkung der Freiheitsrechte handelt. Trotzdem könnten die folgenden Kriterien geeignet sein, um abzuwägen, ob eine Todesdefinition im Gesetz zulässig sein könnte oder gar erforderlich ist. Nach Ulrich Häfelin und Walter Haller umfasst der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zur Einschränkung der Freiheitsrechte drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen. Sie nennen die Eignung («Geeignetheit»), die Erforderlichkeit («geringstmöglicher Eingriff») und Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse). (Häfelin und Haller 2001, S. 99-100) Darauf gehe ich im 6. Kapitel ein.

¹³ Laut Bundesamt für Justiz befasst sich der Gesetzgebungsleitfaden mit den wichtigsten Fragen, denen Legisten in ihrer Arbeit begegnen. Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV gehören zu den wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen die Ausübung der politischen Rechte; die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte; Rechte und Pflichten von Personen; den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben; die Aufgaben und Leistungen des Bundes; die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts; die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden. (vgl. Bundesamt für Justiz: «Gesetzgebungsleitfaden», 2002, Seite 241).

4.2 Die rechtliche Stellung des Tods in unserer Gesetzgebung

Laut Artikel 31 des ZGB¹⁴ beginnt die Persönlichkeit des Menschen nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod. Der Tod des Menschen hat verschiedene Rechtswirkungen. Die folgenden zwei sind für die vorliegende Arbeit von Belang: Erstens endet mit dem Tod der zivil- und strafrechtliche Schutz der Persönlichkeit und des Lebens; vom Toten können straffrei lebenswichtige Organe wie Herz, Leber, Nieren entnommen werden. Zweitens werden mit dem Zeitpunkt des Tods die vom Verstorbenen auf sein Persönlichkeitsrecht abgestützten lebzeitigen Anordnungen über die Bestattung und den Umgang mit seinem Leichnam rechtswirksam (Nachwirkungen des Persönlichkeitsrechts). (Brückner 2000, S. 21-32) Interessanterweise ist das «Personsein» im Gesetz nicht definiert. Offenbar übte in dieser heiklen Frage der Gesetzgeber Zurückhaltung. Diese betrifft die erste Ebene des Hirntodkonzepts, die Ebene der Attribution, die den Menschen zum Beispiel als leib-seelische Ganzheit festlegt. (Kurthen 1995, S. 55) Auch das Völkerrecht enthält im allgemeinen Gesundheits- und Lebensschutz nach Art. 2. EMRK oder Art. 6 UNO-Pakt II und der Praxis hierzu keine Festlegung zur Todesfeststellung. Art. 2 der EMRK¹⁵ gilt als nicht anwendbar, wenn es um den Respekt gegenüber Toten geht. (Schweizer 2003, S. 99-101)

Geregelt ist auch die «Störung des Totenfriedens» (Art. 262 StGB) und die «Üble Nachrede oder Verleumdung gegen einen Verstorbenen oder einen [als] verschollen Erklärten» (Art. 175 StGB). Erstere ist für die hier diskutierte Thematik insofern relevant, als Abs. 2 die Wegnahme von Leichenteilen regelt.¹⁶ Ausschlaggebend für diese Auslegung ist die Voraussetzung, dass die Spenderin oder der Spender der

¹⁴ Art. 31, 1: «Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode.»

¹⁵ Art. 2 EMRK: «Jeder hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand. Des weiteren darf kein Unterschied gemacht werden aufgrund der politischen, rechtlichen oder internationalen Stellung des Landes oder Gebiets, dem eine Person angehört, gleichgültig ob dieses unabhängig ist, unter Treuhandschaft steht, keine Selbstregierung besitzt oder sonst in seiner Souveränität eingeschränkt ist.» Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 in: http://www.unhchr.ch/udhr/lang/ger_print.htm (letzter Zugriff: 5.1.2007).

¹⁶ Abs. 2 von Art. 262 StGB lautet: «Wer einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Toten wider den Willen des Berechtigten wegnimmt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.»

Organentnahme zugestimmt hat. Die Regelung von Art. 175¹⁷ tangiert den Würdegedanken nach dem Tod und betrifft das Verfahren der Organentnahmen. Es ist bisher festzustellen, dass die vorhandenen gesetzlichen Regelungen nur Aussagen machen über die Wirkung des Todeseintritts bezüglich dem Ende der Persönlichkeit und bezüglich vom betreffenden Verstorbenen verfügter Anordnungen. Auffallend ist, dass nichts darüber ausgesagt wird, wie mit Patientinnen und Patienten am Ende des Lebens umgegangen werden soll. Stein Husebo und Eberhard Klaschik etwa fügen zu dem Europaratsdokument «Die Rechte des Kranken und des Sterbenden» [1967], in welchem zum Beispiel das Selbstbestimmungsrecht als fundamentales Menschenrecht festgehalten wird, ein sechstes Recht hinzu: «Das Recht des Patienten, nicht allein sterben zu müssen.»¹⁸ (Husebo und Klaschik 2003, S. 350) Mit dieser Forderung ist auch der Zeitpunkt des Todes angesprochen. Ich erachte diese Forderung als bedeutsam. Ein öffentlicher Diskurs darüber fehlt bisher und es existiert kein entsprechend verankertes Recht.

Im Folgenden diskutiere ich nun die wichtigsten Pro- und Kontra-Argumente, die zum Teil auch in der politischen Debatte für und gegen eine Verankerung einer Definition des Todes im Gesetz vorgebracht wurden. Dabei sollen die Gegenargumente etwas mehr Raum einnehmen, nicht zuletzt, weil sich die Pro-Argumente zu einem wesentlichen Teil auch einfach an einer «etablierten Praxis» orientierten.

5 Verteidigung der Festschreibung einer Definition des Todes auf Gesetzebene

5.1 Das Argument der Rechtssicherheit und des Vertrauens

Ausgangslage sind die unterschiedlichen kantonalen Regelungen im Bereich der Transplantationsmedizin. In vier Kantonen (GL, SH, SZ, ZG) gibt es gar keine Regelungen. Die anderen 22 Kantone verfügen zwar über eine Regelung, jedoch hat

¹⁷ Art. 175,1: «Richtet sich die üble Nachrede oder die Verleumdung gegen einen Verstorbenen oder einen verschollen Erklärten, so steht das Antragsrecht den Angehörigen des Verstorbenen oder des verschollen Erklärten zu.»

¹⁸ Rechte der Kranken und Sterbenden: das Recht auf Freiheit (Annahme oder Ablehnung einer medizinischen Behandlung); das Recht auf persönliche Würde und Integrität (Diskretion); das Recht auf Information (Diagnose, Therapie, Prognose); das Recht auf angemessene Behandlung (auch in der menschlichen Betreuung); das Recht, nicht leiden zu müssen; Und als sechstes: das Recht, nicht allein sterben zu müssen. (Husebo und Klaschik 2003, S.351).

kein Kanton die Entnahme und Transplantation von Organen umfassend geregelt. Unterschiedlich geregelt sind vor allem die Entnahmevoraussetzungen bezüglich Zustimmung der Spenderinnen und Spender. Diese Thematik ist zwar nicht Bestandteil dieser Arbeit, doch war sie einer der Hauptgründe für eine einheitliche nationale Gesetzgebung. Ausschlaggebend für die geforderte Vereinheitlichung war nicht etwa, dass kritisiert wurde, es fehle eine klare Definition von Tod. Denn in der bisherigen Praxis wurde die sichere Diagnosestellung des Hirntods in allen Institutionen und in allen Kantonen als Entnahmekriterium für Organentnahmen bei Verstorbenen anerkannt, vorausgesetzt die anderen nötigen Anforderungen waren ebenfalls erfüllt. Schöning nennt als Nachteile der kantonsweisen Regelung die Rechtszersplitterung beziehungsweise Rechtunsicherheit. Diese Unsicherheiten dürften sich einerseits beim medizinischen Personal demotivierend auswirken, aber auch «zur sinkenden Akzeptanz der Organspende in der Bevölkerung beitragen.» (Schöning 1996, S. 41) Der Bundesrat begründet den gesetzgeberischen Auftrag für die Verankerung des Hirntodkonzepts folgendermassen: «Es besteht ein gesetzgeberischer Bedarf, das Todeskriterium für alle Menschen unabhängig vom Kontext der Transplantationsmedizin festzulegen. Es gibt nur einen Tod des Menschen und rechtlich muss er für alle Menschen gleich sein. Unterschiede gibt es allenfalls in den Verfahren für seine Feststellung. An sich müsste das Todeskriterium deshalb in einem allgemeinen Erlass verankert sein, zum Beispiel im ZGB. Auf der andern Seite kann nicht übersehen werden, dass der Bedarf für eine gesetzliche Regelung sich insbesondere im Zusammenhang mit der Transplantationsmedizin ergeben hat. Das Todeskriterium soll deshalb im Transplantationsgesetz verankert werden.» (Botschaft zum Transplantationsgesetz [TG] 2001, S. 140)

Mit einer einheitlichen Regelung soll die Rechtssicherheit hergestellt werden. Diese soll – zusammen mit der Schaffung von Transparenz über die rechtliche Lage und die Praxis der Transplantationsmedizin – in der Bevölkerung Verständnis und Vertrauen wecken. Dadurch wird auch auf eine Erhöhung der Bereitschaft zur Spende von Organen gehofft. Ähnlich wurde 1996 im deutschen Bundestag argumentiert: «Es muss eine Regelung gefunden werden, für die wir dann auch werben können, für die wir dann Vertrauen erwarten und erhalten können.» (Däubergmelin 1996) Die neue, transparente Regelung soll nicht nur für potenzielle Spenderinnen und Spender von Vorteil sein, sondern auch Klarheit für jene schaffen, die auf eine Organspende warten.

