

Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge

PETER BREITSCHMID (Prof.Dr.iur., Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt Zivilgesetzbuch, Universität Zürich, peter.breitschmid@rwi.uzh.ch), unter Mitarbeit von ISABEL MATT, lic.iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl

A. Einleitende Aspekte

1 „Zivilrechtliche Streifzüge“ zu Organspende, Sektion und Bestattung bedeuten, sich mit Fragen aus dem

- *Personenrecht* (Urteilsfähigkeit, Persönlichkeitsschutz, insbesondere in typischerweise höchstpersönlichen, nicht vertretbaren Belangen, Anfang und Ende des Lebens; Verwandtschaft),
- *Familienrecht* (konkreter Inhalt familienrechtlicher Verbindungen; vormundschafts-/erwachsenenschutzrechtliche Ordnung der Vertretungsbedürftigkeit in gesundheitlichen/biographischen Grenzsituationen),
- *Erbrecht* (Abgrenzung zu den vermögensrechtlichen Aspekten des Todes),
- *Sachenrecht* (rechtliche Qualifikation dessen, was nicht mehr Mensch und dennoch nicht Sache ist; Grenzen der Nutzbarkeit alles irgendwie Nutzbaren),
- *Vertragsrecht* (Sittlichkeit, rechtliche Grenzen, Willensmängel und Übervorteilung bei Vereinbarungen in Grenzbereichen des rechtlich Regelungsfähigen bzw. von Geschäften, die inhaltlich bedingt eine besondere Belastung unerfahrener Beteiligter bedeuten; Besonderheiten bei Verträgen, die besondere Gegenstände berühren: Regelung der Bestattung, Verkehr mit Organen und sonstiger biologischer Masse)

auseinandersetzen zu müssen. Das ist umfassend im gegebenen Rahmen ein Ding der Unmöglichkeit; Manches – z.B. im Zuge der Bestattung (Friedhofreglemente) und der Abrechnung todesnaher Leistungen (Krankenversicherung; Leichentransport; etwa auch Erbschaftsinventar und -steuerfragen) gehört denn auch zum öffentlichen Recht, und es orientieren sich die folgenden Ausführungen entsprechend nur um die im Titel angesprochenen konkreten Bereiche, die allerdings im Blickwinkel dieser je für sich heiklen verschiedenen zivilrechtlichen Grenzen zu sehen sind. Insgesamt aber betrifft der Tod uns alle und berührt praktisch alle Rechtsbereiche.

2 Prägendes Gemeinsames der Titelthemen ist (mit Ausnahme der Lebendorganspende) der **Tod** – trocken-*rechtlich* ein biographisch einschneidender, typischerweise einmaliger Vorgang, *menschlich* eine höchst emotionale Zäsur. Die Persönlichkeit – und damit das Mensch-Sein – endet nach Art. 31 ZGB mit dem Tod. Das Recht regelt allerdings eher den Tod (und auch diesbezüglich detailliert nur die zivilstandsregisterliche Bereinigung der Bevölkerungsstatistik und die vermögensrechtlichen Folgen im Erbrecht) als das Sterben. Das scheint nur auf den ersten Blick ökonomisch motiviert: Der Wirtschaftskreislauf bedingt eine Rechtsnachfolge in erblasserische Schulden und die Vermeidung von herrenlosem Gut, ebenso zum Schutz des Lebens eine Kontrolle, dass es beim Sterben mit rechten Dingen zugegangen ist, während im übrigen auch im Sterben die Privatheit des Lebens nachwirkt. Nach den einschlägigen Richtlinien der SAMW, die nunmehr in Art. 9 TxG¹ kodifiziert sind, versteht sich der Tod als Hirntod. Der Tod ist allerdings – wie alles im Leben – zunehmend „gestaltbarer“ geworden, obwohl sich Manches in diesem Bereich nach wie vor in einer etwas entrückten, tabuisierten Sphäre bewegt. Ars moriendi und Todesgrauen gehen Hand in Hand; Lebenskunst ist nicht notwendig Sterbenskunst, obwohl Sterben untrennbar zum Leben gehört. Gestaltungswille und Gestaltungsscheu berühren sich, und in der *pluralisierten, säkularisierten, ökonomisierten, individualisierten, industrialisierten, technisierten und professionalisierten Gesellschaft ist die Spannweite der gesellschaftlichen Wahrnehmung breiter* (und zugleich in ihren jeweiligen Extrempositionen unvereinbarer) geworden. Die „Einzigartigkeit“ des Todes macht alle in seinem Umfeld liegenden Belange zu einem Bereich besonderer emotionaler, ethischer, religiöser, politischer und auch rechtlicher Aufmerksamkeit. Das Thema berührt die „Grenze des Lebens“ und stellt an alle Vorgänge ganz besondere Voraussetzungen. So hängt die Gestaltungs- und Entscheidungsmöglichkeit in jedwelchen alltäglichen Belangen von der Urteilsfähigkeit ab (Art. 16 ZGB, z.B. auch Art. 12 f. TxG). *Je dringender und lebensprägender der Entscheid, je gefährlicher die Krankheit oder anstehende Behandlung ist, desto höher sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit* – und *desto geringer damit im Grunde die Entscheidungsautonomie* auch der selbstbestimmtesten Menschen.

3 **Lebenserwartung** und Tod berühren sich. Zunächst *erwarten die meisten Menschen etwas von ihrem Leben*. Das Ende zumindest der fassbaren irdischen Erwartungen ist dann der Tod. Teil der Erwartungen ist realistisch deshalb nicht nur Leben und Lebensqualität, sondern auch Leiden und Demenz. Eine Gesellschaft, in der regelmässig drei und mehr Generationen parallel leben, kann die Generationensolidarität nur mehr beschränkt familienintern regeln.

¹ TxG als inoffizielle Abkürzung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, SR 810.21.

Nicht nur Kinder-, sondern auch *Altersbetreuung ist deshalb zunehmend professionalisiert und industrialisiert*; das ist durchaus nicht abwertend zu verstehen: Wo Familie fehlt oder nicht ausreichend verfügbar ist, können emotional handelnde Fachpersonen in Institutionen durchaus menschliche Qualität schaffen – es ist dies geradezu Kern einer *Dienstleistungsgesellschaft*, der nicht die Bereitschaft fehlt, auch emotionale Dienstleistung einzukaufen (Erholung, Gesundheit), sondern die an auch ökonomische Grenzen der Delegierbarkeit stößt. Dienstleistung ist zeitintensiv, und das Sterben ist nur in der erbrechtlich-zivilstandsregisterlichen Sicht ein in einer logischen Sekunde ablaufender Vorgang, sondern oft betreuungsintensiver Prozess. Dass angesichts höherer Lebenserwartung und höherer Kadenz (in wirtschaftlicher, räumlicher, beruflicher Hinsicht und selbst im Patchwork der Beziehungen) rein *statistisch* „mehr“ zu „erwarten“ ist (auch Beziehungskrisen, gesundheitliche Beschwerden usf.), überrascht nicht. Dass höhere Lebenserwartung nicht zwangsläufig höhere Lebensqualität bedeutet, ist allerdings nicht ein Phänomen unserer Zeit: Demente Verläufe werden bereits im Märchen über die „*Lebenszeit*“ von den GEBRÜDERN GRIMM thematisiert². Da Recht allerdings ohnehin eher die düsteren Aspekte des menschlichen Daseins auszuleuchten hat, sind in diesem Bereich tatsächlich „märchenhafte“ Rechtsfragen noch offen ...

4 Die kontextuelle Einzigartigkeit des Gebiets zwingt, sich rechtlich mit ihm zu befassen. Indes werden sich in der soziokulturellen Breite der Gesellschaft kaum Lösungen ergeben, die einmütig getragen werden – zu **breit ist das Meinungsspektrum** (Ziff. 2), und es kann in letztlich höchstpersönlichen Belangen niemand entgegen seiner Überzeugung gezwungen werden. Die Situation ist in manchem der seinerzeitigen Diskussion um den Schwangerschaftsabbruch ähnlich. Dass sich kein breiter Konsens ergibt, dispensiert allerdings die Rechtsordnung nicht, sich der Fragen anzunehmen: Sie liegen an einer derart einschneidenden biographischen Wegmarke, dass sich das Recht nicht abwenden darf und Orientierung bieten muss – gerade dort, wo Zweifelhafes geschehen kann und oft (Ver-)Zweifelnde sich finden, ist das Recht gefordert. Zweifel lassen sich nicht mit Befehlen und Verboten, sondern nur durch Fragen und die Suche nach Antworten besänftigen. Eindeutige Antworten sind kaum möglich – eher ist eindeutig, dass in der zunehmend pluralistischen Welt *für verschiedene Individuen verschiedene Antworten richtig* sein können. „Recht“ ist also möglicherweise nicht alleinseligmachendes Abstraktum, hat eher orientierende als strikt-imperative Funktion und zwingt jene, die für sich eine weitere oder engere Position einnehmen, zu Respekt – anders lassen sich soziokulturelle und religiöse Divergenzen gar nicht re-

² Ab der 4. Auflage (1840) der Kinder- und Hausmärchen als Nr. 176.

pressionsfrei überbrücken. Zwingend ist allerdings, die relevanten Fragen zu stellen und gegebenenfalls zu beantworten – „Antworten“ schliesst dabei vor allem auch *individuelle Stellungnahme als Ausdruck eines Reflexionsprozesses* ein (wobei andererseits auch hier wie sonst in der Rechtsordnung „Schweigen“ nicht ohne Bedeutung ist, indem die „Schweigenden“ der „Mehrheitsmeinung“ zugezählt werden, mithin je nach Konzeption des Gesetzes Schweigen als Zustimmung oder Verweigerung gilt). Das ist nicht vorwurfsvoll gemeint – im Gegenteil ist zuzugeben, dass auf manche Frage weder individuell-konkret (persönlich) noch generell-abstrakt (rechtlich) ohne weiteres abschliessende Antworten möglich bzw. andere Meinungen falsch sind: Kontextuelle Rahmenbedingungen (technische und ökonomische Behandlungsmöglichkeiten) und subjektive Einstellung (etwa *altersabhängige* Beurteilung dessen, was „Lebensqualität“ sei) sind permanentem Wandel unterworfen. Das würde zu kontinuierlicher Reflexion und Stellungnahme zwingen.

5 Man muss sich allerdings bewusst sein, dass vermögens-/erbrechtliche **Testamente** eher **selten** sind (in weniger als einem Drittel aller Erbfälle – dies obwohl die familiären Lebensformen und die Biographien eines zunehmend längeren Lebens zunehmend vielfältiger geworden sind), und nur wenige dieser Willensäusserungen enthalten weit ausgreifende Anordnungen, sind aber gleichermassen Ausdruck der Eigentumsfreiheit wie persönlichkeitsrechtlich-emotionaler Anliegen. Auch *Vorsorgeaufträge* werden wohl kaum viel häufiger errichtet werden. Und kaum jemand, der weder Testament noch Vorsorgeauftrag oder Patientenverfügung ins Auge gefasst hat, wird sich mit einer *Organspende* in expliziter Form befassen, womit insgesamt *Passivität dominiert*. Passivität als Prinzip blockiert aber. Man tut allerdings wohl dieser schweigenden Mehrheit unrecht, wenn man sie ohne weiteres einfach als „stimmfaul“ taxiert: Schweigen und sich zu unterziehen muss nicht Abgestumpftheit und Desinteresse bedeuten, sondern kann auch *kluge Zurückhaltung* sein. Ist allenfalls nicht eine gar hohe Achtung des toten menschlichen Körpers und die Scheu, er könnte nach dem Tode noch einen altruistisch-nützlichen Zweck erfüllen, auch eine gewisse Selbstverliebtheit oder auch nur Scheu dem Tod gegenüber? Das Festhalten-Wollen an einer Autonomie und Bestimmungsfähigkeit, die es nach dem Tode so nicht mehr gibt?

6 Es mag eigentümlich anmuten, dass sich Juristen derart intimer Fragen wie etwa der Bestattung aus einer rechtlichen Perspektive annehmen. Indes ist Aufgabe von Recht, ordnend zu wirken, wo immer Grauzonen bestehen. Die „**Industrialisierung**“ und „**Ökonomisierung**“ (Ziff. 2) von Bereichen, die bislang „Unaussprechliches“ betreffen, hat zugenommen:

Grundsätzlich besteht ein „Markt“ für alles. Auch nach nationaler Rechtsordnung entkommerzialisierter Bereich wie **Organhandel** boomen; je reglementierter bzw. tabuisierter ein Markt ist, desto höher ist die Gewinnspanne und das Geschäftsinteresse auch eher zweifelhafter Marktteilnehmer. Prohibition individualisiert Gewinne und schädigt die Gemeinschaft, welche den Ethikverlust und (etwa bei Organkäufen in Drittwelt- und Schwellenländern) gesundheitliche Folgen zu ertragen hat. Dass der Tod am Übergang zum „Schattenreich“ steht, begünstigt „Graumarkt“-Anbieter ebenso wie der Umstand, dass Gesundheit (aber auch: Glück, Bequemlichkeit, das Vermeiden von Peinlichkeit usf.) praktisch unbezahlbar ist; es teuer zu erwerben bemühen sich sogar die weniger Kaufkräftigen, die öfter im rechtsgeschäftlichen Verkehr weniger gewandt und deshalb „dankbare“ Kunden von Schönheitschirurgen und Bestattungsunternehmern werden können – es handelt sich um typische Geschäfte im Anwendungsbereich „erhöhten Konsumentenschutzbedarfs“. Die Tendenz zu einer bewusst gepflegten, reflektierten Lebensform und einem entsprechenden Selbstbild schafft einen gewissen Druck, jenem Bild zu entsprechen, das man für sich auserkoren hat. Die Willensfreiheitsdebatte hat nicht geklärt und wird nicht klären, wie mit dem diffusen Willen jener umzugehen ist, die sich eher impulsiv oder passiv „Trends“ unterordnen als selbst bewusst Entschlüsse fällen. So wird konsumiert, bis hin zu den **Bestattungsformen**, wo sich *Bescheidenheit in Selbstverliebtheit, Machbarkeits- und Konsumwahn wandeln* kann – gewisse *Todesanzeigen* spiegeln die Bedeutung (welche? Nach deren eigener Wahrnehmung oder um der Wahrnehmung der Unterzeichnenden willen) der Genannten im schieren Flächen- bzw. Papierbedarf. *Sterbehilfe* kann unter diesen Rahmenbedingungen Rückzug in die Bescheidenheit, aber auch ultimativ-terminaler autonomer Gestaltungswille oder industrialisierte (Schein-)Bedürfnisbefriedigung sein – entsprechend boomt sie gerade in einer Zeit bewusst reflektierten *Lebenswillens*.

