

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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