Mit einer landesweit harmonisierten Regelung kann auch die Öffentlichkeit einheitlicher über die Transplantationsmedizin informiert werden. Vorgesehen ist, dass diese Information ausdrücklich auch die Voraussetzung der Entnahme darstellen soll.¹⁹ Dabei sei namentlich auf die Bedingungen der Organentnahme bei verstorbenen Personen hinzuweisen. Die Information des Bundes soll Transparenz gewährleisten sowie Verständnis und Vertrauen in die Transplantationsmedizin schaffen und einer Verunsicherung der Bevölkerung vorbeugen. Und sie soll sich besonders auch an die Ärzteschaft und an das Pflegepersonal wenden. (Botschaft 2001, S. 177)

Rechtssicherheit zu schaffen, ist mit den viel grösser gewordenen Möglichkeiten der Transplantationsmedizin zu einem Bedürfnis geworden. Das Neue an der Feststellung des Todeszeitpunkts ist, dass an beatmeten «Toten» [oder: Sterbenden] zur Transplantation Organe entnommen werden müssen, während früher das Ende des menschlichen Lebens an sicheren Zeichen des Todes erkannt werden konnte. Früher musste der Todeszeitpunkt nicht so präzise sein, weil die Todesfeststellung nur aussagte, bis wann Patienten medizinisch zu behandeln sind und die Pflicht zum Therapieabbruch vorlag. War die Situation nicht eindeutig interpretierbar, konnte der Zeitpunkt aufgeschoben werden. Heute jedoch erfordert der Bedarf an gut durchbluteten Organen eine genaue Bestimmung des Todeszeitpunkts. Unsicherheiten in dessen Festlegung sind dadurch bedeutungsvoller geworden. Bellanger, Steinbrecher und Tröhler beschreiben, dass aus Ärztesicht die Medien als Instanz der Information und Vermittlung sich zwischen Ärzteschaft und Öffentlichkeit schoben und es durch Fehlinformationen zu ungenauen und verängstigenden Vorstellungen vom Hirntod kam. Dafür verantwortlich sei die Vermittlung, aber auch «das Problem der Verteilung von Wissen». (Bellanger 2003, S. 14) Diese Unsicherheiten sollen mit einer gesetzlichen Regelung minimiert werden.

Der Gesetzgeber in der Schweiz ging davon aus, dass dafür eine Definition des Todes auf Gesetzesebene Rechtssicherheit bringen würde. Und dass sich durch eine transparente Information mehr Menschen bereit erklären würden, Organe zu spenden. Die Frage der Rechtssicherheit steht in engem Zusammenhang mit dem

¹⁹ «Die Information umfasst namentlich:

a. das Aufzeigen der Möglichkeiten, den eigenen Willen bezüglich der Spende von Organen, Geweben oder Zellen zu äussern, und der mit der Willensäusserung verbundenen Konsequenzen;
b. die gesetzliche Regelung und die Praxis, namentlich die Darstellung der Voraussetzungen der Entnahme, Zuteilung und Transplantation von Organen, Geweben und Zellen in der Schweiz. (TG Art.61, Abs.2)»

Hauptargument, es gebe nur einen Tod und dieser müsse für alle gleich sein. Die Abwägungen dazu führe ich unter 5.3. und 5.4. genauer aus.

5.2 Mögliche Einwände

Unbestritten ist die Begründung für eine schweizweit einheitliche Regelung. In den Vernehmlassungsverfahren wurde diese durchwegs begrüsst. Jedoch ist bezüglich der nötigen Rechtssicherheit mittels Todesdefinition auf Gesetzesebene zu klären, ob nicht mit der Nennung der zur Todesdiagnose notwendigen und im Gesetz aufgelisteten Kriterien ebenso gut Rechtssicherheit geschaffen werden könnte. Das Festlegen von Kriterien anstelle einer allgemeinen Todesdefinition würde mit sich bringen, dass bei verändertem Stand der Wissenschaft die Kriterien – da auf Gesetzesebene und nicht in der Kompetenz einer Ständekommission – nicht ohne neue parlamentarische Debatte, das heisst nicht ohne öffentliche Diskussion, geändert werden könnten. Dies käme jenen entgegen, welche die Kompetenz der Kriterienfestlegung in diesem heiklen Bereich nicht einfach einer Ständesorganisation überlassen wollen.

Dass eine einheitliche Regelung die Spendenbereitschaft erhöht, ist bislang eine Vermutung und als Hoffnung zu interpretieren. Jedenfalls ist die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland seit der Schaffung eines einheitlichen Gesetzes nicht wesentlich angestiegen. Zudem ist die Frage offen, ob die Spendenbereitschaft mit klaren Kriterien nicht eher zunehmen würde, als mit einer Definition von Tod, die von vielen nicht geteilt wird. Vertrauen wird vor allem geschaffen, wenn nachvollziehbar und transparent gemacht wird, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit jemand für tot erklärt werden kann. Dann wäre der Zeitpunkt erreicht, an dem für Spenderin oder Spender die Pflicht zur Weiterbehandlung entfällt, aber trotzdem Kreislauf und Atmung weiter gestützt werden, um Organe für die Transplantation möglichst gut durchblutet zu erhalten. Zumindest wäre die Nennung von Kriterien ebenso klar und hätte auf die Spendenbereitschaft vermutlich einen ähnlichen Einfluss.

Der deutsche Rechtswissenschaftler Herbert Tröndle äussert seine Einschätzung zur Vertrauensfrage so: «Und es hätte auch der Wahrheit und Vertrauensbildung gedient, wenn zugegeben worden wäre, dass sich der Todeszeitpunkt gesetzlich nicht festlegen lässt. Erkennbar ging es hier weniger um den Schutz des Hirntoten

und seiner Grundrechte, sondern allein um das Organspendeaufkommen.» (Tröndle, 1999, Seite 4)

Ein Rechtsvergleich mit unseren Nachbarstaaten Deutschland und Österreich zeigt, dass die Rahmenbedingungen zur Transplantation geregelt sind, aber keine Definition im Gesetz verankert wurde. Das deutsche Transplantationsgesetz ist seit 1. Dezember 1997 in Kraft. Es regelt die Spende, Entnahme, Vermittlung und Übertragung von Organen, die zu Lebzeiten oder nach dem Tod gespendet werden. Der für meine Thematik relevante Gesetzestext lautet: «Die Entnahme von Organen ist, soweit in § 4 nichts Abweichendes bestimmt ist, nur zulässig, wenn

1. der Organspender in die Entnahme eingewilligt hatte,
2. der Tod des Organspenders nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist und der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen wird.»²⁰

Wolfram Höfling in einem Beitrag zu Todesverständnis und Verfassungsrecht zur deutschen Gesetzgebung: «Zum einen: Der Gesetzgeber enthält sich der ausdrücklichen Identifizierung mit einem bestimmten Todesverständnis, wahrt – könnte man sagen – weltanschaulich-neutrale Distanz. Zum zweiten: Er verweist die nähere Konkretisierungskompetenz zurück in die plurale Gesellschaft» (Höfling 2003, S. 82)

Wie schon erwähnt hat auch Österreich die Organtransplantation geregelt, ohne eine Definition von Tod im Gesetz zu verankern. Als Voraussetzung von Organentnahmen explizit festgeschrieben ist indessen die Feststellung des eingetretenen Tods. In § 62 der Regelung zur «Entnahme von Organen oder Organanteilen Verstorbener zum Zweck der Transplantation» werden die nötigen Kriterien, die für eine Organentnahme zwingend vorhanden sein müssen, genannt.²¹ Auf eine allgemeine Definition von Tod wird, wie im deutschen Recht, verzichtet. Der im

²⁰ http://bundesrecht.juris.de/tpg/_3.html .

²¹ Der Gesetzestext lautet folgendermassen:

«(1) Es ist zulässig, Verstorbenen einzelne Organe oder Organteile zu entnehmen, um durch deren Transplantation das Leben eines anderen Menschen zu retten oder dessen Gesundheit wiederherzustellen. Die Entnahme ist unzulässig, wenn den Ärzten eine Erklärung vorliegt, mit der der Verstorbene oder, vor dessen Tod, sein gesetzlicher Vertreter eine Organspende ausdrücklich abgelehnt hat. Eine Erklärung liegt auch vor, wenn sie in dem beim Österreichischen Bundesinstitut für Gesundheitswesen geführten Widerspruchsregister eingetragen ist. Die Entnahme darf nicht zu einer die Pietät verletzenden Verunstaltung der Leiche führen.