7 Unter diesen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen besteht durchaus die Gefahr, dass sich das **Missbrauchs- und Übervorteilungspotential** von *Verträgen in spezifisch gesundheitsbezogenen oder todesnahen Situation* auswirkt. Der Durchschnittskonsument ist gegen Haustürverkäufe und beim Konsumgüterleasing (letztlich Massengeschäften) geschützt; er kauft allerdings nur einmal im Leben ein Haus, tritt nur einmal in ein Heim ein und stirbt nur einmal. Auch wenn ein durchschnittliches Ehepaar in der Regel vier Elternteile begleitet, so haben doch auch Angehörige kaum die Erfahrung, welche in Stresssituationen (Behandlungswünsche; Belastung durch Betreuung von Angehörigen bei Heimeintritt Dementer;

Todesfall) einen „coolen“ Umgang mit zwar nicht gänzlich unerwarteten, letztlich aber doch bei konkreter Konfrontation emotional irritierenden Abläufen gewährleistet.³

B. Der menschliche Körper als Gegenstand und Grenze des Rechts

8 Nur ausnahmsweise und erst in jüngster Zeit befasst sich das Recht näher mit dem menschlichen Körper. Klassisch dienen rechtliche Normen dem *Schutz* des Körpers (der Gesundheit, der Unversehrtheit und des Lebens – typischerweise strafrechtlich geschützt). Über den Körper oder Teile davon (rechtsgeschäftlich) zu verfügen, gilt indes als tabu: der *Körper ist keine (gewöhnliche) Sache*; und wollte man ihn als Sache betrachten, so wäre sie nicht verkehrsfähig. Dementsprechend *fehlt* es an *Regeln* über die Sachqualität des Körpers oder auch seiner Teile; einzig im Bereich der *Gentechnik* (Fortpflanzungsmedizin usw.) finden sich punktuelle Regeln, die indes kaum verallgemeinerungsfähig sind, zwar die zurückhaltende Perspektive festschreiben, jedoch in erster Linie die „Züchtung“ unterbinden sollen.

Die allgemeine Kommerzialisierung, der Trend zur Vermarktung auch der Persönlichkeit und damit die letztlich **geldwerte Funktion des menschlichen Körpers** (der bei physischer Tätigkeit ja auch „Arbeitskraft“, bei einem Model oder Sportler „Betriebskapital“ ist) hat indes zugenommen: „Die Verkommerzialisierung der Intimsphäre gilt längst nicht mehr grundsätzlich als sittenwidrig.“⁴ Kann nicht mit der Keule der Sittenwidrigkeit die Diskussion der Frage ausgeblendet werden, so muss diskutiert werden, wie die Kommerzialisierung herkömmlich nicht kommerzieller Belange rechtlich geordnet werden soll – unabhängig davon, ob einem dabei wohl ist.⁵ Mutmasslich stehen wir auch in diesem Bereich – wie regelmässig bei der rechtlichen Erfassung neuer technischer Möglichkeiten und Risiken oder eines Kultur-

³ Ideal sind zuverlässige Ratgeber zu solchen Fragen, insbes. KARIN VON FLÜE.

⁴ Der Satz steht bei BRIGITTE HÜRLIMANN, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. Freiburg i.Ü. 2004, 163 bei Anm. 36.

⁵ Subjektiv-empirisch hatte der ältere der beiden Schreibenden als Gerichtsschreiber am Obergericht Zürich in seinem ersten Entscheid als Referent zu prüfen, ob der Mietvertrag zur Überlassung von Räumlichkeiten an eine Prostituierte zur Ausübung ihrer Tätigkeit wegen Unsittlichkeit nichtig (und damit der spezifische mietrechtliche Schutz zum vornherein nicht anwendbar) sei (OGer ZH 26.2.1985, SJZ 1986 264), und damals auf ROTHER, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung (AcP 1972, 498 ff., 508), hingewiesen: Wenn die (stets in Bewegung begriffene) Grenze der Sittlichkeit berührt oder überschritten wird, ist das Recht erst recht gefordert und darf nicht rechtsfreie Räume mit zweifelhaften eigenen Ordnungsmechanismen entstehen lassen. Das dürfte weiterhin die Losung sein, weshalb ein pakistanischer oder moldawischer Kläger, der vor schweizerischem Heimatgericht des Empfängers einer Niere auf Zahlung der vereinbarten Entschädigung für das Organ klagt, wohl (ganz abgesehen von IPR-Überlegungen: massgeblich dürfte nicht schweizerisches, sondern das Recht am Ort der massgeblichen Leistung sein, Art. 117 IPRG) nicht mit dem Argument abgespiesen werden dürfte, der Vertrag sei unsittlich oder rechtswidrig; der Satz, es sei *in pari turpitudine melior causa possidentis*, scheidet, weil eben keine gleichartige „Schlechtigkeit“ vorliegt, sondern die klar schwächere Partei zu schützen ist.

und Mentalitätswandels der Gesellschaft – vor einer gewissen Neuorientierung und Rejustierung herkömmlicher, an sich bewährter, aber eben doch tendenziell abzulösender Dogmen. Heikel wird die Abwägung sein, wie weit individuelle und wie weit fachlich-ethische Entscheide geboten und zulässig sind.

9 So lang der **menschliche Körper** „Tabuzone“ war, hatte sich die rechtliche Befassung mit ihm weitgehend erübrigt. Schon immer allerdings war der menschliche Körper Gegenstand ökonomischer Beziehungen, angefangen beim „ältesten Gewerbe“ über frühe schamanische Behandlungsmethoden bis hin zum heutigen *life design* in persönlicher oder *human enhancement* in physisch-psychischer Hinsicht⁶. Zwar ist es Aufgabe der *Kunst*, durch Provokation zum (Über-)Denken anzuregen; ob allerdings ein (künstlerisch?) tätowierter Rücken⁷ Dekor oder Provokation sei (und was der Zweck des einen oder andern wäre), entzieht sich dem Sachverstand der Autoren – was nichts daran ändert, dass solches existiert und damit durchaus Gegenstand rechtlicher Betrachtung zu sein hat⁸.

10 Ähnliches gilt für die **Sterbehilfe**. Schon das Leben ist eine Kunst – ebenso das Sterbenlassen. Kunst entzieht sich aber weitestgehend rechtlicher Regelung. Zwar war frühere Medizin in ihren Grenzbereichen zu schamanisch-theologischen Riten schon immer eher moralischer Trost als körperliche Gesundung. Das Öffnen der Fenster, damit die Seele eines Schwerkranken leichter entschweben kann, wäre in technisch-heutiger Betrachtung Gefährdung des Lebens mit absehbarer Todesfolge, nämlich das Herbeiführen einer Lungenentzündung. Vielleicht aber ist es auch eine „natürliche“ Massnahme – Lüften des Raums –, die nach damaliger wie heutiger Sitte Sinn *und* Risiko einschliesst, ohne dass daraus gleich ein rechtlicher Tatbestand konstruiert werden darf.⁹ Aus herkömmlicher Sicht einer technisierten Medizin ist der menschliche Tod allerdings Versagen der Technik und nicht natürlich-unvermeidliches Ereignis¹⁰. Dieses Denken, verbunden mit Bedenken wegen allfälliger haft-

⁶ Strassenbahnwerbung in Zürich: „*design your life*“ – ob nicht eher das Leben zu nützen wäre, um gutes Design zu entwerfen statt nur am Leben herumzudesignen? – An welchem Punkt *Human Enhancement* „kippt“ und nicht mehr gesundes Ausschöpfen des persönlichen Potentials (dafür war bislang kein Fachjargon erforderlich), sondern „tunen“ unter Ausreizen natürlicher Grenzen ist, kann hier nicht thematisiert werden.

⁷ *Tages-Anzeiger* 5.1.2010 S. 31: „Mein Rücken löst sich von mir“ – Der Zürcher TIM STEINER lebt als Kunstwerk: Er hat seinen Rücken für 80'000 Franken verkauft“.

⁸ Es wäre im Streitfall im Lichte von Art. 27 ZGB zu klären, ob sich ein Mensch, dessen Haut Kunstwerk ist, gültig verpflichten kann, über Wochen als Kunstobjekt in einer Ausstellung zu verharren. Da es sich dabei jedoch um ein künstlerisches und damit durch die Kunstfreiheit gedecktes Projekt handelt, ist ein Rechtfertigungsgrund wohl so lange gegeben, als der Mensch das Kunstobjekt auf dem Stuhl zu halten vermag ...

⁹ Das Tatbestandsmerkmal „*skrupellos*“ von Art. 129 StGB dürfte in der Regel eher nicht vorliegen, und nicht jeder nachmalige Erbe, der lüftet, fällt danach unter Art. 540 ZGB.

¹⁰ Zu den Auswirkungen dieses Denkens auf die *erbrechtlichen* Bezüge s. PETER BREITSCHMID, Standort und Zukunft des Erbrechts, successio 2009, 176 ff., 177-181.

pflichtrechtlicher Weiterungen, erschwert einen unbefangenen Umgang mit dem uns ohnehin nicht vertrauten Tod. Ein mittlerweile etabliertes Verständnis für die *palliativen Aspekte medizinischer Behandlung* hat die Problematik allerdings entschärft: *Sterbenlassendürfen als Behandlung* und nicht als Versagen zu definieren, sichert einen *kontinuierlichen Behandlungsverlauf*. Der Tod ist nicht das Versagen der Behandlung, sondern deren natürliches Ende – Körper(liches) los(zu)lassen ist nur materiell gesehen profan, aber Bestimmung des Menschen. Loslassen bedeutet aber nicht fallenlassen – gelassenes Loslassen braucht Zeit, während eine ihrerseits technisch-effiziente Sterbehilfe vor allem rasch zu wirken hat und gerade darin unsere Zeit abbildet, die auch dem Sterbeprozess und jenem der Verarbeitung des Todes kaum Zeit zugestehen mag.

So häufig wie der Wunsch nach Sterbehilfe dürfte jener nach *Maximalbehandlung* sein – für die lebenslang bezahlten hohen Krankenversicherungsprämien wird Einsatz bis zum Letzten gefordert. Im Spektrum dieser oft auch ambivalent vorgetragenen Anliegen ist das Austarieren der für den *konkreten* Patienten in der *momentanen* Befindlichkeit *richtigen* Behandlungsschiene öfter Navigieren im Nebel – jedenfalls aber persönliches Empfinden und nicht rechtliche Norm.

11 Dass man sein **Leben „design“** und nicht einfach nur Mikro-Zahnradchen im Gewimmel der *grande complication* des menschlichen Ameisenstaats sein möchte, mag das seelische Befinden beglücken, kompliziert aber zugleich das Dasein nicht unbeträchtlich, weil schon das Leben und danach die Krankheit aus einer rein „technischen“, gestaltbaren Perspektive angegangen wird. Solche Haltung gibt aber auch dem Körper und der *Kommerzialisierbarkeit von Körperlichem und des Körpers eine andere Perspektive*. Während vor zwanzig Jahren die **Todesanzeigen** sich in Typographie, Grösse und Wortwahl noch ähnelten wie Rekruten nach dreiwöchigem Drill, kann heute die Suche nach Originalität und Individualität zum belastenden Bemühen werden. Die Anerkennung unentziehbarer **Individualrechte** war wichtiger und unumkehrbarer Schritt der menschlich-kulturell-rechtlichen Entwicklung – ob aber *dranghafte Individualität* um jeden Preis in jeder Situation zwingend gelebt werden müsse, ist eine Frage, die zu stellen sich bisweilen lohnen könnte. Besteht ein *Druck* zu Individualität, ist sie nicht individuell, sondern *modischer Zwang* – die Entwicklung einfach nur „geschehen“ zu lassen, kann der menschlichere, natürlichere und insofern individuellere, auch seinerseits reflektierte Entscheid sein, der geringere Zweifel über die Urteilsfähigkeit¹¹ auslöst als hektischer gestalterischer Aktivismus.

¹¹ Dazu bereits vorne in der Einleitung und sogleich unter C.2.

12 Das **Recht** schafft zunehmend **weitere Optionen**, um Anordnungen über die Gesundheit und damit letztlich auch den Körper zu treffen, ohne dass damit aber der Tod wirklich planbar würde: *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. nZGB), *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. nZGB) und die Regeln über die *Vertretung bei medizinischen Massnahmen* (Art. 377 ff. nZGB) haben gemeinsam, dass zukünftige, nicht genau umrissene, zwar befürchtete, aber eher verdrängte Themen angesprochen und Vorkehren für einen Fall getroffen werden, dessen *in der biographischen Ferne* liegenden weiteren Begleitumstände (dannzumalige Lebensphase und Beziehungsstruktur; wirtschaftliche Rahmenverhältnisse, nicht nur im privaten Rahmen, sondern auch bezogen auf die Leistungsfähigkeit des Krankenversicherungssystems; Stand der Behandlungsmethoden und ihrer jeweiligen Risiken, usf.) realistisch eigentlich *nicht absehbar* sind. Etwas apodiktisch formuliert werden *nicht delegationsfähige höchstpersönliche Entscheide* zu einem *noch nicht absehbaren Themenbereich* getroffen, es werden *zukünftige* und damit notwendig *unbestimmte* Sachverhalte geregelt¹². Ob dies *Selbstbestimmung oder Selbstaufgabe* sei, hängt von den Umständen ab (objektiver, solider Informationsstand der Erklärungsurhebers; Tragweite der anstehenden Behandlung; Entwicklung der Rahmenbedingungen zwischen der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung sowie dem Zeitpunkt der Umsetzung). Im künftigen Alltag wird man damit zu leben haben, dass trotz der scheinbar gewonnen gesetzlichen Absicherung ein statisch nicht in jedem Fall tragfähiger Untergrund bestehen wird. Diese Feststellung ist keinesfalls als Kritik am System, sondern als *Warnhinweis gegen schematischen Umgang mit den künftigen Instrumenten* zu verstehen.

C. Organspende

1. Allgemeines

13 Die **Organentnahme nach dem Tod** des potentiellen Spenders ist zulässig, wenn dieser der Entnahme vor seinem Tod zugestimmt hat und sein Tod festgestellt worden ist (Art. 8 Abs. 1 TxG). Findet sich keine diesbezügliche Erklärung des Verstorbenen, so ist die Organentnahme dennoch zulässig, wenn die nächsten Angehörigen ihr zustimmen, wobei sie sich bei ihrer Entscheidung am mutmasslichen Willen des Verstorbenen zu orientieren haben

¹² Ohne dass hier auf Einzelheiten eingegangen werden könnte, sei auf die *obligationenrechtliche* Kontrolle um den (Grundlagen-)Irrtum über künftige Sachverhalte hingewiesen; s. statt aller etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band I, 9. A. 2008, Rz 795 ff.

(Art. 8 Abs. 3 TxG).¹³ Es gilt aktuell die sog. erweiterte Zustimmungslösung.¹⁴ Gemäss Abs. 3 von Art. 8 TxG kann eine Spendenerklärung abgeben, wer das 16. Lebensjahr vollendet hat. Der Vorteil einer Anknüpfung an eine feste Altersgrenze, im Gegensatz zur Anknüpfung an die Urteilsfähigkeit, liegt darin, dass im Einzelfall nicht geprüft werden muss, ob der Erklärende über die nötigen Verstandes- und Willenseigenschaften verfügt, um eine solche Entscheidung treffen zu können.¹⁵

14 Einer **lebenden Person** dürfen dagegen nur Organe (Gewebe oder Zellen) entnommen werden, wenn sie urteilsfähig und mündig ist, über den Eingriff umfassend informiert wurde und diesem (frei und schriftlich) zugestimmt hat, ihr Leben oder ihre Gesundheit durch die Entnahme nicht ernsthaft gefährdet wird und der Empfänger mit keiner anderen therapeutischen Methode von vergleichbarem Nutzen behandelt werden kann (Art. 12 TxG). Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Lebendspender mit dem Empfänger verwandt ist.¹⁶ Urteilsunfähigen und unmündigen Personen dürfen keine Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden (Art. 13 Abs. 1 TxG); Ausnahmen können unter strengen Voraussetzungen bzgl. der Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen gestattet werden (Art. 13 Abs. 2 TxG).¹⁷

¹³ Der Begriff der Angehörigen geht dabei über den der Verwandt- und Schwägerschaft i.S.v. Art. 20 f. ZGB hinaus. Als nächste Angehörige gelten gemäss Art. 3 TxV der Ehegatte, eingetragene Partner oder Lebenspartner (lit. a), die Kinder, Eltern und Geschwister (lit. b) sowie die Grosseltern und Grosskinder (lit. c) des Verstorbenen, wie auch andere Personen, die ihm nahe stehen bzw. nahe standen (lit. d).

¹⁴ Botschaft TxG, BBl 2002 139. S. aber zum *früheren* Rechtszustand den *seinerzeitigen leading case* BGE 98 Ia 508 – man wird jener andern Sicht und Würdigung *nicht* vorhalten können, sie sei *unethisch* gewesen, und *Österreich* folgt noch immer der *Widerspruchslösung*.

¹⁵ Botschaft TxG, BBl 2002 139 f. Dennoch setzt die Wirksamkeit der postmortalen Spende Verfügung voraus, dass der Verstorbene über die nötige Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf die Spende verfügt hat, diesbezüglich also urteilsfähig war, TAG 185. Die Altersgrenze deckt sich mit der Religionsmündigkeit (Art. 303 Abs. 3 ZGB); beide Limiten könnten wohl im Interesse der Autonomie Unmündiger tiefer gelegt werden: Mit einem bestimmten Krankheitsbild vertraute Unmündige können sich durchaus sowohl über die Krankheit wie deren Behandlung (BGE 134 II 235, „chute sur le coccyx lors d’un cours de gymnastique“: Statt der Schmerzen des manuellen, alternativmedizinischen osteopathischen Eingriffs wäre eine zwar längere Schmerzphase zu erdulden gewesen, mit mittelfristig aber gleichem Ergebnis, nämlich Heilung; in dieser Situation war die *13jährige* Tochter durchaus urteilsfähig bezüglich der Wahl der letztlich gleichwertigen Behandlungsmethoden, und es war ihr als Patientin auch durchaus vorstellbar, was die Folgen der Nichtbehandlung gewesen wären, nämlich Fortdauer jener Schmerzen, an denen sie gelitten hatte), und damit auch über die mögliche Todesfolge und damit verbundene Aspekte eine Meinung zu bilden.

¹⁶ So lässt beispielsweise § 8 Abs. 1 des deutschen Transplantationsgesetzes die Lebend-Organ spende nur zu, wenn sie einem Verwandten ersten oder zweiten Grades, dem Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner, dem Verlobten oder einer anderen Person, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe steht, zukommen soll. Die *Abhängigkeit innerhalb einer Familie* kann allerdings grösseres Risiko sein als der Altruismus des aufgeklärten Spenders (s. den Kontext mit Anm. 21; BREITSCHMID, FS Rey, 17 mit Nw. in Anm. 28): Familiäre Beziehungen können kaum thematisierte eigene Hierarchien oder latente Spannungen bergen, und es darf auch die aus befürchtetem „Liebesentzug“ resultierende Drucksituation nicht unterschätzt werden.

¹⁷ Dem Wortlaut des Gesetzes nach müssen die Voraussetzungen von lit. a-f sowie i *kumulativ* und lit. g und h *alternativ* gegeben sein.

2. *Urteilsfähigkeit des Lebendspenders i.S.v. Art. 12 lit. a TxG i.V.m. Art. 16 ZGB*

15 Urteilsfähig ist jeder, dem nicht infolge seines Alters oder eines Schwächezustandes die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln abgesprochen werden muss (Art. 16 ZGB). Die **Urteilsfähigkeit** setzt sich folglich aus zwei Elementen zusammen: der Fähigkeit, Sinn, Nutzen und Wirkungen einer Handlung einzusehen und abzuwägen (intellektuelles Moment) und der Fähigkeit, gemäss dieser Einsicht und aus freiem Willen zu handeln (Willensmoment).¹⁸ Sie ist relativ, d.h. sie kann nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Handlung beurteilt werden. Zwar ist die Urteilsfähigkeit auf den Geisteszustand des Handelnden abzustützen, doch nimmt sie nicht auf ihn, sondern auf das Rechtsgeschäft, dessen Rechtswirksamkeit zweifelhaft ist, Bezug.¹⁹ Je nach Komplexität und Tragweite dieser Handlung bzw. dem Schutzbedürfnis des Handelnden sind unterschiedlich strenge Anforderungen an dessen Vernunft, Bewusstsein und Entschlusskraft zu stellen.²⁰ „Die Lebendspenderin oder der Lebendspender muss demnach die Tragweite des Eingriffs und dessen Folgen und Risiken abschätzen können. Da der Entscheid für eine Lebendspende eine gewisse Reife voraussetzt, wird die Mündigkeit als weitere Entnahmeveraussetzung vorgeschrieben. Lebendspenden von Nieren werden oftmals zwischen Familienangehörigen vorgenommen. Dabei besteht die Gefahr, dass ein Familienmitglied, das als spendende Person in Frage käme, bezüglich seiner Entscheidung psychisch unter Druck gerät und Schwierigkeiten hat, eine Lebendspende abzulehnen. Eine mündige Person kann mit einer solchen Situation in der Regel besser umgehen, als eine unmündige Person, die noch in grösserem Masse von der Familie abhängig ist.“²¹ Die Urteilsfähigkeit mündiger Personen wird vermutet, sofern nicht Geisteskrankheit, -schwäche oder Trunkenheit offenkundig sind.²²

16 Einer **urteilsunfähigen** Person können nur regenerierbare Gewebe oder Zellen, jedoch niemals Organe entnommen werden (Art. 13 Abs. 2 TxG). Es dürfen keinerlei Anzeichen vorhanden sein, dass sie sich einer Entnahme widersetzen würde (Art. 13 Abs. 2 lit. h TxG); zudem ist sie soweit als möglich in das Informations- und Zustimmungsverfahren einzubeziehen (Art. 13 Abs. 3 TxG; vgl. analog die Ordnung von Art. 3 ff., insb. Art. 7 Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1).

¹⁸ BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 3.

¹⁹ BUCHER, Art. 16 N 87 f.

²⁰ BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 35.

²¹ Botschaft TxG, BBl 2002 144 f. Mündig ist gemäss Art. 14 ZGB, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

²² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER § 6 N 06.54 ff., TAG 187.

3. *Information und Zustimmung des Spenders (Art. 12 lit. b TxG)*

17 Eine Organ-, Zell- oder Gewebeentnahme darf gemäss Art. 12 lit. b TxG bei einer lebenden, urteilsfähigen Person nur erfolgen, wenn sie umfassend über den Eingriff informiert wurde und diesem frei und schriftlich zugestimmt hat.²³ Der Umfang der Aufklärung lässt sich Art. 9 TxV entnehmen.²⁴

18 In Zusammenhang mit operativen Eingriffen allgemeiner Art wurde der Begriff des „**informed consent**“ geprägt. Demnach muss der Patient von seinem Arzt einerseits über eine Heilbehandlung hinreichend aufgeklärt werden, in einem weiteren Schritt ist seine Einwilligung nötig, damit der Mediziner ihn behandeln darf. Allerdings schaltet die Information über Risiken und Alternativen das aleatorische Element und die Relevanz prädisponierender Faktoren ebenso wenig aus, wie das Wissen um die statistische Aussichtlosigkeit des Gewinns den Loskauf hindert – Emotion und Hoffnung überwiegen über die ratio. Die Information kann den Entscheid sogar eher erschweren als erleichtern – die patiententypische Rückfrage nach der statistischen Relevanz der aufgezeigten Risiken dient eher der eigenen Beruhigung („selten“ bedeutet hier, dass es im konkreten, eigenen Fall nicht relevant sei) als einem aufgeklärten Entscheid: Faktisch besteht die (wenig attraktive) *Alternative* meist darin, das *Risiko entweder akzeptieren zu müssen oder aber Nichtvornahme des Eingriffs zu akzeptieren* – man wird hier nicht wirklich von Wahlfreiheit sprechen können. Da ja auch der behandelnde Arzt letztlich keine Gewissheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit in Aussicht stellen kann, bezieht sich die Informationslage nur auf Kenntnis des Risikos, aber nicht ohne weiteres auf eine ausgewogene Informationslage und eine gereifte Entscheidungsfindung des Patienten. Wird nun ein Patient urteilsunfähig und soll er sich trotzdem einer Heilbehandlung unterziehen, treten so genannte „*Willenssurrogate*“ anstelle der Einwilligung des Patienten.²⁵ In Zusammenhang mit Organtransplantationen ist ein Abstellen auf Willenssurrogate im Falle der Urteilsunfähigkeit des potentiellen Spenders jedoch aufgrund von Art. 13 Abs. 1 TxG nicht

²³ Gemäss der Botschaft zum TxG (BBl 2002 145) hat „[...] der Lebendspender [...] das Recht, vor der Entnahme umfassend informiert zu werden über deren Zweck und Art, über deren Folgen und Risiken sowie den Grad der Dringlichkeit des Eingriffs bei der Empfängerin oder beim Empfänger und die Erfolgsaussichten der Transplantation. Die Information muss so präzise wie möglich und in einer verständlichen Sprache erfolgen.“

²⁴ So muss der Lebendspender des Weiteren über die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit sowie die Strafbarkeit der entgeltlichen Spende (lit. b), die Kurz- und Langzeitriskiken für seine Gesundheit, die voraussichtliche Dauer des Spitalaufenthalts sowie den Grad einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit (lit. d) und sein Recht, die Spende ohne Angabe von Gründen abzulehnen und eine bereits erfolgte Einwilligung zu widerrufen (lit. i), aufgeklärt werden.

²⁵ Zu denken ist an vormundschaftliche Massnahmen, ein Abstellen auf den mutmasslichen Willen des Patienten und die Ergündung seiner objektiven Interessen.

gestattet²⁶. Organe (und nicht regenerierbare Gewebe oder Zellen) dürfen dem Urteilsunfähigen auch dann nicht entnommen werden, wenn es seinem mutmasslichen Willen entsprochen hätte. Bei der ausnahmsweise zulässigen Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen ist der mutmassliche Wille der urteilsunfähigen Person aber stets zu beachten; die Entnahme darf nur stattfinden, wenn keine Anzeichen vorhanden sind, dass sie sich einer Entnahme widersetzen würde (Art. 13 Abs. 2 lit. h TxG, s. vorne).

19 Das Erfordernis der *freien* Zustimmung ist erfüllt, wenn dem potentiellen Spender im Anschluss an die Aufklärung eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird, innert der er ohne Einflussnahme und Druck seine Entscheidung fällen kann.²⁷ Die Einwilligung in eine (allgemeine) Persönlichkeitsverletzung hat frei zu erfolgen, was der Fall ist, wenn der Betroffene urteilsfähig ist, über die Verletzung aufgeklärt wurde und seine Zustimmung zu ihrer Vornahme freiwillig, d.h. frei von Beeinflussung durch Dritte, erteilt.²⁸ Nicht frei ist sie immer dann, wenn sie unter Einfluss einer Drohung (vgl. Art. 29 f. OR) abgegeben wird, wobei unter einer Drohung das Inaussichtstellen eines Übels zu verstehen ist, das vom Bedrohten ernst genommen wird, wodurch er in Furcht gerät.²⁹ In Zusammenhang mit der Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung kommt den Art. 29 f. OR aber keine eigenständige Bedeutung zu, da der Schutz, den das Kriterium der freien Einwilligung bietet, als umfassend zu qualifizieren ist.³⁰ Dasselbe muss für die freie Zustimmung nach Art. 12 lit. b TxG gelten. Nicht frei ist die Zustimmung sodann in Fällen, in denen der zukünftige Spender durch einseitige Information in seiner Willensbildung beeinflusst wird. Aus diesem Grund gebietet das Gesetz die umfassende Aufklärung des zukünftigen Spenders. Er darf jedoch auch bei umfassender Information nicht durch die Art und Weise der Informationsvermittlung in eine bestimmte Richtung „geschubst“ werden.³¹ – Wie mithin solche Umschreibungen auch immer lauten: Es wird kaum gelingen, objektiv die besondere Spannungslage zu erfassen, welche Entscheiden über körper- und damit persönlichkeitsnahe Fragen der hier diskutierten Dimension anhaftet. Das soll nicht das Vorgehen an sich in Frage stellen, aber anmahnen, sich nicht

²⁶ Die Wertungsdiskrepanz zum Sterilisationsgesetz (Ziff. 16) ist aus ethischer Sicht wohl nicht restlos zwingend: die „Fremdnützigkeit“ (Verhinderung der Geburt eines Kindes, für welches die Eltern nicht sorgen können, bzw. die Organspende an einen Dritten) prägt *beide* Fälle; ob der Organverlust oder der Verlust der Fähigkeit zur Fortpflanzung einschneidender sei, hängt von den Umständen ab; befürwortet man Organspende an sich (was Grundlage des TxG ist), so erscheint die Spende eine Niere an ein Geschwister als durchaus möglich, bei gleichen Anforderungen an die Aufklärung wie bei Sterilisation.

²⁷ Botschaft TxG, BBl 2002 145.

²⁸ HAAS 254.

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID § 7 N 875.

³⁰ HAAS 256.

³¹ HAAS 257.

hinter Floskeln und finessenreich formulierten Formularen zu verstecken und dabei die zutiefst menschliche und bisweilen irritierende Dimension des Themas zu übersehen.

4. *Keine Entgeltlichkeit der Organspende*

20 Die **Unentgeltlichkeit der Organspende** ist in Art. 119a BV verankert. Als Folge hiervon verbietet Art. 6 Abs. 1 TxG für die Organ-, Gewebe- oder Zellspende einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen³²; Zuwiderhandlungen werden mit Gefängnis (= Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren) oder mit Busse bis zu 200'000 Franken bestraft (sofern keine schwerere Straftat nach StGB vorliegt, Art. 69 Abs. 1 lit. a TxG).³³ Der Vorteilsbegriff ist in einem weiten Sinn zu verstehen; er umfasst unmittelbare und mittelbare sowie immaterielle Vorteile, deren Inhalt objektiv messbar ist und die beim Empfänger eine (irgendwie geartete) Besserstellung bewirken.³⁴ Unter sich nahe stehenden Personen ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die *Beziehungsstruktur* als solche gestärkt wird oder Zustimmung psychisch erzwingt – damit kann die Angst verbunden sein, *Beziehungsverlust* (als Folge der Krankheit oder auch eines *möglichen Liebesentzugs*) erdulden zu müssen.

21 Der **Kommerzialisierung** des menschlichen Körpers soll durch die Unentgeltlichkeit der Organspende, die Kriterienstellung für eine gerechte Organallokation (Art. 119a Abs. 2 BV, Art. 16 ff. TxG) und das Verbot des Organhandels (Art. 119a Abs. 3 BV) gemäss der bundesrätlichen Botschaft zum TxG Einhalt geboten werden.³⁵ Die Gesundheit des lebenden potentiellen Spenders soll geschützt werden vor absichtlicher Gefährdung aus rein wirtschaftlichen Motiven, aber auch Angehörige einer Verstorbenen Person sollen nicht durch eine Organspende finanzielle Vorteile erlangen. „Bei der Spende von Organen, Geweben oder Zellen soll die Absicht des Helfens das Verhalten der Spenderin oder des Spenders bestimmen und nicht finanzielle Anreize.“³⁶ Neben der *Gesundheit* des Spenders wird die *Menschenwürde* und die *Persönlichkeit* geschützt (Art. 119a Abs. 1 BV; Art. 1 Abs. 3 TxG) – gleichzeitig ermöglicht die Spende aber Menschsein und Würde des Empfängers. Des Weiteren verbietet

³² Nicht als finanzieller Gewinn oder anderer Vorteil gelten der Ersatz des Erwerbsausfalls und des unmittelbar durch die Transplantation entstehenden Aufwands und Schadens, eine auf die Transplantation folgende symbolische Geste der Dankbarkeit sowie die Überkreuz-Lebenspende (Art. 6 Abs. 2 TxG).