(2) Die Entnahme darf erst durchgeführt werden, wenn ein zur selbständigen Berufsausübung berechtigter Arzt den eingetretenen Tod festgestellt hat. Dieser Arzt darf weder die Entnahme noch die Transplantation durchführen. Er darf an diesen Eingriffen auch sonst nicht beteiligt oder durch sie betroffen sein.» <http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/> (letzter Zugriff: 28.12.2006).

Bundesministerium für Justiz in Wien arbeitende Horst Häckel, der sich mit der Ausarbeitung von Strafgesetzen befasst, schreibt: «Mit der Verwendung des Rechtsbegriffs ‹Tod› wird nach einhelliger Lehre (auch) der ‹Hirntod› angesprochen.»²² Damit ist präzisiert, dass der Rechtsbegriff des im österreichischen Gesetz verwendeten Worts «Tod» nicht den Anspruch einer allgemeinen Definition von Tod hat, wie die Definition im Transplantationsgesetz der Schweiz (Art. 9).

Die beiden Beispiele veranschaulichen eine Legiferierung, die ohne eine allgemeine Definition von Tod auskommt. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass aufgrund einer fehlenden Definition in den Transplantationsgesetzen Deutschlands, Österreichs oder anderer Länder Rechtsunsicherheit herrscht.

Aus den bisherigen Abwägungen kann abgeleitet werden, dass das Argument der Rechtssicherheit und der Vertrauensbildung kein hinreichender Nachweis für eine notwendige Verankerung einer Definition des Tods im Transplantationsgesetz erbringt. Die Argumentation für die Rechtssicherheit ist hinreichend für eine Regelung für die Medizinpraxis, aber nicht zwingend für eine Festschreibung einer Definition des Tods im Gesetz. Die beiden Beispiele Deutschland und Österreich machen deutlich, dass Kriterien ebenso eindeutig sind wie eine Definition. Die Entnahmekriterien sind explizit auf die Organspenderinnen und Organspender ausgerichtet, währenddem eine Definition eine grössere Reichweite hat und zu entsprechend mehr Kritik führt.

5.3 Das Argument «Es gibt nur einen Tod, und der muss für alle gleich sein.»

In der parlamentarischen Debatte wurde darauf hingewiesen, dass sämtliche europäischen Länder und auch die USA den Hirntod als Definition von Tod anerkennen. Im Nationalrat äusserte sich der Kommissionssprecher auch entsprechend: «Tod ist letztlich Tod, und wir brauchen doch gerade der Transparenz wegen eine klare Definition. Diese Definition hier ist klar, sie entspricht internationalen Standards und betrifft das Hirn und den Hirnstamm. Ich kann mir persönlich nicht vorstellen, dass es sinnvoll wäre, in einem Gesetz für Transplantationszwecke ein anderes als das sonst geltende Todeskriterium zu

²² <http://www.lpb.bwue.de/publikat/organ/organ6.htm> (letzter Zugriff: 16.1.2007).

wählen.»²³ Im Ständerat wurde festgehalten: «Es gibt nicht zwei oder drei oder vier verschiedene Definitionen des Todes. [...]»²⁴ Diese und ähnliche Äusserungen stützen sich auf ein vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegebenes Gutachten von Olivier Guillod. Dieses Rechtsgutachten hält fest, dass der Tod ein Ereignis von grundlegender rechtlicher Tragweite ist. Denn der Tod markiere das Ende des rechtlichen Status der Person. Und dies bedeute das Ende des «verfassungs-, zivil- und strafrechtlichen Schutzes des Lebens.» (Botschaft zum TG 2001, S. 66) Die Definition hätte Auswirkungen auf jede Person und nicht nur auf bestimmte Personenkategorien oder die Ärzteschaft. Und diese Definition müsse für alle gelten. «Il n'y a qu'une mort, et juridiquement elle doit être la même pour tous.» (Guillod Olivier 1999, S. 9) Deshalb sei es die Aufgabe des Gesetzgebers und nicht die der Judikative oder Expertinnen- und Expertengremien, den Tod zu definieren. Auch stünde nach der kürzlich bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichts das Kriterium Hirntod mit der Verfassung, insbesondere dem Schutz des Lebens, in Einklang. (Guillod 1999, S. 9 und S. 31) Der Bundesrat hat die Position des Gutachters übernommen und betont, dass die Definition des Tods für alle Fälle gelten müsse: «Es gibt nur einen Tod und rechtlich muss er für alle gleich sein.» (Botschaft zum TG, 2001, S. 94) Demgegenüber könnten die Verfahren für seine Feststellung je nach Kontext verschieden sein.

Das Argument des einen Tods war in der politischen Diskussion für die Verankerung der Definition von Tod als irreversiblen Ausfall aller Hirnfunktionen der am stärksten gewichtete Grund für die Verankerung des Satzes: «Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.» (TG 2004, S. 4) Änderungsanträge, wonach «tot» mit «hirntot» hätte ersetzt werden sollen, oder wonach die Todesdefinition nur für die Transplantationsmedizin Gültigkeit haben soll, wurden abgelehnt. Damit wurde bekräftigt, dass diese Definition im Transplantationsgesetz über das Transplantationsgesetz hinaus Gültigkeit haben soll. Die neu im Gesetz verankerte Definition soll also – laut Gesetzgeber – auch für jene gültig sein, die den Hirntod nicht als Tod des Menschen anerkennen. In einer Frage an den Bundesrat, was massgebend dafür sei, dass das menschliche Leben mit der irreversiblen Aufgabe der Hirntätigkeit aufhöre, wurde die

²³ http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4705/109471/d_n_4705_109471_109472.htm (letzter Zugriff: 5.1.2007).

²⁴ http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4704/104003/d_s_4704_104003_104004.htm (letzter Zugriff: 5.1.2007).

Ansicht bekräftigt, dass mit dem unumkehrbaren Funktionsausfall des Hirns der menschliche Organismus als Ganzes tot sei. Das menschliche Gehirn steuere und reguliere zentral die Lebensvorgänge im Körper und fasse sie biologisch zu einem übergeordneten, bewusstseinsfähigen Organismus zusammen.²⁵

Dass die Festlegung des Todeszeitpunkts von rechtlicher Tragweite ist, ist unbestritten. (s. auch Kapitel 4) Das Ende des verfassungs-, zivil- und strafrechtlichen Schutzes des Lebens heisst aber nicht, dass eine Leiche als Sache gilt, mit der beliebig umgegangen werden darf, aber auch nicht als eine Person, der prinzipiell Rechtssubjektivität zukommt. (Vgl. Bondolfi 2003, S. 101)

Bestritten ist, dass die Definition von Tod als dem Hirntod im Gesetz verankert werden muss. Damit befassen sich die beiden Kapitel 6.3 und 6.4 eingehender. Ich erörtere nun zuerst die Einwände, die gegen die Aussage, die Todesdefinition müsse für alle gleich lauten, vorgebracht werden können. Diese Einwände haben viel mit der Nichtdefinierbarkeit von Tod zu tun. Jenem Argument widme ich später ein ganzes Kapitel (6.1) und lasse die Frage der Definierbarkeit darum im nun folgenden Abschnitt noch weitgehend unberücksichtigt.

5.4 Mögliche Einwände

Unabhängig davon, ob die Definition des Hirntods akzeptiert wird oder nicht, kann der Argumentation des «einen Tods» entgegen gehalten werden, dass auch in anderen Fachbereichen Begriffe verschieden definiert und angewendet werden, so beispielsweise die Begriffe Gesundheit und Krankheit. Im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts wird Krankheit als Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit definiert.²⁶ Andere Definitionen berücksichtigen auch die soziale Gesundheit. Die WHO wiederum definiert Gesundheit als einen Zustand vollkommenen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur als blosse Abwesenheit von Krankheit oder Gebrechen. Abwesenheit von Krankheit ist laut WHO zwar eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für Gesundheit. Die Schweiz als WHO-Mitgliedstaat hat also eine Krankheitsdefinition von viel geringerer Reichweite im

²⁵ Interpellationsantwort, 2006: http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20063148 (letzter Zugriff: 8.1.2007).

²⁶ «Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.»

Gesetz. Diese ist abgestimmt auf die anvisierten Ziele und dient als Grundlage für die Leistungspflicht der Sozialversicherungen. Wenn das Argument haltbar wäre, dass es keine verschiedenen Definitionen für verschiedene Zwecke geben dürfte, wäre die Schweiz als WHO-Mitglied gehalten, die schweizerische Gesetzgebung an die WHO-Definition anzupassen. Damit ist illustriert, dass für verschiedene Zwecke sehr wohl verschiedene Definitionen zulässig sind. Allerdings könnte man argumentieren, dass WHO-Vorschriften für die Schweiz nicht derselben Verbindlichkeitspflicht unterliegen wie die Einhaltungspflicht der nationalen Gesetzgebung.