³³ Art. 69 Abs. 1 TxG sieht eine Reihe weiterer strafbarer Handlungen in Zusammenhang mit Transplantationen vor. Wird die Tat gewerbsmässig begangen, so erhöht sich der Strafrahmen auf Gefängnis von bis zu fünf Jahren oder Busse von bis zu 500'000 Franken (Art. 69 Abs. 2 TxG). In Art. 70 TxG werden sodann die weniger gravierenden Delikte in Zusammenhang mit Transplantationen geregelt.

³⁴ TAG 181.

³⁵ Botschaft TxG, BBl 2002 67 ff.

³⁶ Botschaft TxG, BBl 2002 137.

Art. 7 Abs. 1 TxG den **Handel** mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von ihr ausgehend (lit. a). In lit. b der Bestimmung wird festgehalten, dass durch Entgelt oder Vorteilsgewährung erworbene Organe nicht entnommen oder transplantiert werden dürfen. Der Begriff „Handel“ erfasst unterschiedlichste Handlungen, so „[...] das Beschaffen oder Vermitteln der ”Ware“, deren Übernahme, der Transport, die Übergabe an andere Personen usw., mit Einschluss aller Verhandlungen, die dabei zu führen sind. Handel treibt, wer Geschäfte dieser Art abschliesst oder abzuschliessen beabsichtigt. Zum Begriff des Handeltreibens gehört, dass der oder die Handelnde mit dem Verhalten einen eigenen Vorteil (z. B. einen materiellen Gewinn) verfolgt.“³⁷ Die in Art. 7 Abs. 1 lit. b TxG gewählte Formulierung ist insofern unglücklich, als dass noch mit dem Menschen verbundene Organe, Gewebe oder Zellen nicht erst erworben und dann entnommen werden können.³⁸ Die Sachqualität noch mit dem Menschen verbundener Körperteile ist zu verneinen, weshalb sie auch nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein können.³⁹

a) **Kritik an der zwingenden Unentgeltlichkeit**

22 In der Lehre stösst die **zwingende Unentgeltlichkeit** der Organtransplantation teilweise auf **Kritik** – so wie die Vorstellung der Entgeltlichkeit ihrerseits kritisiert wird (lit. b). So wird vorgebracht, jeder Mensch könne frei über seine Gesundheit verfügen und letztlich in eine (Selbst-)Schädigung einwilligen (ob Todeswunsch/Sterbehilfe oder Organverlust schwerer wiege, lässt sich kaum entscheiden: die haftpflichtrechtlichen Folgen für Tötung können „geringer“ sein als für körperliche Schädigung). Durch die zwingend unentgeltliche Organspende schränke der Gesetzgeber daher die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen gravierend ein, bevormunde den Bürger geradezu.⁴⁰

23 Die Frage, inwiefern das menschliche Leben Gegenstand von Rechtsgeschäften sein darf, ist auch in der aktuellen Debatte bezüglich der **Regelung organisierter Sterbehilfe** von Bedeutung. Zwar steht jedermann aufgrund der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) das Recht

³⁷ Botschaft TxG, BBl 2002 138. Verstösse gegen dieses Verbot werden mit Gefängnis (Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren) oder mit Busse bis zu Fr. 200'000 bestraft (Art. 69 Abs. 1 lit. b TxG).

³⁸ So auch TAG 182.

³⁹ REY N 101 f.

⁴⁰ SCHROEDER 172.

Hiergegen wird vorgebracht, dass das „[...] Verbot bestimmter Weisen, mit dem eigenen Leib bzw. seinen Bestandteilen umzugehen, [...] ethisch legitim sein [könne], wenn diese Weisen ein Selbstverhältnis und –verständnis zum Ausdruck bringen, welches wir als Gemeinschaft nicht wollen.“ Die Grenzen der Selbstverfügung über den eigenen Körper müssen auf jeden Fall bestehen bleiben, QUANT 194. Des Weiteren wird argumentiert, das Selbstbestimmungsrecht sehr armer Menschen werde durch einen legalen Organhandel zusätzlich beschränkt, ihnen werde gerade die Möglichkeit, nicht zu verkaufen, genommen, BILLER-ANDORNO, NZZ, 77.

zu, frei über die Beendigung seines Lebens (allenfalls unter Mithilfe Dritter) zu entscheiden.⁴¹ Doch darf die Suizidhilfe, wie auch die Organspende und -entnahme, niemals kommerzielle Tätigkeit sein.⁴² „Es ist angesichts des Wertes des menschlichen Lebens eine Güterabwägung vorzunehmen. Das Gesuch einer Person allein kann nicht genügen, Suizidhilfe zu rechtfertigen. Wenn es darum geht, in einem Bereich, der das menschliche Leben berührt, gesetzgebend tätig zu werden, müssen unbedingt mehrere Werte berücksichtigt werden, wie das Interesse der sterbewilligen Person, aber auch die persönliche Verantwortung der Ärztin oder des Arztes und die Pflicht der Gesellschaft, den Schutz des Lebens weiter zu garantieren.“⁴³

24 Des Weiteren weist SCHROEDER darauf hin, dass das Argument des Gesundheitsschutzes vor dem Hintergrund, dass gerade Menschen in sehr armen Ländern durch den Verkauf eines Organs (z.B. einer Niere) ein Ausstieg aus der **Armut** ermöglicht und ihre Lebenserwartung dadurch erhöht werden könnte, nahezu zynisch wirkt.⁴⁴ Dass durch das in Aussicht stellen einer Bezahlung für eine Organspende beim potentiellen Spender ein Zwang zur Spende hervorgerufen und ihm letztlich ein Schaden zugefügt werden könnte, wird von KLIEMT vehement bestritten. Wer ein Geldangebot annimmt, zeigt mit der Annahme nicht zugleich, dass er zwanghaft handelt. „Die Auffassung, dass das Angebot von Geldzahlungen generell zu zwanghaften, geradezu reflexartigen Annahmen von Angeboten führt, ist nicht plausibel.“⁴⁵

⁴¹ Suizidhelfer dürfen nicht aktiv den Todeseintritt bewirken. So hat das OGer ZH kürzlich einen 45-jährigen Mann zu sechs Jahren Freiheitsstrafe wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt, weil er seine 27-jährige Ehefrau, die unter dem Einfluss einer grossen Menge Schlaftabletten stand, in einem Zürcher Hotelzimmer mit dem Gürtel eines Bademantels strangulierte; anschliessend schnitt er sich die Pulsadern auf. Als Motiv nannte der Mann den Wunsch nach einem neuen und schöneren Leben im Jenseits, den er mit seiner Frau teilte, weshalb sie den gemeinsamen Freitod planten und auszuführen versuchten, NZZ 02.12.2009 Nr. 280. S. 19.

⁴² Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die organisierte Suizidhilfe, 18. – Je nach der finanziellen Situation eines Suizidhelfers (z.B. eines empathisch hoch befähigten, aber arbeitslosen Jungakademikers) dürften aber zehn jährliche Pauschalen à CHF 500 eine nicht zu verachtende Lebensqualitätssteigerung ermöglichen; die Frage, wo sich Spesenersatz und Unentgeltlichkeit stören, wird nie generell-abstrakt-nominell geklärt werden können.

⁴³ Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die organisierte Suizidhilfe, 19.

⁴⁴ SCHROEDER 174. Seiner Ansicht nach beruhigt Westeuropa „[...] sein moralisches Gewissen, indem es den Armen den Verkauf von Bestandteilen ihres Körpers verbietet.“ Dagegen wendet QUANTE (193) ein, Hilfe durch Organkauf stelle eine unangemessene ethische Reaktion dar; es bestehe eine allgemeine ethische Verpflichtung, Menschen aus unwürdigen Lebensumständen zu befreien, ohne dass hierfür eine Gegenleistung verlangt werden dürfe, ähnlich PFEIFFER 140 f., die sich auch gegen eine bloss partielle Zulassung des Organhandels ausspricht. – Die Unterschiedlichkeit der Betrachtungen dürfte stark auch durch die sehr verschiedenen „Rechnungseinheiten“ (sogleich Anm. 45) geprägt sein: Jegliche Spende ist auch selbstnützig (es bereitet Freude, zu geben), doch setzt Altruismus voraus, dass man existieren kann; auch das *Spendenwesen* beruht zwar *nicht auf einem nominellen Synallagma, aber auf einem fairen Austausch*.

⁴⁵ KLIEMT 100. – Störend ist nicht so sehr, dass ein *wertvolles Gut einen Preis* hat, als der Umstand, dass aufgrund *enormer Kaufkraftunterschiede* bei fast kostenloser Mobilität der wohlhabenden potentiellen Empfänger diese zu einem (aus ihrer Sicht, bezogen auf ihre Kaufkraft und den Wert, den sie ihrer Gesundheit beimessen) sehr günstigen Preis zu einem Organ kommen, während die Spender zwar einen für ihre Verhältnisse scheinbar hohen, aber nur einmaligen Vermögensvorteil erlangen, der ihre Nachversorgung auf vergleichbarem,

25 Fraglich ist auch, ob die Möglichkeit der entgeltlichen Organspende nicht geeignet wäre, der **konstanten Knappheit von Spendeorganen** entgegenzuwirken. In der Schweiz fanden sich im Jahr 2008 lediglich 11.8 postmortale und 16.8 lebende Organspender pro Million Einwohner pro Jahr⁴⁶, ein im europäischen Vergleich sehr tiefer Wert.⁴⁷ Die Wartelisten für eine Organspende sind lang und immer wieder sterben Menschen, weil das für sie lebensnotwendige Organ nicht in ausreichender Menge und daher rechtzeitig zur Verfügung steht.⁴⁸ Ein Entgelt an den Lebendspender, aber auch den postmortalen Spender⁴⁹, könnte die Spendebereitschaft in der Bevölkerung erhöhen.⁵⁰

26 Neben den medizinischen Erfolgen ist eine **Organtransplantation auch aus ökonomischer Sicht effizient**. So ist eine Nierentransplantation erheblich kostengünstiger als eine jahrelange Hämodialyse. Dies gilt auch für andere Transplantationsarten (beispielsweise Herz- oder Lebertransplantation).⁵¹ Fraglich ist, ob nicht ein Teil dieser Ersparnisse dem Organgeber bzw. bei postmortaler Organabgabe den Angehörigen des Spenders zugute kommen sollte.⁵² Zu denken wäre bei der Lebendspende beispielsweise an eine Reduktion der Krankenkassenkosten des Spenders, bei der postmortalen Organspende an eine solche derjenigen der nächsten Angehörigen – obwohl natürlich einzuräumen ist, dass ein Erbschaftssteuerabatt zu Gunsten der Erben – als Folge des häufig sehr ausgeprägten „Steuersparinstinkts“ – letztlich nicht moralisches, sondern eigentlich amoralisches Handeln (nämlich Tätigwerden

fairem Standard nicht zu sichern vermag (BREITSCHMID, FS Rey, 19) – es müsste nicht nominell, aber bezüglich der Qualität der gesundheitlichen Versorgung bei Drittweltspenden ein Synallagma angestrebt werden.

⁴⁶ Swisstransplant-Jahresbericht 2008, abrufbar auf <http://www.swisstransplant.ch/11/organspende-organ-transplantation-zuteilung-koordination-warteliste-statistiken.php> (zuletzt besucht am 30.11.2009).

⁴⁷ Im Jahr 2004 lag der Wert der postmortalen Organspender noch bei 12.6. Vgl. hierzu SEILER/BISCHOFF/NETT/CANDINAS 143 sowie Abbildung 1, 144. Ähnlich tief waren die Werte in Deutschland, Schweden, Grossbritannien und den Niederlanden. In Spanien dagegen kamen auf eine Million Einwohner 34 Organspender, in Irland, Österreich (mit Widerspruchs- statt Zustimmungslösung) und Portugal immerhin noch 22 und in Belgien, Frankreich und Italien noch 21. – Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass die *Religion* einen *Einfluss* auf die Organspendebereitschaft der Menschen haben kann. Im Buddhismus und Hinduismus gilt die Organspende als grösste Möglichkeit, Verdienste für das nächste Leben zu erlangen, PFEIFFER 122.

⁴⁸ So standen nach Angaben des Bundesamtes für Gesundheit im Jahr 2007 870 Personen auf der Warteliste, 50 von ihnen (5.7%) verstarben, 436 Organtransplantationen wurden vorgenommen, d.h. 50.1% der Wartenden erhielt das benötigte Organ. <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00692/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 30.11.2009).

⁴⁹ Gemeint ist nicht, dass die Angehörigen des Verstorbenen dessen Organe meistbietend verkaufen, sondern dass der Verstorbene selber sich zu seinen Lebzeiten für eine Spende entscheidet, um seinen Angehörigen nach seinem Tod einen finanziellen Vorteil zukommen zu lassen.

⁵⁰ Wenn die Ärzteschaft den Organmangel mit nackten Konsumanreizen fördern will (So offenbar ein australischer Nephrologe: „*Ein neues Auto für eine Niere*“, Spiegel 20/2008 S. 148) weckt dies allerdings grösste Bedenken: Haltbarkeit, Nutzungsdauer und existentielle Bedeutung von Niere und Blech divergieren doch in beträchtlichem Mass!

⁵¹ SEILER/BISCHOFF/NETT/CANDINAS 143.

⁵² SCHROEDER 175.

zwecks Steuerminimierung) auslöst. Im Gegensatz zu Barauszahlung würde ein Entgegenkommen bei den eigenen Gesundheitsaufwendungen des Spenders weniger der Anschein eines *Organverkaufs* erweckt.

27 Die Gefahr, dass Menschen, bedingt durch ihre **Armut** oder gar ihren Glauben zu leichten Opfern **skrupelloser Organhändler** werden, darf aber nicht ausser Acht gelassen werden.⁵³ Schutz vor solch kriminellen Machenschaften bieten auf internationaler Ebene v.a. das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, das am 15. November 2000 in New York abgeschlossen und für die Schweiz am 26. November 2006 in Kraft getreten ist⁵⁴ sowie die Konvention des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels, die von der Schweiz zwar unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert wurde.⁵⁵ Fraglich ist, ob die kriminellen Machenschaften auf dem zweifellos bestehenden Organmarkt nicht dadurch bekämpft werden könnten, dass das (international) geltende Organhandelsverbot aufgehoben würde.⁵⁶ Dies vor dem Hintergrund, dass auch die Unentgeltlichkeit der Organspende nicht garantieren kann, dass der potentielle Spender seinen (Spende-)Entschluss frei und wohlüberlegt fällt, sich nicht durch das Leid von Angehörigen oder sogar Drittpersonen beeindrucken lässt und seine langfristigen Interessen ausklammert.⁵⁷

b) Kritik an Ökonomisierung der Organspende

28 Die **Gegner einer entgeltlichen Organspende** gehen soweit, diese als „[...] Förderung der schlimmsten Form der Prostitution [...] zu bezeichnen.“⁵⁸ Ein „fairer Organmarkt“

⁵³ PFEIFFER vertritt die Ansicht, dass, wer den „Organtourismus“ als Form der Entwicklungshilfe zulassen will, ebenfalls den Sextourismus, beispielsweise in Thailand, als eine solche betrachten muss. Ihrer Ansicht nach ist diese Form der Entwicklungshilfe moralisch keinesfalls vertretbar, PFEIFFER 122. S. auch den Beitrag „Auf dem Organmarkt“, NZZ Online 02.12.2006, <http://www.nzz.ch/2006/12/02/zf/kommentarEP4F7.html> (zuletzt besucht am 16.12.2009).

⁵⁴ SR 0.311.542.

⁵⁵ Zum Stand der Unterzeichnung bzw. Ratifikation der Konvention s. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&DF=&CL=GER> (zuletzt besucht am 13.11.2009).

⁵⁶ So ist im Iran der Organhandel erlaubt; der Organverkauf wird von Nonprofit-Unternehmen abgewickelt, welche u.a. auch die Preise festlegen, NZZ Online 02.12.2006, <http://www.nzz.ch/2006/12/02/zf/kommentarEP4F7.html> (zuletzt besucht am 16.12.2009). Man wird sich allerdings vor Dramatisierung gleichermassen wie vor Idealisierung zu hüten haben: auch non-profit-Unternehmen können zweifelhaftes Geschäftsgebaren pflegen und Vehikel kommerzieller Interessen sein – entscheidend ist die unabhängige öffentliche Kontrolle.

⁵⁷ KLIEMT 101.

⁵⁸ PFEIFFER 123. Die Gegner mögen damit recht haben – das Problem ist, dass in solchen Fragen in einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft von verschiedenen Personen je mit durchaus nachvollziehbaren Argumenten zunehmend divergierende Positionen vertreten werden. Prostitution scheint zumindest einen Teil der

stelle eine Utopie dar, da Organhandel stets ein deutliches Wohlstandsgefälle voraussetze. Wer sich im Bedarfsfall selber eine Niere leisten könnte, würde aufgrund sozialer oder finanzieller Absicherung selber keine (mehr) verkaufen.⁵⁹ Der Organempfänger wäre gezwungen, sehr hohe Summen für ein Organ zu bezahlen, wobei sein Kaufentschluss nicht in seiner Person, sondern seinem Leiden wurzeln würde, der Verkäufer dagegen liefe Gefahr, sich durch den für ihn verlockenden Kaufpreis zu einer Organentnahme verleiten zu lassen.⁶⁰ Beobachtet man die Leihmutterzenerie in den USA und den entsprechenden Tourismus (es wäre hier eher von Menschen-, als von Organhandel zu sprechen, wenn solche Wortwahl nicht vielleicht doch zu makaber wäre), so scheint sich allerdings in einer aufgeklärt-säkularen, konsumgeprägten und konsumwilligen Gesellschaft bei Manchen eine Haltung abzuzeichnen, die ohne moralische Skrupel und letztlich von der Rechtsordnung kaum sanktionierbar ihr eigenes (ökonomisch gedachtes) „Gesetz“ macht; die Rechtsordnung tut sich damit einigermaßen schwer: Um des Kindeswohls willen sind Faktizitäten zu respektieren, die sich mit den gesetzgeberischen Vorstellungen nicht leicht vertragen, und zugleich scheint für Manche zu „funktionieren“, was die Ethik der Rechtsordnung verhindern möchte. Auch „Funktionieren“ ist eine Ethik, wenn auch auf bescheidener moralischer Grundlage – die entscheidende Frage aus einer sogenannten „höheren“ Warte ist, ob eine zwangsverordnete *andere* Ethik *besser* funktioniert, oder allenfalls zum Selbstzweck wird? Ethik wäre zwar zweckfrei um ihrer selbst willen zu wahren, gerät allerdings im ökonomisch dominierten Denken unter Druck und zieht sich möglicherweise besser auf einen breit getragenen und nicht allzu faulen Kompromiss zurück als überhaupt unterzugehen? Auch Ethik wandelt sich im Laufe der Zeit und der kontextuellen Bedingungen.

c) **Würdigung**

29 Die **Bedenken sind durchaus zutreffend**, *ohne* dass sie unseres Erachtens *alleinige* Gültigkeit und Durchschlagskraft haben: Manch einer wird in der Konsumwelt um anderer als

Unsittlichkeit eingebüsst zu haben (dazu vorne Anm. 4); ein nicht vernachlässigbarer Teil der Bevölkerung ist ihr gegenüber toleranter oder zumindest gleichgültiger eingestellt, zumindest wenn allzu negative Begleiterscheinungen – darunter wirtschaftliche Ausbeutung und Ausschaltung der Selbstbestimmung - minimiert werden; die Vermarktung des Körpers zu eigenem wirtschaftlichen Vorteil einerseits und gesundheitlicher (statt bloss sexueller) Befriedigung eines Empfangenden andererseits lässt sich von der bloss konsumierenden Prostitution zudem moralisch sinnvoll abgrenzen.

⁵⁹ BILLER-ANDORNO, NZZ, 77. Die altruistische Organspende wird völlig ausgeklammert, obwohl sie immer wieder, wenn auch nicht in der Mehrzahl der Fälle, erfolgt. Zur altruistischen Organspende s. SLAVENKA DRAKULIĆ, *Leben Spenden, Was Menschen dazu bewegt, Gutes zu tun*, Wien 2008. – Entscheidende Frage ist, ob (posthumer) Altruismus vermutet werden dürfe (Widerspruchslösung), was heute (bei breiter Kenntnis über den Nutzen posthumer Organentnahmen) eher bejaht werden kann als zur Zeit von BGE 98 Ia 508 (als das Thema noch weit überraschender war).

⁶⁰ PFEIFFER 137. Ihrer Meinung nach dient das (deutsche) Transplantationsgesetz daher dazu, der abstrakten Gefahr einer Korruption von Organspender und -empfänger entgegenzuwirken.

gesundheitlicher Gründe willen zu oft mehr als nur zweifelhaften Entschlüssen kommen – provokativ liesse sich fragen, ob nicht obligatorisch von Bungee-Jumpern und andern Risikosportlern die Zustimmung zur Organspende gefordert werden sollte? Ob nicht BAG und BASPO zu kooperieren hätten? Ob es ein nur eigennütziges Risiko um des Gaudi willen geben darf? – Gleichzeitig mit einer abschottenden Betrachtung der eigenen Person und Persönlichkeit tendiert die Konsumwelt dazu, auch Gesundheitsbehandlung in fast süchtigem Masse anzustreben. In nicht allzu ferner Zeit könnte sich die Frage stellen, ob Organe um nackter existentieller Gründe oder bloss um des Lifestyle willen benötigt werden; während im einen Fall Unentgeltlichkeit plausibel zu verfechten ist, kann im andern Bereich mit Fug über eine Abgeltung diskutiert werden – heikel ist allerdings die Grenzziehung. Schwierig (da „stechend“) ist das Argument des Wohlstandsgefälles, das sich zwischen den Ländern, aber auch innerhalb der Länder tendenziell verstärkt. Ökonomische Diskrepanzsituationen sind allerdings (innerhalb einer gewissen Bandbreite) unvermeidlich – wir verfügen physisch, (epi-)genetisch, sozial, kulturell und rein aufgrund des geographischen Zufalls unserer Geburt über unterschiedliche Chancen, und wir machen alle aus unseren Chancen auch Unterschiedliches. Ist Entscheidungsfreiheit gewahrt und die unbeeinflusste Willensbildung gewährleistet (was – bei Lichte betrachtet – beides eher nur ausnahmsweise der Fall sein dürfte, vorne Ziff. 18 f.), so wäre eine verantwortete Kommerzialisierung wohl unschädlicher als die Prohibition, welche schattenwirtschaftliche Kommerzialisierungsexzesse fördert.

30 Nicht vergessen werden darf nämlich, dass der (wenn nicht legale so doch geduldete) „*Organtourismus*“ gewissermassen zu einer Verlagerung der Organknappheit von den westlichen Ländern in die Entwicklungsländer führt⁶¹. So warten beispielsweise in China offiziellen Angaben zufolge zwei Millionen Menschen auf eine Organtransplantation; legal werden aber jährlich nur 20'000 Eingriffe vorgenommen, d.h. lediglich ein Prozent der Wartenden erhält das (u.U. lebenswichtige) Organ. Gleichzeitig werden Ausländern für hohe Summen Organe eingepflanzt.⁶² Das 2007 erlassene Gesetz zur Kontrolle von Transplantationen, durch das jede Form des Organhandels verboten wird, scheint nicht an der Vornahme solcher Eingriffe zu hindern, obwohl es u.a. vorsieht, dass Ausländer nur noch in Ausnahmefällen chinesische Organe erhalten sollen.⁶³

⁶¹ S. dazu schon vorne Anm. 44 f.

⁶² <http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/asien-und-ozeanien/In-China-blueht-der-Organhandel-fuer-reiche-Auslaender/story/31753536> (zuletzt besucht am 13.11.2009).

⁶³ NZZ Online 08.04.2007, <http://www.nzz.ch/2007/04/08/al/articleF30EG.html> (zuletzt besucht am 13.11.2009).

5. Form der Zustimmung zur Organspende

31 Soll eine postmortale Organentnahme vorgenommen werden, so muss der Verstorbene zu seinen Lebzeiten seine Zustimmung diesbezüglich abgegeben haben, wobei diese Zustimmung an **keine bestimmte Form** gebunden ist (Art. 8 TxG).⁶⁴ Möglich ist es, den Spendewillen auf einer Spendekarte (Spendebereitschaft, allenfalls Einschränkung auf gewisse Organe) oder mittels einer Patientenverfügung⁶⁵ festzuhalten. – Auf den ersten Blick mag erstaunen, dass die *persönlichkeitsrechtlichen* Anordnungen *geringeren Formanforderungen* zu genügen haben als die *vermögensrechtlichen*;⁶⁶ im Abstellen auf die *blosse Beweisbarkeit* liegt allerdings auch ein *Gültigkeitsprivileg*, das sich wegen der höheren Emotionalität gegenüber der geschäftlich-wirtschaftlich-ökonomischen Strenge rechtfertigt und traditionelle Gründe hat.

32 Eine **testamentarische** Verfügung über Organe ist grundsätzlich zwar möglich, *scheitert faktisch* aber daran, dass Organe unmittelbar nach dem Todeseintritt entnommen werden müssen. Gemäss Art. 10 Abs. 3 TxG i.V.m. 8 TxV dürfen nach dem Tod des Patienten lediglich während 72 Stunden vorbereitende medizinische Massnahmen, die der Erhaltung von Organen, Geweben oder Zellen dienen, durchgeführt werden. Letztwillige Verfügungen von Todes wegen sind nach dem Tod des Erblassers zwar unverzüglich der zuständigen Behörde einzuliefern (Art. 556 Abs. 1 ZGB), eine Frist für die Einreichung gibt es aber nicht.⁶⁷ Das Testament muss sodann eröffnet werden (am letzten Wohnsitz des Erblassers, Art. 18 Abs. 2 GestG). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich noch nach kantonalem Prozessrecht, im Kanton Zürich ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig (§ 215 Ziff. 19 ZPO ZH). Dieses Verfahren dauert, wenn die Erbenermittlung keine Schwierigkeiten bereitet, ungefähr acht Wochen⁶⁸, eine Organentnahme ist dann nicht mehr möglich. Allerdings muss der im Testament festgehaltene Organspendewille des Verstorbenen auch ohne förmliche Testamentseröffnung Geltung erlangen, wenn er rechtzeitig, also innert 72 Stunden seit dem Tod

⁶⁴ Art. 8 Abs. 2 TxG bestimmt, dass in Fällen, in denen es an einer dokumentierten Zustimmung mangelt, bei den Angehörigen des Verstorbenen nachzufragen ist, ob eine Erklärung bzgl. der Spendebereitschaft bekannt ist.

⁶⁵ Die Patientenverfügung richtet sich an Ärzte und Pflegepersonal *oftmals* in Angesicht des Todes und der Urteilsunfähigkeit eines Sterbenden. Sie enthält Informationen zur Behandlungsablehnung betreffend Schmerzmedikation, künstlicher Ernährung, Reanimation und Intensivtherapie. Prinzipiell ist der Verfasser der Verfügung betreffend des Inhaltes frei. Es ist auch möglich, Angaben dazu zu machen, ob der Patient Untersuchungen zu Forschungszwecken, eine Organspende oder eine Obduktion ablehnt. Behandlungswünsche können eingebracht werden bis hin zur Maximalbehandlung, RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 214.

⁶⁶ Man beachte Art. 361nZGB („Testaments“-Form für den vermögensrechtlichen Vorsorgeauftrag) und Art. 371 nZGB (gewöhnliche Schriftlichkeit für die Patientenverfügung).

⁶⁷ BSK ZGB II-KARRER, Art. 556 N 3.

⁶⁸ [http://www.gerichte-zh.ch/ZRP/zuersch.nsf/0/5127176b8108a90cc1256c8f005a7075/\\$FILE/M_Eroeffnung.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/ZRP/zuersch.nsf/0/5127176b8108a90cc1256c8f005a7075/$FILE/M_Eroeffnung.pdf) (zuletzt besucht am 08.12.2009).

des Verfassers, zur Kenntnis genommen wird, da die Organspendeerklärung an keine bestimmte Form gebunden (Ziff. 31) und eben nicht vermögensrechtliches, (testaments-)eröffnungsbedürftiges Geschäft ist; selbst wenn mit der Spende ein geringfügiger Vermögensvorteil (z.B. im Sinne reduzierter Gesundheitskosten) verbunden wäre, würde sich diese Einschätzung nicht verändern, da der persönlichkeitsrechtliche Bezug klar dominiert.

33 Der urteilsfähige **Lebendspender** muss seine **Zustimmung schriftlich** abgeben (Art. 12 lit. b, Art. 13 Abs. 2 lit. g TxG); bei der Gewebe- oder Zellentnahme vom urteilsunfähigen Spender hat der gesetzliche Vertreter schriftlich zuzustimmen (Art. 13 Abs. 2 lit. f TxG). In Analogie zum Vertragsrecht ist die Zustimmungserklärung durch den Spender (oder eben dessen gesetzlichen Vertreter) grundsätzlich eigenhändig zu unterschreiben (Art. 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 OR).

6. *Exkurs: Körperspende*

34 Im Gegensatz zur Organspende wird bei der Körperspende der eigene Körper nach dem Tod vollumfänglich einer bestimmten Institution zur Verfügung gestellt, i.d.R. zu Forschungs- oder Ausbildungszwecken.⁶⁹ Die Spende erfolgt in Form einer letztwilligen Verfügung oder durch Vertrag, wobei i.d.R. ein vorgedrucktes Formular der Forschungs- bzw. Ausbildungsstätte zur Verfügung steht.⁷⁰ Die Hinterbliebenen werden durch den Willen des Verschiedenen gebunden, können somit die Körperspende nicht durch Geltendmachung der Verletzung ihrer Pietätsgefühle „torpedieren“. ⁷¹ Es besteht in diesem Punkt ein eindeutiger *Vorrang des Willens des Verstorbenen vor dem Willen seiner Angehörigen*; bis einschliesslich der Bestattung (auch der Bestattungsform: Erdbestattung oder Kremation, bzw. der vorgängigen Vorkehren um den Körper) haben die Anliegen des Verstorbenen die grössere Persönlichkeitsnähe.