Für den evangelischen Theologen Wilfried Härle ist nicht nur das Sterben ein Prozess. Wir müssten lernen, dass auch der Tod ein Prozess ist, egal, ob zuerst das Herz oder das Gehirn ausfalle. Er vertritt die Ansicht, dass an Stelle des Todeszeitpunkts eine Art «Todeszone» tritt. Er argumentiert, dass es je nach Kontext mehrere Zeitpunkte des Todes gebe. Die Todeszeitpunktfrage berühre eben Verschiedenes: Wann wir Therapien einstellen dürfen, Organe entnehmen oder jemanden beerdigen dürfen. Er teile die medizinisch-biologische Eindeutigkeit, die suggeriert werde, nicht. (Härle 2006, S. 36)

Auch Dieter Birnbacher, der sich früher als vehementer Verfechter des Hirntodkriteriums profilierte, äusserte sich kürzlich in einer Fachzeitschrift kritisch. Er schwächt seine früheren Positionen ab, wenn er sagt, der biologische Todeszeitpunkt falle beim Menschen «heute nicht mehr notwendig mit dem medizinisch und rechtlich definierten Todeszeitpunkt zusammen.» (Birnbacher 2006, S. 36) Auf die Interviewfrage, wann der Mensch tot sei, betont er, dass sich dies nicht so leicht beantworten liesse. Und er verweist darauf, dass die Begriffe Leben und Tod kulturell festgelegt werden. Er unterstreicht ausserdem, dass als Definition des Todes das Kriterium des vollständigen und irreversiblen Ausfalls aller Hirnfunktionen umstritten ist. Trotzdem müsse das Hirntodkriterium als Entnahmekriterium unangefochten bleiben. Dieter Birnbacher gesteht, dass bezüglich umfassender Todesdefinition der Hirntod kein geeignetes Kriterium sei. «Ein Mensch ist erst dann tot, wenn er phänomenologisch, also auch äusserlich sichtbar tot ist.» (Birnbacher 2006, S. 37)

Aus dem bisher Gesagten kann festgestellt werden, dass sowohl SAMW, Wilfried Härle, Dieter Birnbacher und viele Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Bürgerpanels die Ansicht nicht teilen, es gebe nur einen Tod und dies sei der Hirntod. Die Einwände gegen den gesetzgeberischen Anspruch, dass die Definition von Tod als dem Hirntod seine Gültigkeit für alle haben solle, zeigen, dass vom Gesetzesartikel auch jene betroffen sind, die sich nicht zur Gruppe der potenziellen Spenderinnen und Spender zählen. Darin sehe ich eine bestimmte Relevanz: Hätte der Gesetzgeber die Todesdefinition ausschliesslich für jene festgelegt, die Organe spenden wollen, wäre der Widerstand geringer.

Weil die Definition aber für alle gelten soll, gehe ich kurz der Frage nach, was denn das Spezielle an einer Definition von Tod auf Gesetzesebene ist. Weshalb ist es vorstellbar, dass dieser Entscheid so viel wichtiger sein soll als andere politisch getroffene Mehrheitsentscheide? Worin besteht zum Beispiel der Unterschied zur Festlegung des Mündigkeitsalters oder anderen Vereinbarungen? Wenn ich davon überzeugt bin, dass das Mündigkeitsalter von 20 Jahren besser ist als dasjenige von 18 und dann doch die Übereinkunft für das Mündigkeitsalter von 18 Jahren getroffen wird, bin ich nicht so tiefgreifend, so persönlich, davon betroffen, als wenn eine Übereinkunft (Definition) über das Wesen des Tods getroffen wird. Denn der Tod geht auch mich, meine mir Nahestehenden, meine Geliebten direkt etwas an; der Tod betrifft uns früher oder später alle. Die Vorstellung vom Tod hat eine besondere Qualität, weil er uns alle ohne Ausnahme betrifft, aber niemand genau weiss, was der Tod ist. Beim Tod «gehts ans Lebendige». Angedeutet wird dies etwa, wenn Stoecker meint, dass tot zu sein auch heisse, den Tod erlitten zu haben. (Stoecker 1999, S. 55) Bei einer Übereinkunft, das Mündigkeitsalter auf 18 anstatt auf 20 Jahre festzulegen, ist es unadäquat, von Leiden zu sprechen. Nachvollziehbarer ist die Feststellung Stoeckers, dass der Tod mit Leiden zu tun habe. Geht man wie Gion Condrau davon aus, dass der Tod nun mal für alle Lebewesen jene Katastrophe sei, durch die sie für immer aufhören zu leben, ist das bedeutender und tiefgreifender, als erst zwei Jahre später mündig zu werden. (Condrau 1984, S. 490) Des Weiteren wird ja die Mündigkeit nicht gänzlich abgesprochen, sondern sie wird zu einem anderen Zeitpunkt im Leben gewährt. Mit diesem Beispiel will ich verdeutlichen, dass nicht alle Mehrheitsentscheide denselben Stellenwert haben und dieselbe Betroffenheit auslösen. Je nach Subjekt, um das es geht, ist die Betroffenheit von ganz anderer

Qualität. Des Weiteren ist es mir bei der Entscheidung des Mündigkeitsalters möglich, klar zu erkennen, welche neuen Möglichkeiten, zum Beispiel die der Mitbestimmung, mir mit dem Mündigkeitsalter zufallen. Bei der Definition von Tod weiss ich nicht besser, was der Tod eigentlich ist, auch wenn eine Definition im Gesetz mehrheitsfähig geworden ist.

Das Verständnis des Tods wurde schon früher ganz verschieden dargelegt. Der Tod wurde zum Beispiel bei Platon als die Befreiung der Seele vom Körper beschrieben (Choron 1967, S. 49). Diese und andere Äusserungen verschiedener Philosophen finden sich nicht in der medizinisch-biologischen Definition wieder. Georg Wilhelm Friedrich Hegel etwa schrieb: «Der Tod ist die Versöhnung des Geistes mit sich selbst» (Choron 1997, S. 157), und «Der Tod ist die Liebe selbst» (Choron 1997, S. 161). Auch Michel de Montaigne äussert sich zum Tod: «Der Tod ist nichts anderes als Ende des Lebens, keineswegs aber das Ziel» (Choron 1997, S. 106). Und der französische Philosoph Edgar Morin formuliert: «Das rationale Verstandeswesen vertraut derart begeistert auf seine Kraft, dass es den Tod, der sich jeglicher Erkenntnis entzieht, gering achtet» (Choron 1967, S. 278). Darin kommt zum Ausdruck, dass die medizinisch-biologische Definition von Tod im Widerspruch mit der Auffassung steht, der Tod entziehe sich unserer Kenntnis. Wenn dem so ist, muss man sich fragen, ob Grundsatzfragen wie jene vom Wesen des Tods überhaupt mittels Mehrheitsprinzip, wie es bei der Gesetzgebung üblich ist, gelöst werden können. Dies gilt besonders für jene Fragen, die sich nicht abschliessend beantworten lassen.

Das Mehrheitsprinzip kann Fragen der «mittleren Reichweite» beantworten. Es eignet sich jedoch nicht für Fragen wie: «Gibt es einen Gott?» Auch mit Mehrheiten würde sich an der Ungewissheit darüber nichts ändern. Unwissen kann per Mehrheitsentscheid nicht in Wissen umgewandelt werden. Deshalb scheint mir das Instrument des Mehrheitsprinzips kein adäquater Weg für die Festlegung einer Todesdefinition. Weil der Tod etwas einzigartig Persönliches ist, ist es vorstellbar, dass sich Menschen, die der Definition von Tod im Gesetz nicht beipflichten können, in letzter Konsequenz in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt fühlen könnten. Wer seinem Gewissen gegenüber – unabhängig von der rechtlichen Lage – verpflichtet ist, niemanden zu töten, weil man als Mensch nicht tötet, und im

Hirntoten keinen toten Menschen sieht, kann unter Umständen den Eindruck bekommen, mit der Definition vom Hirntod als dem Tod des Menschen werde dem Menschen Unrecht getan. Insofern kann es sich bei der Definition vom Tod als Hirntod um eine Einschränkung der Gewissensfreiheit handeln. Im Unterschied zu einer Definition liessen Kriterien Spielraum offen für die Position derjenigen, welche die Todesdefinition ablehnen. Die Kriterien würden explizit als Voraussetzung für die Organentnahme gelten und sich somit primär an die potenziellen Spenderinnen und Spender richten.

Juristisch kann argumentiert werden, dass sich Gesetzesdefinitionen immer nur auf den Zweck und den Anwendungsbereich des betreffenden Gesetzes beziehen. Mit anderen Worten: Auch wenn im Transplantationsgesetz eine Definition von Tod festgeschrieben ist, heisst dies nicht, dass die Definition für alle anderen Anwendungsbereiche zu gelten hat.

Die bisherige Argumentation hat gezeigt, dass es schwierig ist, Einwände vorzubringen, welche die Frage der Definierbarkeit des Todes nicht tangieren. So widme ich mich im Folgenden der Definitionsfrage als Argument gegen eine gesetzliche Festschreibung von Tod.