⁶⁹ Vgl. zur Bedeutung, den Bedingungen, dem Ablauf und den Folgen der Körperspende die Informationsbroschüre des anatomischen Instituts der Universität Zürich, abrufbar unter <http://www.anatom.uzh.ch/Bodydonation.html> (zuletzt besucht am 13.11.2009).

⁷⁰ BÄR/KELLER-SUTTER 779. So ist beispielsweise auf der Homepage des anatomischen Instituts der Universität Zürich eine diesbezügliche letztwillige Verfügung abrufbar; http://www.anatom.uzh.ch/Bodydonation/2009_F_D.pdf (zuletzt besucht am 17.11.2009). Diese weist (u.a.) darauf hin, dass das anatomische Institut zwingend ein (unterschiedenes) Doppel der Verfügung erhalten muss, da die Körperspende ansonsten nicht angenommen werden kann. – Anzumerken ist, dass die *testamentarische Spende* „technisch“ *höchst unzweckmässig* ist (soeben Ziff. 5 mit Anm. 66), soweit nicht (in Analogie zu Art. 371 Abs. 2 nZGB) auf Versichertenkarte oder bei Einwohnerkontrolle etc. dieser Wunsch bekannt ist, ansonsten unwissend eine Kremation veranlasst werden kann. Testamentsform ist deshalb nicht erforderlich, da bei gegenleistungsloser Spende nicht über den geldwerten Nachlass, sondern über ideale Werte verfügt wird, was nicht vom Erbrecht erfasst ist.

⁷¹ BÄR/KELLER-SUTTER 779.

35 Für mehr Aufsehen in Zusammenhang mit der Körperspende sorgt seit über einem Jahrzehnt die Ausstellung „Körperwelten“, in der durch Plastination konservierte Leichen bei der „Vornahme“ alltäglicher Verrichtungen zur Schau gestellt werden. Sie soll nach der Intention ihres Gründers *Gunther von Hagens* der zeitgemässen Befriedigung der Sehnsucht nach Unsterblichkeit dienen⁷², und einen wichtigen Beitrag zur Ausbildung angehender Ärzte und zur medizinischen Aufklärung interessierter Laien darstellen.⁷³ Ob nicht vielmehr der Befriedigung menschlicher Sensationsgier gedient wird? Die Körperspende (zur Plastination) als einseitige Erklärung stellt selbstverständlich keinen Vertrag, sondern eine jederzeit (ohne Angabe von Gründen) widerrufbare, einseitig begünstigende Willensbekundung dar, welche bis anhin über 6000 Menschen unterzeichnet haben sollen.⁷⁴ Ist die Willensbekundung dem Adressaten zugegangen, ist wegen der höchstpersönlichen Natur des Geschäfts ein einseitiger Widerruf als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts dennoch weiterhin jederzeit möglich; wären Gegenleistungen für die Spendeerklärung erfolgt, wäre das Vorgehen bezüglich Rückabwicklung zu prüfen (mutmasslich dürfte es sich allerdings – die Hauptleistung wäre auf den Tod des Spenders gestellt gewesen – um einen formungültigen Erbvertrag gehandelt haben, soweit nicht die ursprüngliche Vereinbarung Erbvertragsform gewahrt hätte: das Beimessen eines materiellen Werts [Ausstellung, Ausbildung etc.] wendet sich hier zum Schutz des Spenders).

D. Sektion (Obduktion)

36 „Unter Obduktion [oder Sektion] versteht man die *lege artis* durchgeführte Leichenöffnung zur Erkennung von Krankheiten und der Todesursache.“⁷⁵ Die Obduktion ist im Ge-

⁷² VON HAGENS führt weiter aus, die christliche Bestattungszeremonie sei ebenfalls eine, seelenlastig und körperfremde, Körperspende. Die Körperspende zur Plastination dagegen gebe dem Körper seine Wertigkeit zurück, da der Mensch sich letztlich vor dem Sterben des Körpers und nicht dem der Seele fürchte. Inwiefern jedoch ein seelenloser Körper als *blosse Hülle* dem Verstorbenen oder seinen Angehörigen *als Menschen* nützt, erscheint überaus fraglich – ausser es läge die Substanz tatsächlich im rein Dekorativ-Äusserlichen, der Existenz nach Aussen und nicht der innern Substanz, welche die *Erinnerung* ausmacht.

⁷³ http://www.bodymobil.de/Downloads/Deutsch/KSP_Broschuere07_310308.pdf (zuletzt besucht am 17.11.2009).

⁷⁴ http://www.bodymobil.de/Downloads/Deutsch/KSP_Broschuere07_310308.pdf (zuletzt besucht am 17.11.2009). So haben allein in Zürich innerhalb der ersten zwei Monate nach Eröffnung der Ausstellung rund 20 Personen in eine Plastination ihres Körpers nach ihrem Tod eingewilligt, Tagesanzeiger vom 25.11.2009.

⁷⁵ BÄR/KELLER-SUTTER 774. Der physische Eingriff könnte in Zukunft abgelöst werden. So wird zur Zeit am Universitätsklinikum in Hamburg die Sektion mittels Computertomografie erprobt. Vorteil dieser Methode ist, gerade bei gewaltsamen Todesfällen, dass wertvolle Spuren nicht durch einen manuellen Eingriff in den Körper nachträglich vernichtet werden. Ihr Nachteil und zugleich der Grund, weshalb sie nicht bereits an anderen rechtsmedizinischen Instituten erprobt wird, liegt darin, dass der Preis einer solchen CT-Sektion diejenigen einer klassischen Leichenöffnung bei weitem übersteigen. Auch lassen sich noch nicht alle Todesursachen ohne physischen Eingriff erkennen (Der Spiegel 49/2009, S.52). Während das Kostenargument an Bedeutung verlieren wird (man erinnere sich an die Abstammungsuntersuchung durch DNA), ist auch eine solche *Virtopsie* persönlichkeitsrechtlich zustimmungsbedürftiger Eingriff – entscheidend ist nicht nur das physische Eindringen in den Körper, sondern das Gewinnen von Erkenntnissen über die verstorbene Person.

gensatz zur Transplantation nicht auf Ebene des Bundes, sondern der Kantone geregelt, im Kanton Zürich in den §§ 32 ff. des Patientinnen- und Patientengesetzes. Gemäss dessen § 32 Abs. 1 darf eine Obduktion nur vorgenommen werden, wenn der Verstorbene vor seinem Tod in sie eingewilligt hat und diesbezüglich urteilsfähig war. Liegt keine zustimmende oder ablehnende Erklärung vor, so sind zunächst seine Bezugspersonen über das Vorhandensein einer allfälligen Erklärung zu befragen. Ist auch ihnen keine diesbezügliche Erklärung bekannt, kann der gesetzliche Vertreter des Verstorbenen (wenn er unmündig oder entmündigt war) bzw. dessen Bezugsperson über die Obduktion entscheiden (§ 32 Abs. 2 PatientenG). Wie bei der Transplantation von Organen gilt also im Kanton ZH auch bzgl. Obduktionen die erweiterte Zustimmungslösung.⁷⁶ Im Kanton BS dagegen ist die erweiterte Widerspruchslösung gesetzlich verankert: die Obduktion kann vorgenommen werden, wenn der Verstorbene oder seine nächsten Angehörigen keine ablehnende Erklärung abgegeben haben bzw. abgeben (§ 13 Spitalgesetz).⁷⁷

37 Die **Rechtsnatur der menschlichen Leiche** ist umstritten. Gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB endet die Persönlichkeit im Zeitpunkt des Todes vollumfänglich.⁷⁸ Verstorbene kommen daher grundsätzlich nicht in den Genuss des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, jedoch ist das Pietätsgefühl der Angehörigen zu wahren.⁷⁹ So hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass den Angehörigen das Recht zukommt, Eingriffe des Staats am Leichnam zu verweigern; dieses Recht ist als subjektives Recht im eigentlichen Sinn zu qualifizieren. Es kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nicht dem Eigentumsrecht gleichgestellt werden, doch beinhaltet es eine gewisse Verfügungsbefugnis in Bezug auf den toten Körper.⁸⁰ Dass an der Leiche kein Eigentum begründet werden kann, ist unumstritten,⁸¹ ebenso, dass den (nahen) Angehörigen aufgrund der ihnen zukommenden Totenfürsorge ge-

⁷⁶ Die erweiterte Zustimmungslösung in Bezug auf Obduktion gilt u.a. auch in den Kantonen AI, AR, BE, BL, LU, NW, OW, SO, ZG.

⁷⁷ Ebenso die Kantone AG, SG, SH.

⁷⁸ S. auch BGE 129 I 302, 306 E. 1.2.1. Daher ist es beispielsweise nicht möglich, eine Obduktionsverfügung im Namen des Verstorbenen anzufechten.

⁷⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER § 2 N 02.22, § 10 N 10.27.

⁸⁰ BGE BGE 127 I 115, 123 E. 6b = Pra 90 (2001) Nr. 161. – S. zum Sinn der Obduktion für Angehörige SPLISGARDT 46 ff.; im gleichen Sinne dient die Obduktion auch der (posthumen) Persönlichkeit des Verstorbenen (a.a.O., 45 f.).

⁸¹ Diesbezüglich ist auf den Fall des verstorbenen amerikanischen Baseball-Stars *Ted Williams* hinzuweisen. Dessen Sohn wollte zwar nicht direkt Eigentum an der Leiche seines berühmten Vaters begründen, wohl aber dessen DNA verkaufen, weshalb er die Leiche einfrieren liess. Nicht einverstanden mit diesem Vorgehen war eine Schwester, welche die Leiche ihres Vaters eingäschert und über den Everglades in Florida verstreut sehen wollte, NZZ 11.07.2002 Nr. 158 S. 56. – Zu einem letztlich ungeklärten und kaum justiziablem Streit (zwar nicht um die Obduktion, aber um die Grabgestaltung unter Angehörigen: Witve v. Lebenspartnerin) s. OGer ZH SJZ 1990 421; heute würde Art. 378 nZGB Entscheidungshilfe geben, ohne dass Konflikte ausgeschlossen werden können (vgl. hinten Anm. 99__).

wisse Rechte zustehen, u.a. auch das Recht, einer Spital-Obduktion die Zustimmung zu versagen.⁸² In BGE 97 I 221 hat das Bundesgericht festgehalten,

„[...] dass ein mit der Gestaltung der Bestattung zusammenhängendes Persönlichkeitsrecht den Tod des Bürgers überdauern kann. [...] Enthält das [...] Gebot schicklicher Beerdigung ein seiner Natur nach über den Tod hinaus wirkendes verfassungsmässiges Recht, so steht an sich nichts entgegen, auch andere mit der Bestattung im Zusammenhang stehende Rechte als mit dem Tod nicht erlöschend zu betrachten [...].“⁸³

In einem weiteren, mit dem Tod des deutschen Politikers *Barschel* zusammenhängenden Urteil konkretisierte das Bundesgericht:

„Si l'on s'en tient à cette conception qui coïncide avec le sentiment général selon lequel un cadavre ne saurait être ni un objet de propriété, ni un bien sans maître que l'on peut traiter n'importe comment, il faut admettre que, jusqu'à ses funérailles en principe, le défunt est titulaire de droits de la personnalité protégeant sa dépouille et ce qui l'entoure des atteintes contraires aux moeurs et aux usages. [...] le mort est entouré d'une zone tabou pendant un certain laps de temps suivant son décès et pendant laquelle sa dépouille et ce qui l'entoure sont protégés par les droits de la personnalité qui étaient les siens de son vivant.“⁸⁴

38 Werden in Folge einer Sektion mit der Leiche fest verbundene, **künstliche Gebilde** (z.B. Herzschrittmacher, Prothesen) entfernt, so erwirbt die Erbengemeinschaft an diesen Eigentum.⁸⁵ Soweit sich solche Gebilde vom Körper lösen lassen, handelt es sich um Sachen im Sinne der klassischen zivilrechtlichen Kategorienbildung – aus totenrechtlicher Perspektive entscheidend ist, ob und inwiefern der tote Körper durch die Entnahme betroffen wird. Die Entfernung subcutan angebrachter medizinischer Geräte (Herzschrittmacher u.ä.) ist allerdings wenig invasiv und „von der Sache her“ (umweltpolitisch) gerechtfertigt. Einer bekundeten Weigerung des Verstorbenen oder der Angehörigen wäre allerdings Rechnung zu tragen.

E. Der Bestattungsvertrag

39 Das Thema kann hier nicht in der ganzen Breite aufgerollt werden – jedenfalls hat sich auch in diesem Bereich das Berufsbild vom Totengräber zum Bestattungsunternehmen massiv gewandelt. Kulturwissenschaftlich zu diskutieren wäre, ob die Bestatter mit ihren zunehmend perfektionierten Inszenierungen dem Bereich des Event-Marketings zuzurechnen oder in der anonymisierten Gesellschaft zu „Entsorgern“ geworden sind (in dem Sinne, dass Angehörige

⁸² BÄR/KELLER-SUTTER 774; zur Einwilligung der Angehörigen als Rechtfertigungsgrund SPLISGARDT 170 ff.

⁸³ BGE 97 I 221, 228 f. E. 4b.

⁸⁴ BGE 118 IV 319, 323 E. 2 und 3a = Pra 84 (1995) Nr. 210.

⁸⁵ BÄR/KELLER-SUTTER 774. – Ohne die makabren Aspekte strapazieren zu wollen: der erbrechtliche Eigentumserwerb bedeutet nicht notwendig Vermögensvorteil, sondern u.U. Pflicht zur Übernahme von Entsorgungskosten.

ihre „Sorgen“ delegieren können), was allerdings beides Ausdruck des entmenschlicht-delegiert-distanzierten Umgangs mit dem Tode ist. Achtung vor dem Menschen, seinem (toten) Körper und seinem Andenken ist nicht die makellose Feier, sondern der menschliche Umgang unter Lebenden. Zweifelsohne sind allerdings die **Ansprüche an die Bestattung** (und deren *Kosten*, und damit wiederum ein *materieller Aspekt* des menschlichen Daseins) gestiegen. Neue Formen (wie etwa die „Diamantisierung“ der Asche) unterstreichen die *Versachlichung* und erleichtern die Möglichkeit, physisch Eigentum zu verschaffen.

1. Allgemeines zur Bestattung – Autonomie und staatliche Regulierung

40 War früher die *Erdbestattung* die Regel und die *Kremation* die Ausnahme, so ist es heute umgekehrt; ungefähr 70% der Verstorbenen in der Schweiz werden kremiert⁸⁶, in der Stadt Zürich sind es gar mehr als 85%⁸⁷. Ein Anreiz, sich für die Kremation zu entscheiden liegt darin, dass so der Ort der eigenen Beisetzung oder derjenigen von Angehörigen mehr oder weniger individuell gewählt werden kann.⁸⁸ Beispielsweise ist es möglich, seine Asche naturnah begraben⁸⁹, mittels Helikopter auf einen Gletscher fliegen und dort verstreuen⁹⁰ oder zu einem Diamanten transformieren⁹¹ zu lassen. **Schranken** werden der Naturbestattung vom öffentlichen Recht gesetzt: So sind im Kanton Zürich *gewerbsmässige* Seebestattungen verbo-

⁸⁶ <http://bazonline.ch/leben/rat-und-tipps/Was-man-mit-der-Asche-seiner-Liebsten-tun-kann/story/27491401> (zuletzt besucht am 16.12.2009).