6 Argumente gegen die Festschreibung einer Definition des Todes auf Gesetzesebene

6.1 Das Argument der Nichtdefinierbarkeit

Das jahrhundertelange Ringen um eine Klärung, was der Tod des Menschen ist, und die verschiedenen Positionen innerhalb der beteiligten medizinischen Berufsgruppen, in den verschiedenen Religionen und in der breiten Bevölkerung bestätigt die These, dass niemand genau wissen kann, was der Tod des Menschen seinem Wesen nach ist. Wir müssen festhalten, dass es sowohl aus Sicht der Bevölkerung mit verschiedener kultureller und religiöser Zugehörigkeit als auch aus theologischer, philosophischer und medizinischer Sicht nicht bloss eine Wahrheit gibt. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Ablehnung einer allgemeinen Todesdefinition, die mit dem irreversiblen kompletten Ausfall der Hirntätigkeit gleichgesetzt wird, sich auf folgende Gründe stützt: Erstens sind im Stadium des

Hirntods – bei künstlicher Aufrechterhaltung des Herz-Kreislauf-Systems – vielfältige Zeichen des biologischen Lebens weiterhin eindeutig zu beobachten. Zweitens haben wir keine Kenntnis darüber, was, wann und ob sich am Ende des Sterbeprozesses die Geist/Körper/Seele-Einheit auflöst. Und drittens handelt es sich bei der Wahrnehmung hirntoter Menschen, bei denen die Herztätigkeit mittels medikamentöser Unterstützung aufrechterhalten bleibt, um eine kontraintuitive Wahrnehmung, die von vielen Fachleuten als «Nicht-Ganztod» interpretiert wird.

Der in unserer Gesellschaft fehlende Konsens über die Todesdefinition des Menschen hat mit der Tatsache zu tun, dass es sich beim Tod nicht ausschliesslich um eine biomedizinische Frage handelt, sondern auch um eine philosophische. Diese ist von vielfältigen moralischen, kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Aspekten beeinflusst. Wie verschiedentlich festzustellen ist, bereitet es vielen Menschen Schwierigkeiten, die Hirntodkonzeption zu akzeptieren, weil diese die nicht erfassbaren, nicht verifizierbaren Vermutungen, was Tod nebst einem Absterben von Organen auch noch sei oder sein könnte, nicht berücksichtigt. Die im erwähnten Bürgerpanel gemachten Vorbehalte bis hin zur Ablehnung des Hirntodkonzepts bestätigen, dass viele Menschen Hirntote als Sterbende betrachten und den Tod des Menschen nur mit dem Ausfall der Herzkreislauffähigkeit akzeptieren.

Auch Philosophen bestätigen die Begrenztheit, den Tod definieren zu können. Bernard N. Schuhmacher hält fest, dass mein eigener und der Tod des andern mir immer entgeht, weil «ich ihn nicht zu objektivieren vermag.» Und dann weiter: «Täte der Philosoph, der den Tod erforschen will, nicht besser daran, sich an die wenigen Zeilen Wittgensteins zu halten.» Dieser rate: «Worüber man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen.» Angesichts der Tatsache, dass der Tod nicht erfahrbar sei, sei es dem Philosophen unmöglich, Theorien über den Tod aufzustellen. (Schuhmacher 2004, S. 144) Schuhmacher zitiert Emmanuel Lévinas wenn er schreibt: «Der Tod entgeht mir nicht, weil der Tod ein Nicht ist, sondern weil ich ihn nicht erfassen kann.» (Schuhmacher 2004, S. 146-147)

Alberto Bondolfi argumentiert, dass die beiden Wirklichkeiten der Irreversibilität der organischen Funktionen des menschlichen Körpers als eines Ganzen und des Tods

der Person nicht mit denselben Erkenntnisinstrumenten beurteilt werden können. Für das mysterium mortis hätten wir zwei verschiedene Erkenntnisinstrumente: für den sichtbaren Sterbeprozess die Beobachtung und die empirische Kontrolle und «die Methapher und Gleichnisse für die Deutung und Bewertung des unsichtbaren Faktums des Todes.» Zu letzterem würden uns nur Mythen und Gesamtdeutungen der philosophischen Interpretationen helfen, nicht aber die Fakten. (Bondolfi 2003, S. 100)

Linus Geisler gehört zu jenen, die den Tod als Prozess verstanden haben wollen. Er verneint die Frage, ob ein hirntoter Mensch tot sei. Der Hirntod sei eine markante Zäsur im Sterbeprozess. Der Hirntod zeige, dass der «point of no return» im Sterben erreicht sei. Und weil dies eine Phase im Sterbeprozess ist, sei es somit auch eine Phase im Leben. Er stellt die rhetorische Frage, ob ein Hirntoter ein Toter mit noch erhaltener Körperfunktion sei oder ein Lebender ohne Hirnfunktion. Denn 97 Prozent des Körpers lebten ja noch. Geisler weiter: «Man sollte vor allem ehrlich und offen vorgehen und festhalten: Der Hirntod ist eine Übereinkunft. Er ist der Zeitpunkt im Sterbeprozess, ab dem Organe unter bestimmten Umständen zur Transplantation entnommen werden können, wenn dies einem von der Gesellschaft getragenen Konsens entspricht.»²⁷ Geisler deutet also den Hirntod als «Übereinkunft», wenn die Gesellschaft den gefundenen Konsens mittrage. Er äussert sich nicht darüber, wie breit der Konsens abgestützt sein sollte.

Auch Rechtswissenschaftler äussern sich kritisch zu einer Gleichsetzung von Tod als dem Hirntod. Rainer J. Schweizer schreibt in seinem «Beitrag zu Rechtsfragen zur Todesfeststellung», dass sich auf Fragen nach dem Leben, Sterben und Tod, «nicht nur biologische, sondern vor allem auch vielfältige religiöse, ethische, kulturelle und auch rechtliche Aspekte einer in einer bestimmten Gesellschaft massgeblichen Konstrukt bilden. Dementsprechend gilt, dass der Hirntod nicht der Tod ist, sondern ein – heute als massgeblich geltendes – Zeichen des Todes. » (Schweizer 2003, S. 97) Schweizer verweist auch auf die bisher zurückhaltende Legiferierung in der für den Menschen zentralen Stellung von Sterben und Leben. Mit dem Hinweis auf andere ungeregelte Bereiche im schweizerischen Recht stellt er fest, dass sich

²⁷ aus: http://www.linus-geisler.de/artikel/9502fr_hirntod.html (letzter Zugriff: 18.1.2007).

unsere Rechtsordnung unter anderem bisher über das Recht in Würde zu Sterben ausschweigt, so auch über die passive Sterbehilfe.

Ein etwas anderer Akzent kommt in der Fragestellung nach dem Tod mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Hirntodkonzepts zum Ausdruck. Ob der Hirntod wirklich der Tod des Menschen sei, könne doch nicht von den Bedürfnissen eines hoch spezialisierten Fachbereichs her entschieden werden, sondern verlange nach der Überlegung, was denn nun der Mensch eigentlich sei. (Matsuo 2003, S. 84). Damit ist auf die untrennbare Verknüpfung der Vorstellung über das Wesen des Tods mit dem Leben hingewiesen. Wenn diese Verbindung zwingend zusammengehört, ist zu folgern, dass der Tod nur definiert werden kann, wenn auch das Leben definiert ist. Der Gesetzgeber (s.a. Kap.4) hat bisher auf eine Definition von Leben verzichtet.

Gestützt auf die in Kapitel 3 dargelegten Ansichten und Feststellungen ist abzuleiten, dass verschiedene Menschen je nach Menschenbild den Tod anders definieren und den Hirntod des Menschen nicht notwendigerweise mit dem Tod gleichsetzen. Weil es sich um eine komplexe Materie handelt, die der exakten Wissenschaft nicht zugänglich ist, bleibt die Kontroverse über das Wesen des Tods auch nicht wissenschaftlich belegbar. In der Frage des Wesens des Tods stehen wir vor viel Nichtwissen. Mit einer Definition im Gesetz wird die Sache nicht wahrer. So wird kritisiert, dass es sich bei der Todesdefinition um eine Behauptung handle.

Kritisch äussert sich auch der Neurologe Heinz Angstwurm, indem er schreibt: «Rechtlich wichtig erscheint von dem Gesagten, zumindest aus ärztlicher Sicht: Über Naturgegebenheiten kann man nicht abstimmen.» Der Gesetzgeber müsse aber den Todeszeitpunkt festlegen. Denn es sei rechtlich sehr wichtig, welche Uhrzeit gelten soll, wenn sich der Todeszeitpunkt nicht naturwissenschaftlich-medizinisch ermitteln lasse.²⁸ Indem Angstwurm sagt, man könne nicht abstimmen, um eine Übereinkunft zu treffen, heisst das auch, dass man keine Definition für gültig erklären kann.