⁸⁷ http://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/bevoelkerungsamt/bestattungs-und-friedhofamt/krematorium/krematorium_nordheim.html (zuletzt besucht am 16.12.2009).

⁸⁸ In der Stadt Zürich werden ca. 5% der kremierten Verstorbenen nicht auf dem Friedhof beigesetzt. Dies ist möglich, da die Schweiz nur noch für Erdbestattungen einen Friedhofzwang kennt, im Gegensatz zu Deutschland, wo auch Aschebestattungen nur auf Friedhöfen vorgenommen werden dürfen, <http://bazonline.ch/leben/rat-und-tipps/Was-man-mit-der-Asche-seiner-Liebsten-tun-kann/story/27491401> (zuletzt besucht am 16.11.2009).

⁸⁹ So bietet beispielsweise die Alp Spielmannda einen „Bestattungsservice“ an: Wenn erwünscht, kann die Asche (ohne Urne) des Verstorbenen auf der Alp begraben werden, Grabzeuge ist nur ein Messingtaler, auf welchem die Daten des Verstorbenen eingraviert sind und der ebenfalls, wenn auch weniger tief als die Asche, vergraben wird. S. hierzu <http://www.alpspielmannda.ch/index.php?BESTATTUNG:Bestattungsvertrag> (zuletzt besucht am 16.12.2009). Der Kanton Zürich bietet als naturnahe Beisetzungsmöglichkeit die Waldbestattung an. In speziell ausgewiesenen Waldgebieten kann entweder ein Familienbaum (auf 30 Jahre, u.U. Verlängerung möglich) gemietet werden – die Asche der Familienmitglieder kann dann zu seinen Füßen im Waldboden begraben werden – oder die Beisetzung kann bei einem sog. Gemeinschaftsbaum erfolgen. S. hierzu http://stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Bevoelkerungsamt/Formulare%20und%20Merkblaetter/BFA_Formulare_Merkblaetter/Merkblatt12_Wald_fuer_Aschenbeisetzung.pdf (zuletzt besucht am 16.12.2009).

⁹⁰ NZZ 24.10.2009 Nr. 247 S. 26. Die Zulässigkeit solcher Gletscherbestattungen ist jedoch noch nicht geklärt, nach Ansicht des Berner Amts für Wasser und Abfall ist hierfür eine Bewilligung erforderlich.

⁹¹ <http://www.letzte-ruhe.org/diamantbestattung-naturbestattung.htm> (zuletzt besucht am 16.12.2009). Vgl. auch www.aeternitas.de/inhalt/recht/artikel/2004_07_30_14_44_42/show_data (16.1.2010) zur *Diamantisierung* in Deutschland (wo diese Form der „Aufbewahrung“ als Umgehung des Bestattungszwangs, der auf Rückführung der sterblichen Reste in die natürlichen Grundelemente zielt, gelten kann); es kommen bei solchen alternativen „Bestattungsformen“ natürlich weitere Elemente ins Spiel: Eine Diamantisierung ermöglicht, dass in Patchwork-Situationen *mehrere* Angehörige am Andenken an die verstorbene Person teilhaben können, ohne in Grabpflege verflochten zu bleiben, und dass dieses Andenken „mobil“ ist, mithin in der globalisierenderen Welt die Folgegeneration begleiten kann.

ten; Grundlage dieses Verbotes stellt Art. 6 GSchG dar.⁹² Generell braucht, wer von der Tendenz zur individuellen Bestattung profitieren will, indem er Bestattungen ausserhalb der Friedhofsmauern gewerblich anbietet, hierfür eine offizielle Bewilligung.⁹³

41 Den **Friedhöfen** kommt aber nach wie vor grosse Bedeutung zu. Allein die Stadt Zürich verfügt über mehr als 60'000 Gräber, wobei zwischen Reihengräbern und Reihennischen auf der einen Seite, Mietgräbern und Mietnischen auf der anderen Seite unterschieden wird. Ein Reihengrab (bzw. eine Reihennische) wird von der Stadt nach dem Tod eines Einwohners unentgeltlich zur Verfügung gestellt, nach frühestens 20 Jahren kann es wieder aufgehoben werden.⁹⁴ Die Mietgräber und -nischen dagegen werden für eine bestimmte Zeit gemietet, wobei die Verträge nach Ablauf dieser Zeit verlängert werden können.⁹⁵ Die Mietkosten belaufen sich auf Fr. 6'000.- bis 19'000.- für ein Familienerdbestattungsgrab⁹⁶ (Preis variiert nach Anzahl Quadratmeter und Lage), Fr. 3'000.- bis 6'000.- für ein Familienurnengrab, Fr. 1'250.- für ein Urnen-Reihenmietgrab und Fr. 650.- für eine Urnenmietnische.⁹⁷

42 Jeder Mensch hat, aufgrund der ihm zukommenden *Menschenwürde* (Art. 7 BV), einen Anspruch auf eine **schickliche Bestattung**.⁹⁸ Dem Verstorbenen steht über den Tod hinaus eine Palette von Bestimmungsrechten zu, u.a. in Bezug auf seine Beisetzung (aber auch eine postmortale Organentnahme); seiner Persönlichkeit kommt somit in gewissem Rahmen eine Nachwirkung zu.⁹⁹ Diese Rechte können durch die Angehörigen aber nicht im Namen

⁹² NZZ Online 15.08.2008, http://www.nzz.ch/nachrichten/zueroich/der_kanton_zuerich_verbietet_gewerbsmaessige_seebestattungen_1.1112658.html (zuletzt besucht am 16.12.2009).

⁹³ NZZ 24.10. 2009 Nr. 247 S. 26.

⁹⁴ http://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/bevoelkerungsamt/bestattungs-und_friedhofamt/rund_ums_grab/reihengraeber_reihennischen.html.

⁹⁵ http://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/bevoelkerungsamt/bestattungs-und_friedhofamt/rund_ums_grab/mietgraeber_und_mietnischen.html.

⁹⁶ Wer sich für ein Familiengrab entscheidet, muss sich die Frage, wer zu gegebener Zeit darin zu liegen kommen soll, stellen; die Antwort hierauf kann sich im Laufe der Jahre ändern.

⁹⁷ Die Mietdauer für eine Urnen-Mietnische beträgt 20 Jahre, für ein Urnen-Reihenmietgrab 30 Jahre. Ein Familien-Urnengrab kann je nach Wunsch auf 30, 40 oder 50 Jahre gemietet werden, ebenso ein Familien-Erdbestattungsgrab.

[http://www.stadt-zue-
rich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Bevoelkerungsamt/Formulare%20und%20Merkblaetter/BFA_Formulare_Merkblaetter/Merkblatt4_Mietgraeber_Mietnischen.pdf](http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Bevoelkerungsamt/Formulare%20und%20Merkblaetter/BFA_Formulare_Merkblaetter/Merkblatt4_Mietgraeber_Mietnischen.pdf) (zuletzt besucht am 23.12.2009).

⁹⁸ BGE 129 I 302, 311 E. 1.2.5, zudem hinten Anm. 128.

⁹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER § 3 N 03.31, § 10 N 10.27.

des Verstorbenen durchgesetzt werden,¹⁰⁰ doch sind die Angehörigen auch im Bereich der Bestattung durch Anordnungen des Verstorbenen gebunden.¹⁰¹

2. *Rechtliche Qualifikation des Bestattungsvertrages*

43 Die Pflicht zur Organisation der Bestattung trifft i.d.R. die *nächsten Angehörigen*¹⁰² des Toten, welche wiederum ein Bestattungsunternehmen beauftragen können. Dieses übernimmt je nach Umschreibung des Tätigkeitsprofils unterschiedliche Aufgaben, so beispielsweise die Lieferung von Sarg und Sargschmuck, den Transport des Toten vom Sterbeort zu Einstellungsräumen und von dort zum Abdankungsort und/oder die Organisation der musikalischen Umrahmung der Abdankungsfeier oder der spirituellen Gestaltung.¹⁰³ WIDMANN qualifiziert den Bestattungsvertrag als *gemischten Vertrag*, auf dessen Kern **Werkvertragsrecht** (Art. 363 ff. OR) anzuwenden ist. Die Vertragsbestandteile, die nicht unmittelbar zum Kern gehören, unterstehen weiteren Nominatkontrakten.¹⁰⁴ Wird ein Werkvertrag abgeschlossen, so verpflichtet sich der Unternehmer zur Erstellung eines Werkes, der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Das Werk kann körperlicher oder unkörperlicher Natur sein. Unkörperlicher Natur sind wissenschaftliche, oder künstlerische, allgemein gesprochen geistige Werke.¹⁰⁵ Grundmerkmal des Werkvertrags ist aber nicht die Natur des Werkes, sondern die Pflicht des Unternehmers einen bestimmten Arbeitserfolg zu erbringen.¹⁰⁶ Mit dem Abschluss des Bestattungsvertrages verpflichtet sich der Bestatter, bestimmte, mit den Angehörigen oder dem Verstorbenen vereinbarte Handlungen vorzunehmen, die Bestattung nach deren Wünschen oder den Wünschen des Verstorbenen zu organisieren.

44 Im Unterscheid zu anderen Ländern wird das Bestattungswesen in der Schweiz jedoch in erheblichem Ausmass **staatlich** (bezüglich der *Bestattung* an sich zudem föderalistisch-lokal, meist kommunale Verordnungen) organisiert.¹⁰⁷ So sind im Kanton Zürich die politischen Gemeinden für den Vollzug der Vorschriften über das Bestattungswesen zuständig (§ 1

¹⁰⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER § 12 N 12.63.

¹⁰¹ Vgl. vorne mit Anm. 71 zur Obduktion. – Vorbehalten bleiben (analog Art. 482 Abs. 3 ZGB) rein schikanöse Anordnungen, welche ohne eigenes Interesse des Verstorbenen den Gefühlen der Überlebenden lästig sein sollen, was aber nicht leichthin zu bejahen ist.

¹⁰² Zum Problem, wer (in Zeiten von Patchworkbeziehungen) als totensorgeberechtigter Angehöriger gelten kann, s. vorne Anm. 79, ferner den zunehmend in Diskussion befindlichen *Angehörigenbegriff*: Dazu PIERRE TERCIER, *Qui sont nos proches?*, FS *Bernhard Schnyder*, Fribourg 1995, 799 ff., und PAUL EITEL, *Nos „proches“* im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: FS Tercier, Zürich 2008, 191 ff.

¹⁰³ WIDMANN 1 f. –

¹⁰⁴ WIDMANN § 1 N 15.

¹⁰⁵ BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Vor Art. 363-379 N 1 ff.

¹⁰⁶ BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Vor Art. 363-379 N 4.

¹⁰⁷ WIDMANN § 1 N 18.

Abs. 1 Verordnung über das Bestattungswesen).¹⁰⁸ Es lässt sich feststellen, dass private Anbieter eine gewisse „Nähe“ zu den behördlichen Institutionen (Zivilstands- und Einwohnerämter, wo Todesfälle zu melden sind) suchen; die Grenze von behördlichem (hoheitlichem und insofern monopolistischem) und ergänzendem privatem Bereich ist allerdings scharf zu ziehen – dass den Behörden der Umgang erleichtert wird, wenn statt aufgeregter Privatpersonen Professionelle interagieren, ändern nichts an der qualifizierten Privatheit der Organisation der Abdankung.

45 Die Bestattung darf erst nach **Meldung des Todes** (oder des Leichenfundes) an das durch bundesrätliche Verordnung zuständige Zivilstandsamt erfolgen (Art. 36 Abs. 1 ZStV, Ausnahmen sind nach Abs. 2 aber möglich), das diesen unter Angabe von Todesort, -zeit und -datum im Personenstandsregister verzeichnet (Art. 8 lit. g ZStV). Zuständig ist das Amt in demjenigen Zivilstandskreis, in dem der Tod eingetreten ist (Art. 20 Abs. 1 ZStV).

3. *Form des Bestattungsvertrages*

46 Für den Abschluss eines Bestattungsvertrages muss *keine bestimmte Form* eingehalten werden (Art. 11 Abs. 1 OR)¹⁰⁹, er kann also auch durch mündliche oder stillschweigende Erklärung gültig zustande kommen.¹¹⁰

4. *Mängel in der Vertragserfüllung*

47 Die Leistung des Bestatters setzt sich regelmässig aus einer *Vielzahl von Einzelleistungen* zusammen, welche alle einwandfrei zu erbringen sind.¹¹¹ Das Werkvertragsrecht sieht

¹⁰⁸ Gemäss der genannten Verordnung kommen der Gemeinde folgende Aufgaben zu: Veröffentlichung der Personalien des Verstorbenen sowie Ort und Zeit der Abdankung (§ 8 Abs. 1), Einsargung (§ 10 Abs. 1) und Aufbewahrung des Verstorbenen (§ 14 Abs. 1), Überführung des Verstorbenen vom Todes- zum Abdankungsort, (§ 15 Abs. 1, 55 Abs. 1 Ziff. 1) sowie bei Tod ausserhalb der Gemeinde dessen Heimtransport, allenfalls gegen Entgelt (§ 15 Abs. 2). Die Bestattung in der Wohngemeinde hat kostenlos zu erfolgen (§ 55 Abs. 1). Des Weiteren bietet das Bestattungsamt der Stadt Zürich verschiedene Sargmodelle an, zwei davon sind für ihre Einwohner kostenlos. Auch übernimmt es wenn möglich die Organisation der Bestattung (was beispielsweise, auf Wunsch der Angehörigen, die (nicht unentgeltliche) Aufbietung eines Organisten oder einer Solistin umfasst). Die Kostenlosigkeit der Bestattung (auf Kantonsgebiet wohnhafter Personen) ist keine Selbstverständlichkeit (mehr): Im Kanton Basel-Stadt beschloss der Grosse Rat 2003 deren Abschaffung als Bestandteil eines Massnahmepaketes zur Reduktion der Staatsausgaben, NZZ 13.11.2003 Nr. 264 S. 17. Dadurch sollten die jährlichen Ausgaben um 4.1 Mio. Franken reduziert werden. Unentgeltlich sollte die Bestattung bleiben, wenn der Verstorbene einen Ehegatten hinterliess und sein Nachlass zudem weniger als Fr. 20'000.- betrug, <http://www.medienmitteilungen.bs.ch/2003-09-25-rrbs-001.htm> (zuletzt besucht am 08.12.2009). Das Stimmvolk verwarf die Vorlage jedoch, weshalb auch im Kanton Basel-Stadt nach wie vor ein Anspruch auf unentgeltliche Bestattung besteht, 171. Verwaltungsbericht des Regierungsrates vom Jahre 2004 an den Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt, abzurufen unter <http://www.regierungsrat.bs.ch/verwaltungsbericht-2004.pdf> (zuletzt besucht am 16.12.2009).

¹⁰⁹ KOLLER, Art. 363 N 240.

¹¹⁰ GAUCH N 406.