Auch Eduard Zwierlein stellt fest, dass die Hirntod-Definitionsvorschläge den naturwissenschaftlich-empirischen Bereich überschreiten. Das vom Tod evozierte

²⁸ Der Beitrag erschien in einer (in gedruckter Form vergriffenen) Dokumentation einer Fachtagung der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, die im Jahr 1997 stattfand, vgl. <http://www.lpb.bwue.de/publikat/organ/organ8.htm> (letzter Zugriff: 1.1.2007).

oder mit ihm gemeinte Nichtwissen könne von niemandem demonstrativ in Wissen umgewandelt werden. (Zwierlein 1994, S. 195) «Unberührt von diesen Überlegungen bleibt das prinzipielle Nichtwissen darum, was (genau) ‹Tod› sei und wann (genau) ‹Totsein› vorliege. Aus erkenntnistheoretischen Gründen stehen wir hier sozusagen vor einem kognitiven Niemandsland. ... Eine ‹absolute› Gewissheit oder Sicherheit oder eine klare und allseits zwingende Definition, wie gerne und oft gewünscht, ist hier jedoch nicht zu haben.» (Zwierlein 1994, S. 197) Damit ist einmal mehr gesagt, dass wir nicht genau wissen, was der Tod ist. Wieder stellt sich für unsere Diskussion die Anschlussfrage, ob es denn für die Transplantationsmedizin im Gesetz überhaupt eine Definition brauche. Dazu mehr im nächsten Abschnitt/Kapitel.

Dieter Birnbacher äussert Vorbehalte bezüglich der Zuständigkeit der Wissenschaft, das Todesverständnis zu definieren. Er legt dar, dass sich Definitionsmerkmale des Tods – anders als Kriterien und Tests – weder mit empirischen noch mit wissenschaftlichen Mitteln beantworten lassen, sondern nur mit den Mitteln der Philosophie. Denn es gehe nicht um eine Prüfung «der Wahrheit einer sachhaltigen Aussage, sondern um eine Prüfung der Adäquatheit oder Zweckmässigkeit einer Definition.» Definitionen seien «man-made» und entsprechend sinnvoll oder sinnlos, angemessen oder unangemessen, zweckmässig oder unzweckmässig. Und Wissenschaftler oder Mediziner hätten keine grössere Autorität oder Verbindlichkeit, den Todesbegriff zu definieren, als es auch wissenschaftliche oder medizinische Laien für sich geltend machen dürften. (Birnbacher 1997, S. 53-54) Damit stellt er die Zuständigkeit für eine Todesdefinition zur Diskussion.

Ralph Stoecker kommt statt zu einer Definition von Tod zu einer Hypothese, die besagt, dass tot zu sein nichts anderes bedeute, als nicht mehr zu leben. Und weiter: «[...] zu leben bedeutet mehr, als noch nicht tot zu sein.» (Stoecker 1999, S. 54) Ralph Stoecker vertritt weiter die Meinung, anstatt versuchen zu wollen, den Tod zu definieren, sollte über das Leben nachgedacht werden. Er plädiert für eine «Entkoppelung» der Themen Tod und Transplantation. Er versteht den Tod des Menschen als einen Prozess. «Mit dem Absterben des Gehirns ist ein wichtiger Markstein, ein Point of no return in einem Sterbeprozess passiert, aber noch nicht der Tod selbst. Das ist hier die relevante Aussage zum Thema Tod». (Stoecker 1999, S. 335) Und Ralph Stoecker sagt, dass jede Organentnahme einem

Lebewesen sein Leben nehme und somit ein Verstoss gegen die «Ehrfurcht vor dem Leben» sei. Aber dieser Gesichtspunkt, der gegen eine Organentnahme spreche, sei nicht sehr stark. Ein Urteil über die Zulässigkeit der Organentnahme dürfe sich nicht allein darauf beschränken. (Stoecker 1999, S. 335) Wenn es stimmt, dass tatsächlich jene Umorientierung im Gang ist, für die Ralph Stoecker plädiert, also anstelle der Hirntoddiskussion die Diskussion zu führen, was man mit Menschen im Zustand des Ausfalls der gesamten Hirntätigkeit noch machen darf und welche Pflichten ihnen gegenüber bestehen, dann – so meine ich – wäre für die ethische Handlungsebene mehr gewonnen als mit einer Festlegung einer Todesdefinition, der viele nicht zustimmen können und sich zu Recht dagegen auflehnen.

6.2 Mögliche Einwände

Die auf dem politischen Parkett eingebrachten Argumente für eine Definition des Tods entsprechen den Begründungen, die im 5. Kapitel vorgebracht wurden. Es sind dies einerseits die Annahme, eine Definition sei für die Rechtssicherheit notwendig; zum andern könne es nur einen Tod geben, und dieser müsse für alle gleich sein. Diese Argumente werden für eine Definition vorgebracht, auch wenn sie nicht zum logischen Schluss führen, dass es deshalb eine Definition auf Gesetzesebene braucht.

Argumentiert wird vorwiegend, dass wir einen «juristischen Tod», eine rechtliche Regelung benötigen. Wie unter 5.1 ausgeführt, dient eine rechtliche Regelung der Rechtssicherheit. Weil Lebende rechtlich anders zu behandeln sind als Tote, braucht es tatsächlich Klarheit. Diese muss aber meines Erachtens nicht zwingend in Form einer Definition geschaffen werden. Dazu mehr im nächsten Punkt. Die Befürworterinnen und Befürworter einer Definition argumentieren, dass nur eine klare Definition für Rechtssicherheit Sorge. Es müsse transparent gemacht werden, worauf sich die Kriterien zur Todesfeststellung stützen. Bisher ist der Beweis, der Tod sei tatsächlich definierbar, nur insofern erbracht, als medizinisch-biologisch argumentiert wird. Es finden sich in der Literatur keine Ausführungen, wonach der Tod seinem Wesen nach definierbar sei.

Als Gegenargument könnte auch vorgebracht werden, dass eine Definition von Tod explizit und ausschliesslich für die Festlegung der Rahmenbedingungen für Organentnahmen an Toten diene. Damit wäre die Kritik, dass sehr viele Menschen

den Tod anders definieren oder den Standpunkt vertreten, das Wesen des Todes sei nicht definierbar, nicht mehr im selben Ausmass berechtigt. Dann wären jene, die sich selber von der möglichen Organspende ausnehmen, mit der Todesdefinition nicht mehr angesprochen. Ein solcher Vorschlag wurde aber während der Legiferierung abgelehnt.

6.3 Das Argument der fehlenden Notwendigkeit

Vor der Möglichkeit der Transplantationsmedizin galt es als selbstverständlich, dass der Tod am endgültigen Herzstillstand erkannt wurde. Mit der weitgehenden Akzeptanz des Hirntodkonzepts in der medizinischen Praxis hat sich auch in der Schweiz eine rechtliche Regelung aufgedrängt. Die Notwendigkeit einer Regulierung ist unbestritten. Ob im Gesetz eine Definition nötig ist oder ob auch Kriterien ausreichen würden, ist bisher in der Literatur nicht diskutiert worden. Ich gehe wiederum davon aus, dass eine Definition von Tod eine Antwort auf die Frage «Was ist der Tod?» gibt. Dies entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers. (Botschaft 2001, S. 88²⁹)

Meine These lautet: Es braucht keine Definition von Tod im Gesetz. Kriterien, die festlegen, woran der Tod sich erkennen lässt, sind ausreichend. Ich nenne dafür drei Gründe. Zuerst stellt sich die Frage nach der Praxisrelevanz: Was muss die rechtliche Regelung leisten? Im Medizinalltag ist die Festlegung des Todeszeitpunkts wichtig. Damit endet juristisch die Rechtsfähigkeit der Person. Der Mensch hört in jenem Moment auf, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Um Organe entnehmen zu dürfen, muss der Mensch für tot erklärt sein. Deshalb ist es wichtig, dass festgelegt ist, in welchem körperlichen Zustand ein Mensch als gestorben gilt und wann von ihm als von einem Toten gesprochen werden kann. Dies legen die Todeskriterien fest. Das Kriterium beim Hirntodkonzept ist der Ganzhirntod. Dieses

²⁹ «Auf der Basis dieser Annahmen analysiert und beantwortet das Hirntodkonzept die Frage, was eigentlich den Tod des Menschen ausmacht, in drei aufeinander folgenden Phasen:

– Zunächst geht es um die Definition des Todes. Sie gibt eine Antwort auf die Frage: „Was ist der Tod?“

– Danach muss ein Todeskriterium festgelegt werden, um zu bestimmen, wann die Definition erfüllt ist. Das Kriterium gibt den Sachverhalt an, der den Todeseintritt markiert. Es ermöglicht die Beantwortung der Frage: „Woran lässt sich der Tod erkennen?“

– Schliesslich müssen Testverfahren bestimmt werden, mit denen man feststellen kann, ob das vorher bestimmte Todeskriterium erfüllt ist. Diese Tests geben eine Antwort auf die Frage: „Wie lässt sich der Tod nachweisen?“»

Todeskriterium stützt sich auf ein Todesverständnis, das den Tod als den «irreversiblen Ausfall aller kritischen Funktionen des Organismus als Ganzes» beschreibt. (Botschaft 2001, S. 88) Die Definition des Hirntodkonzepts stützt sich wiederum auf ein Menschenbild, das den Menschen als «leib-geistiges Ganzes» versteht. (Vollmann 1998, S. 17) Auch wenn diese drei Ebenen in logischem Zusammenhang stehen, gibt es für die Praxis keine zwingenden Gründe, die Definition ins Gesetz zu schreiben. Würde dies als zwingend betrachtet werden, könnte man argumentieren, dass auch das der Definition zugrunde liegende Menschenbildverständnis ins Gesetz aufgenommen werden müsse.

Zweitens sprechen Häfelin und Haller (s.auch Kapitel 4) für eine vertretbare Freiheitseinschränkung durch ein Gesetz von der Erforderlichkeit. Als Erforderlichkeit gelte der «geringstmögliche Eingriff». Auf das Todeskonzept bezogen leite ich ab, dass Kriterien der Vorzug vor einer Definition gegeben werden muss. Die Kriterien wären klar auf die Transplantationsmedizin ausgerichtet und würden für jene gelten, die zu Lebzeiten einer Organentnahme zugestimmt haben. Jene, die das Hirntodkonzept nicht akzeptieren, wären von den Kriterien nicht betroffen. Hingegen hat eine Definition von Tod im Allgemeinen eine viel grössere Reichweite, denn – so wie im Transplantationsgesetz der Schweiz formuliert und in der Debatte bekräftigt – die Todesdefinition solle für alle gelten. Indem Kriterien anstelle einer Definition festgelegt werden, würde man einem bewährten und breit akzeptierten Grundsatz von Montesquieu gerecht: «Omnis definitio in iure civili periculosa est.» Das heisst: «Wenn ein Gesetz nicht notwendig ist, ist es notwendig, das Gesetz nicht zu erlassen.» (Forstmoser 2003, S. 183) Damit ist die Gesetzgebung auf den Grundsatz verwiesen, nur das zu regeln, was nötig ist.

Drittens spricht die ethische Rücksichtnahme gegen eine Todesdefinition im Gesetz. Im Bewusstsein, dass viele den Hirntod als die Definition von Tod ablehnen, sollte es darum gehen, eine gesetzliche Regelung zu finden, die den unterschiedlichen Wertgesichtspunkten in der Gesellschaft am besten Rechnung trägt. Weil viele zweifeln, ob Hirntote tatsächlich tot sind, ist eine Definition in hohem Mass rechtfertigungsbedürftig. Besonders bei hochsensiblen Fragen wie der Frage nach dem Wesen des Tods sollte der Staat möglichst aussen vor bleiben und nur regeln,

was nötig ist. In einem demokratischen Staatswesen gilt es als erstrebenswert, derjenigen Regelung den Vorzug zu geben, der möglichst viele zustimmen können.

Bezogen auf die Schweiz ist hier noch zu erwähnen, dass auch das Bundesamt für Justiz Zurückhaltung übt und zumindest keinen Bedarf für eine Definition von Tod sieht, wenn es schreibt: «Aus der Sicht des ZGB besteht kein Bedürfnis, den Tod näher zu präzisieren.» (EJPD an BAG, 2004) Dies bedeutet, dass auch aus Sicht des EJPD eine allgemeine Definition von Tod im Gesetz nicht notwendig ist.

Auch sei darauf hingewiesen, dass auch Deutschland, Österreich und andere westliche Länder sowie Japan und Korea keine Definition von Tod im Gesetz verankert haben und die verankerten Kriterien vollauf hinreichend sind für die Bedürfnisse der Transplantationsmedizin.

6.4 Mögliche Einwände

Man könnte argumentieren, dass die vier Ebenen Menschenbild, Todesdefinition, Todeskriterien und Testverfahren, innerhalb derer die Kriterien erfüllt sein müssen, so stark zusammenhängen, dass jede Ebene die andere bedingt. Dieser Logik folgend, müssten dann alle vier Ebenen im Gesetz festgelegt werden. Weil aber damit die sehr hohe Regelungsdichte dem Grundsatz des kleinstmöglichen Eingriffs zutiefst widerspricht, wurde dies auch auf der politischen Bühne nicht in Betracht gezogen.

Abschliessend kann festgestellt werden, dass diejenigen, die eine Todesdefinition im Gesetz als nötig erachten, die Argumente dafür noch schuldig sind. In der politischen Debatte wurde aufgrund der politischen Einsicht, die Hirntod-Diagnose sei hinreichend für Organentnahmen, der aus meiner Perspektive etwas voreilige Schluss gezogen, eine Definition von Tod im Gesetz sei die logische Folge. Ich erkläre mir die fehlende Hinterfragung der Notwendigkeit der Verankerung einer Definition von Tod mit der weitgehend unterlassenen Fragestellung, was denn der Tod auch noch sei, ausser ein pathophysiologisch messbares Geschehen.

7 Fazit

Die gesetzliche Verankerung einer Definition des Tods ist ethisch nicht gerechtfertigt. Mit der Festlegung einer Todesdefinition im Gesetz wird dem Respekt vor anderslautenden Positionen nicht Genüge getan. Der Anspruch an einen pluralistischen, demokratischen Staat, Meinungen Andersdenkender nicht über Gebühr einzuschränken, ist mit einer allgemein gültigen Todesdefinition verletzt. Bei solch hochsensiblen Fragen sollte sich der Staat so wenig wie möglich einmischen, zumal Uneinigkeit besteht über das Wesen des Tods und über seine grundsätzliche Definierbarkeit. Zurückhaltung wäre geboten, weil es in unserer Gesellschaft keinen unumstrittenen Konsens darüber gibt, was der Tod ist und zu welchem Zeitpunkt er als solcher angenommen werden kann.

Mit der Festlegung einer Definition des Tods, die für alle gelten soll, wird der persönliche Standpunkt all jener, die das Hirntodkonzept nicht akzeptieren und den Tod anders definieren oder als undefinierbar betrachten, unnötigerweise abgesprochen. Der gesellschaftliche Wert des Pluralismus wird unnötigerweise eingeeengt. Hinzu kommt, dass weder die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) noch andere Fachgremien – wie zum Beispiel die Swisstransplant – eine Todesdefinition auf Gesetzesebene fordern. Gefordert wird die Akzeptanz des Hirntodkonzeptes, nicht aber eine explizite Definition des Tods im Gesetz.

Um die berechtigte Schutzpflicht zu erfüllen und die nötige Rechtssicherheit zu gewährleisten, braucht es zwar klare Kriterien, aber keine Definition. Anstelle einer Definition des Tods würden dem Stand der Wissenschaft entsprechende, für die Praxis taugliche Kriterien ausreichen. Als Voraussetzung für die Organentnahme müssten diese festlegen, zu welchem Zeitpunkt der Mensch unbestrittenermassen für tot erklärt werden darf.

Im Bezug auf den Anspruch an die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung («Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse» [Häfelin und Haller 2001, S. 99 - 100]) sind in Anbetracht der Umstrittenheit ebenfalls Zweifel angebracht.

Die vorgebrachten Argumente für die Festlegung einer Todesdefinition halten dem allseits anerkannten Grundsatz, nur so viel zu regeln wie nötig, nicht stand. Damit ist der Anspruch an die Gesetzgebung, nur das festzulegen, was nötig ist, nicht erfüllt. Mit der Festlegung einer Definition des Tods ist das Prinzip des «geringstmöglichen Eingriffs» (Häfelin und Haller 2001, S. 99 - 100) verletzt.

Das Argument, es gebe nur einen Tod, und der müsse für alle gleich sein, hält den Einwänden nicht stand. Meiner Ansicht nach wäre es für das Verständnis hilfreicher und sachlicher, auf die unnachsichtige, nicht hinreichend begründete Aussage, es gebe nur einen Tod und das sei der Hirntod, zu verzichten. Stattdessen sollte der Tod als «Tod nach Herzstillstand» beziehungsweise «Tod durch irreversiblen Zusammenbruch der Hirnfunktion» definiert werden. Damit wäre der Transplantationsmedizin vermutlich mehr gedient.

Bei der Festlegung einer Definition des Tods handelt es sich um eine Herausforderung, der mit rein naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nur ungenügend Rechnung getragen wird. Deshalb sollte sich der Gesetzgeber auf eine minimal erforderliche Regelung beschränken.

Die Auseinandersetzung mit der Frage, ob es ethisch gerechtfertigt sei, im Transplantationsgesetz eine allgemein gültige Todesdefinition zu verankern, hat aufgezeigt, dass ein gewisser gesellschaftlicher Reflektions- und Verständigungsbedarf über das Wesen des Tods und die Vorstellungen davon, besteht.

Literaturverzeichnis

Albert, F.Walter. / Land, Walter; Zwierlein, Eduard (1994): „*Transplantationsmedizin und Ethik - Auf dem Weg zu einem gesellschaftlichen Konsens*“, D-Lengrich, Pabst Sience Publishers, 205 Seiten

Angstwurm Heinz, (1995): „*Ärztliche Aussagen zum Tod als rechtliche und politische Frage*“, in: „Organentnahme und Transplantation. Im Spannungsfeld zwischen Ethik und Gesetz“, Fachtagung der LpB in Zusammenarbeit mit dem Justizministerium Baden-Württemberg, Seite 51-54

Angstwurm, Heinz (2003): „*Der Hirntod aus ärztlicher Sicht*“, in: Becchi, Paolo / Bondolfi, Alberto / Kostka, Ulrike / Seelmann, Kurt (Hg): „Ethik und Recht: Hirntod und Organspende“, Band 1, NFP 46, Basel, Schwabe Verlag, Seite 27-33

Bellanger, Silke / Steinbrecher, Aline / Tröhler, Ulrich (2003): „*Neue Unsicherheiten des Todes – Diskussion um den Hirntod in der Schweiz in den 1960er Jahren*“, in: Bondolfi, Alberto / Kostka, Ulrike / Seelmann, Kurt (Hg): „Hirntod und Organspende – Ethik und Recht – Ethique et droit – Ethics and Law – Etica e diritto““, Band 1, NFP 46, Basel, Schwabe Verlag, Seite 11-25

Birnbacher, Dieter (1994), „*Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren*“, in: Hoff, Johannes / In der Schmitt, Jürgen (Hg.), Reinbek bei Hamburg, Rowolt, Seite 28-40

Birnbacher, Dieter (1997) „*Fünf Bedingungen für eine akzeptables Todeskriterium*“ in: Ach, Johann S. (Hg): „Hirntod und Organverpflanzung. Ethische, medizinische, psychologische und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin“, Stuttgart, Frommann Verlag, Seite 49-74

Birnbacher, Dieter (2006): „*Sterben gehört zum Leben*“ in Zeitschrift „Geist und Gehirn“, Heidelberg, Spektrum der Wissenschaft Verlagsgesellschaft, 12/2006, Seite 36-39

Bondolfi, Alberto / Kostka, Ulrike / Seelmann, Kurt (2003): „*Ethik und Recht: Hirntod und Organspende – Ethik und Recht – Ethique et droit – Ethics and Law – Etica e diritto*“ Band 1, NFP46, Basel, Schwabe Verlag, 259 Seiten

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), vom 12. September 2001, 270 Seiten

Brückner, Christian (2000): „*Das Personenrecht des ZGB*“, Zürich, Schulthess Verlag, Seite 21-32

Bundesamt für Justiz (2002): „*Gesetzgebungslaufbahn*“
http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_legistik/ref_gesetzgebungsleitfaden.html 465 Seiten (letzter Zugriff: 22.12.2006)

Bundesamt für Justiz (BJ); Brief ans BAG zu Todeskriterien im ZGB, Februar 2004

Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), vom 8. Oktober 2004

Bundesrat zu Interpellation 06.3148 (2006): „Offene Fragen zur Definition von Tod“, http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4713/226349/d_n_4713_226349_226948.htm (letzter Zugriff: 29.12.2006)

Choron, Jacques (1967): „Der Tod im Abendländischen Denken“ Stuttgart, Ernst Klett Verlag, 225 Seiten

Condrau, Gion (1984): „Der Mensch und sein Tod – certa moriendi condicio“, Zürich und Einsiedeln, Benziger Verlag, 512 Seiten

Däuber-Gmelin, Herta (19. April 1996): „Spende, Entnahme und Übertragung von Organen“, Bundestag-Plenarprotokoll 13/99 vom 19.04.1996, S. 8817–8853, Bonn, http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/drucksache/plenarprotokoll_13_99.htm (letzter Zugriff: 19.1.2007)

Forstmoser, Peter (2003): *Einführung in das Recht*“, dritte neu bearbeitete Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 578 Seiten

Geisler, Linus (1995): „Der Hirntod ist eine Phase im Sterben und damit Teil des Lebens“ Frankfurter Rundschau, 24.02.1995, aus: http://www.linus-geisler.de/artikel/9502fr_hirntod.html

Guillod, Olivier (1999) : „Définition de la mort et prélèvement d’Organes – Aspects Constitutionnels - Gutachten, Institut de droit de la santé (IDS)“, Université Neuchâtel, 32 Seiten

Häfelin, Ulrich/Haller Walter (2001), „Schweizerisches Bundesstaatsrecht“ Zürich, Schulthess Verlag, 655 Seiten

Härle, Wilfried (2006): „Sterben gehört zum Leben“ in Zeitschrift „Geist und Gehirn“, Heidelberg, Spektrum der Wissenschaft Verlagsgesellschaft, 12/2006, Seite 36-39

Höfling, Wolfgang / Rixen, Stephan (1996): „Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin“, J.C.B. Mohr, Tübingen, 126 Seiten

Höfling, Wolfram (2003): „Todesverständnis und Verfassungsrecht“ in: Bondolfi, Alberto / Kostka, Ulrike / Seelmann, Kurt (Hg): „Ethik und Recht: Hirntod und Organspende“, Band 1, NFP 46, Basel, Schwabe Verlag, Seite 81-90

Holzniekemper, Thomas (2005): „Organspende und Transplantation und ihre Rezension in der Ethik der abrahamitischen Religionen“, Reihe: Ethik in der Praxis/Studien, Bd. 20, Münster, Lit Verlag, 240 Seiten

Husebo, Stein / Klaschik, Eberhard (2003): „Palliativmedizin“, Heidelberg New York Berlin, Springer, 3. Auflage, 350 Seiten

Jonas, Hans (1985): „Technik, Medizin und Ethik“, Frankfurt am Main, Inselverlag, 323 Seiten

Jörns, Klaus-Peter: „*Die theoretische Basis der heutigen Organtransplantationspraxis stellt wissenschaftstheoretisch, anthropologisch und ethisch eine Grenzüberschreitung dar*“, Thesen zur Anhörung vor der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin des Deutschen Bundestages am 6. November 2000 in Berlin. 6 Seiten

Kesselring, Annemarie / Kainz Martina (2003) „*Organentnahme und Organspende: Erfahrungen von Pflegenden*“ in Bondolfi, Alberto / Kostka, Ulrike / Seelmann, Kurt (Hg): „*Hirntod und Organspende – Ethik und Recht – Ethique et droit – Ethics and Law – Etica e diritto*“ Band 1, NFP46, Basel, Schwabe Verlag, Seite 139 - 148

Kurthen, Martin (1995), „*Begriffliche Probleme des Hirntodes*“ in „*Dokumente - Organentnahme und Transplantation. Im Spannungsfeld zwischen Ethik und Gesetz*“, Fachtagung der LpB in Zusammenarbeit mit dem Justizministerium Baden-Württemberg, S. 55-58

Matsuo, Mitsumasa (2003): „*Hirntod und Personenbegriff*“, in Kawaguchi, Hirokazu / Seelmann, Kurt „*Rechtliche und ethische Fragen in einem unterkulturellen Vergleich*“. ARSP Beiheft Nr. 86, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Wiesbaden GmbH, Franz Steiner Verlag, S. 83-92

Morin, Edgar (1951) in: Jacques Choron (Hg.): „*Der Tod im abendländischen Denken*“, Stuttgart, Ernst Klett Verlag, 1976, 335 Seiten

Schöning, Rolf (1996), „*Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts*“, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 338 Seiten

Schuhmacher, Bernard N. (2004): „*Der Tod in der Philosophie der Gegenwart*“, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 294 Seiten

Schweizer, Rainer J. (2003) „*Überlegungen zur gesetzlichen Todesdefinition im Zusammenhang mit Organspenden*“, in: Kawaguchi, Hirokazu / Seelmann, Kurt (Hg.): „*Rechtliche und ethische Fragen in einem unterkulturellen Vergleich*“. ARSP Beiheft Nr. 86, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Wiesbaden GmbH, Franz Steiner Verlag, Seite 93-105

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 [Stand am 20. Juni 2006]), 184 Seiten

Stoecker, Ralf (1999): „*Der Hirntod. Ein medizinethisches Problem und seine moralphilosophische Transformation*“, München, Alber Praktische Philosophie, Band 59, 358 Seiten

Tröndle, Herbert (1999), „*Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz*“, in „*Antworten auf Grundfragen, Ausgewählte Beiträge eines Strafrechtskommentators aus drei Jahrzehnten*“, aus: http://www.initiative-kaeo.de/Rechtliche_Bedeutung.htm#o8 (letzter Zugriff: 29.12.2006)

Vollmann, Johannes (1999): „*Ethische Probleme des Hirntodes in der Transplantationsmedizin*“, Medizin Ethik 11, Stuttgart, Gustav Fischer, 116 Seiten

Zwierlein, Eduard (1994): „*Organtransplantation und Hirntod*“ in: Albert, F.Walter. / Land, Walter; Zwierlein, Eduard „*Transplantationsmedizin und Ethik - Auf dem Weg zu einem gesellschaftlichen Konsens*“, D-Lengrich, Pabst Science Publishers, Seite 185-204

Abkürzungsverzeichnis

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Inkrafttreten: 3. September 1953)
RL	Richtlinien
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand 19. Dezember 2006)
TG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004
WHO	World Health Organisation
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 27. Dezember 2005)