¹¹¹ WIDMANN § 6 N 2.

vor, dass der Besteller nach Ablieferung des Werkes durch den Unternehmer dieses zu prüfen und allfällige Mängel geltend zu machen hat (Art. 367 Abs. 1 OR). Diese Mängelrüge hat sachgerecht und substantiiert zu erfolgen, der Besteller hat die Mängel wenn möglich einzeln aufzuzeigen.¹¹²

48 Je nach **Art des Mangels** stehen dem Besteller *unterschiedliche Mängelrechte* zu: Bei weniger erheblichen Werken (Werk ist brauch- und annehmbar) kann er Minderung oder Nachbesserung gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR verlangen, bei gravierenden Mängeln (Werk unbrauchbar oder sonstwie unannehmbar) steht ihm zusätzlich das Wandlungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR zu.¹¹³ Ein Verschulden des Unternehmers wird nicht vorausgesetzt.¹¹⁴

Die Natur des Bestattungsvertrages wird eine *Nachbesserung* i.d.R. unmöglich machen, verpfushtes Orgelspiel, ungenügender Sargschmuck oder Lieferung des falschen Sarges können im Anschluss an die Bestattung nicht in sinnvoller Art und Weise nachgebessert werden, eine Mängelbeseitigung ist regelmässig objektiv unmöglich.¹¹⁵ Sollte Nachbesserung an sich machbar sein und von den Angehörigen begehrt werden, kann der Unternehmer ihre Vornahme verweigern, wenn ihm dadurch übermässige Kosten entstünden (Art. 368 Abs. 2 OR). Übermässig sind die Kosten, wenn sie in keinem Verhältnis zum Nutzen, den die Nachbesserung den Angehörigen bringt, stehen.¹¹⁶

Das *Minderungsrecht* steht den Angehörigen dagegen bei Mängeln in der Vertragserfüllung auf jeden Fall zu. Allgemein besteht der Minderwert eines Werkes in der effektiven Wertdifferenz zwischen dem mängelfrei (gedachten) und mangelhaften Werk.¹¹⁷ Während sich dieser Wert bei Lieferung des falschen Sarges noch einfach bestimmen lässt, bereitet seine Berechnung bei verpfushtem Orgelspiel mehr Probleme.

Wandeln kann der Besteller immer dann, wenn ihm die Annahme des Werks nicht zugemutet werden kann, wobei das Erfordernis der Unzumutbarkeit dasjenige der Unbrauchbarkeit einschliesst. Ob die Annahme des Werks unzumutbar ist, hängt von den Interessen der Parteien

¹¹² BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 17 f.

¹¹³ GAUCH N 1487 ff.

¹¹⁴ GAUCH N 1503 ff. Liegt jedoch ein Verschulden des Unternehmers vor, so kann der Besteller zusätzlich Schadenersatz fordern (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Mit Blick auf die Persönlichkeitsnähe und die besondere emotionale Tragweite des Todes dürften u.U. auch die Voraussetzungen für eine *Genugtuung* (Art. 49 OR) vorliegen.

¹¹⁵ WIDMANN § 6 N 18 ff. Möglich ist eine Nachbesserung nach Ansicht WIDMANN's in den Fällen, in denen der Zeitraum zwischen den einzelnen Handlungen des Bestattungsvorgangs so gross ist, dass eine Nachbesserung erfolgen kann. Die Angehörigen müssen einer solchen Nacherfüllung aber zustimmen, sie darf ihnen nach ihrem subjektiven Empfinden nicht unzumutbar sein. Des Weiteren macht der Ritualcharakter der Bestattung s.E. eine Nachbesserung bei sehr gravierenden Mängeln tlw. sogar unumgänglich, nämlich wenn eine Annahme der Leistung des Bestatters für die Angehörigen unzumutbar wäre.

¹¹⁶ GAUCH N 1749.

¹¹⁷ GAUCH N 1627.

ab, die gegeneinander abzuwägen sind, wobei die Billigkeit den Massstab dieser Abwägung darstellt.¹¹⁸ In einer Vielzahl der Fälle wird der Mangel beim Bestattungsvertrag erst während der Bestattung selber zu Tage treten, so dass die Wandlung für die Angehörigen von vornherein ausser Betracht fällt.

49 Die Rüge offensichtlicher Mängel hat aufgrund von Art. 367 Abs. 1 OR *unverzüglich* auf die Prüfung des Werks zu erfolgen; nicht offensichtliche Mängel müssen gerügt werden, sobald sie entdeckt werden, ansonsten gilt das Werk als genehmigt (Art. 370 Abs. 3 OR). Aufgrund dieser sofortigen Rügeobliegenheit kann für die Angehörigen des Verstorbenen eine unangenehme Situation entstehen. Da die Mängel in Zusammenhang mit einer Bestattung regelmässig offenkundig sein werden, müssen sie diese unmittelbar nach der Bestattung geltend zu machen, was ihnen u.U. erheblich widerstrebt. Aus diesem Grund schlägt WIDMANN vor, die Mängelrüge beim Bestattungsvertrag auch zwei bis drei Tage nach der Bestattung noch zuzulassen („sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang *tunlich* ist“, Art. 367 Abs. 1 OR), um so den Angehörigen die Möglichkeit zur Beratung über das weitere Vorgehen einzuräumen.¹¹⁹

5. *Der Bestattungsvorsorgevertrag*

50 Unter Bestattungsvorsorgeverträgen sind diejenigen Verträge zu verstehen, die von regelmässig älteren Personen mit einem Bestatter abgeschlossen werden und die spätere Bestattung zum Gegenstand haben, insb. in finanzieller Hinsicht.¹²⁰ Die Besonderheit des Bestattungsvorsorgevertrags im Verhältnis zum „normalen“ Bestattungsvertrag stellt die regelmässig erfolgende Vorauszahlung des Werkpreises dar¹²¹; das Hauptproblem besteht in der Sicherung des Vertrages nach dem Tod des Bestellers,¹²² der allerdings regelmässig vor allem dort abgeschlossen werden dürfte, wo die familiäre Totenfürsorge an der familiären Struktur zu scheitern droht.

¹¹⁸ GAUCH N 1557 ff.

¹¹⁹ WIDMANN § 6 N 92.

¹²⁰ WIDMANN § 10 N 2.

¹²¹ WIDMANN § 10 N 2.

¹²² WIDMANN § 10 N 44. WIDMANN schlägt daher vor, „[...] einen Beauftragten über den Tod hinaus zu ernennen und ihm insoweit testamentarische Verpflichtungen aufzuerlegen für den Rechtskreis eines Totenfürsorgeberechtigten. Naheliegend ist es, bei entsprechendem Vertrauen, sich des Bestatters zu bedienen, mit dem der Vorsorgevertrag abgeschlossen wurde, allerdings unter Hinzuziehung einer weiteren Person aus dem unmittelbaren Lebenskreis, der ersteren im Falle des Todes der Vertragsperson informiert.“ Die Überwachung der Bestattungsindustrie kann allerdings im Argen liegen – dazu u.a. SCHOMMERS.

51 Denkbar ist auch, dass der Verstorbene seinen Angehörigen testamentarisch seine Bestattungswünsche zukommen lässt und zwar in der Form **erbrechtlicher Auflagen**. „Eine Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB ist eine Verfügung von Todes wegen, die einen gesetzlichen oder eingesetzten Erben oder einen Vermächtnisnehmer verpflichtet, zu einem bestimmten Zweck etwas zu tun oder zu unterlassen, wobei diese Verpflichtung aber nicht ein Forderungsrecht eines Berechtigten, sondern nur einen Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung begründet [...]“¹²³ Zulässig ist es, Bestimmungen über die eigene Abdankung oder Bestattung zum Gegenstand einer Auflage zu machen. Dass die diesbezüglichen Wünsche des Verstorbenen dadurch gewahrt werden, ist aber nicht ohne Weiteres sicher, werden letztwillige Verfügungen doch regelmässig erst nach der Bestattung eröffnet.¹²⁴ Um seinem Willen dennoch Geltung zu verschaffen, muss der Erblasser daher zu seinen Lebzeiten einen Willensvollstrecker bestimmen und diesem die Aufgabe der Durchsetzung der Auflage übertragen.¹²⁵

52 Ob es Sinn macht, dem Bestatter gleich auch die **Abwicklung prä- und postmortalen** (und insbesondere *vermögensrechtlicher*) **Belange** zu übertragen (*Vorsorgeauftrag* und/oder *Willensvollstreckung*)¹²⁶, sei hier nicht näher diskutiert; zwar mögen in unkomplizierten Verhältnissen unspektakuläre Lösungen zu empfehlen sein, die dann aber auch in der *Nicht-Anordnung* von *Vorsorgeauftrag* oder *Willensvollstreckung* bestehen können; andernfalls lehrt die Abwicklung von gerichtlichen Alltagsfällen, dass die Mandate bei fachlich qualifizierten Stellen oft besser aufgehoben wären – es stellt sich das bekannte Problem von „*General- und Totalunternehmerverträgen*“, nämlich die Auswahl des richtigen Vertragspartners ...

F. Varia und Folgerungen

53 Die Fokussierung der Thematik auf den physischen Tod blendet etwas aus, dass mit dem Tod die Persönlichkeit endet, was tendenziell eher **Gelassenheit** mit Bezug auf Phänomene erfordern sollte, die uns nicht mehr berühren – des Menschen *Körper* hat grundsätzlich keine Zukunft über seinen Tod hinaus, ausser er „lebe“ plastiniert im Kabinett von VON HAGEN oder in einem Mausoleum in Moskau oder Peking fort. In einer ressourcensüchtigen

¹²³ BGE 99 II 375, 379 E. 7.

¹²⁴ BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 16.

¹²⁵ KÜNZLE 189.

¹²⁶ Der Spiegel, 34/2006, Rechtsrat vom Bestatter.

Zeit ist die Weigerung, den Menschen (auch) als Biomasse zu verstehen¹²⁷, eher Ausdruck übersteigter Selbstwahrnehmung als herausragender Ethik. Der Kampf um die Integrität des Leichnams ist allerdings durchaus Ausdruck des schlechten Gewissens ob der schlechten Behandlung, die dem lebenden Menschen vielfach widerfährt. Menschlicher Umgang im Leben könnte das verständige Loslassen der Toten erleichtern. Das ist nicht rechtlich regelungsfähig – gefordert ist eher die Gesellschaft (ob sich kümmernde Angehörige vorhanden sind, ist nicht gewiss), auf dass minimaler Respekt im Umgang mit dem toten Körper (Bestattung¹²⁸, ggf. Forschung) und der „Seele“ (nicht [nur] im religiösen Sinne: der *Persönlichkeit* Verstorbener und/oder deren Werk¹²⁹) gewährleistet ist. Auch hier wieder ist allerdings vor Aktivismus zu warnen: die natürliche Endlichkeit des Menschen gebietet, auch das Andenken an ihn mit der Zeit entgleiten zu lassen, wenn es sich nicht von selbst zu erhalten vermag.¹³⁰

54 Heikler als die postmortale ist aus zivilrechtlicher Sicht – und vor allem auch aus der Perspektive des unmittelbar betroffenen *Menschen*, welcher dies noch *erlebt* – die **prämortale Befindlichkeit**: Der „Lebens-Raum“, der im Rahmen der Langzeitpflege oder altersbedingter erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen noch verbleibt, ist zunehmend enger¹³¹. Dies im physischen Sinne (Mehrbettzimmer) wie auch mit Blick auf personelle und insbesondere emotionale Ressourcen des zwischenmenschlichen Kontakts und der pflegerischen Qualität: die menschliche Würde wird durch emotional wie körperlich schlechte Behandlung Dementer und Langzeit-Pflegebedürftiger mindestens so einschneidend tangiert wie durch eine fremdnützige Organentnahme oder eine („nur“) dem Forschungsinteresse bzw. Dritten dienliche Obduktion. Die Generationensolidarität wird durch die vermögensrechtlichen erbrechtlichen Vorgänge nicht abschliessend erfasst; dass man Leben durfte und gepflegt werden musste, ist ethisch Grundlage genug, um wissenschaftlich sinnvolle, fachlich und sittlich korrekt durchgeführte Massnahmen zu treffen, die im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen.

¹²⁷ Zur Einspeisung der *Abwärme von Krematorien in schwedische Fernheizsysteme* s. BREITSCHMID, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, *successio* 2007 7.

¹²⁸ Heute als Ausdruck der Menschenwürde (Art. 7, 10, 13 BV), seinerzeit noch das Recht auf schickliche Bestattung (Art. 53 Abs. 2 aBV): ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7.A., Zürich 2008, 425 ff., 430.

¹²⁹ S. dazu zuletzt die Übersicht bei PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen, erscheint in *successio* 2010 sowie in der FS Öztan, Ankara 2010.

¹³⁰ Insofern ist auch nachdrücklich zu betonen, dass erbrechtlich-vermögensrechtliche Gestaltung nicht auf posthumes Fortwirken der Erblassergeneration zielt, sondern den geordneten Übergang der Verantwortung auf Folgegenerationen regelt: RUMO-JUNGO/BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER, Erbrecht, Zürich 2010, 1. Kap Rz 16, 2. Kap. Rz 8.

¹³¹ Weitere Hinweise: PETER BREITSCHMID, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, *successio* 2008 16 ff.; PETER BREITSCHMID/DANIEL STECK/CAROLINE WITTEW, Der Heimvertrag, *FamPra.ch* 2009 867 ff.

55 Momentan geht die **Tendenz** dahin, den Menschen auf sein Alter hin geradezu mit Druck zu zwingen, sich zu für ihn oft kaum abschätzbaren, jedenfalls oft als unangenehm empfundenen Fragestellungen durch eine Patientenverfügung zu äussern, die textlich, graphisch und von der Sprachmelodie her den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kreditvertrags in nichts nachsteht. Sinnvoller wäre, die Gewinne, die aus solchen Massnahmen fliessen können, abzuschöpfen und zur lebzeitigen Lebensqualitätssteigerung heranzuziehen, als die Lebensqualität zu mindern durch den Zwang, dass sich auch jene, die das nicht mögen, extensiv mit solchen Themen zu befassen haben. Es müsste stärker als durch oft nur schwer erlangbare individuelle Äusserungen sichergestellt sein, dass jene Massnahmen, die im konkreten Einzelfall ergriffen werden, ethisch gerechtfertigt und dort, wo ihre Ergebnisse kommerziellen Forschungsinteressen nützlich sind, eine Abgeltung fliesst. Dafür wären interdisziplinär zusammengesetzte fachlich und ethisch qualifizierte Gremien allenfalls geeigneter als das um seine Gesundheit bangende Individuum. Letztlich droht allerdings neben einer *übersteigerten Todesinszenierung* und *postmortalen Persönlichkeitsverherrlichung* eine *Sterbe-Bürokratie* zu entstehen.

Literatur (Auswahl)

BÄR WALTER/ KELLER-SUTTER MORTEN: Leichenschau, Obduktion und Transplantation, in: Kuhn Mortiz W./Poledna Thomas (Hrsg.): *Arztrecht in der Praxis*, 2.A., Zürich 2007

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29 ff.

BILLER-ANDORNO NIKOLA: Geschenk oder Geschäft? Zur Diskussion um den Verkauf menschlicher Organe, in: *NZZ* 2./3. Dezember 2006, Nr. 281, 77

BREITSCHMID PETER: Wenn Organe Sachen wären ... Einige unorthodoxe Bemerkungen zu einer noch zu diskutierenden Frage, in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, FS für Heinz Rey, Zürich 2003, 13 ff.

BUCHER EUGEN: *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, Erster Teilband: Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976

EDELMANN BERNARD: *Ni chose ni personne, Le corps humain en question*, 2009, Paris

GAUCH PETER: *Der Werkvertrag*, 4.A., Zürich 1996

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I*, 9.A., Zürich/Basel/Genf 2008

HAAS RAPHAËL: *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Diss. Zürich 2007

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E.: *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2.A., Bern 2008

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 3.A., Basel 2006
(zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.): *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 3.A., Basel 2007
(zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER/IN)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529*, 4.A., Basel 2007
(zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN)

KÄLIN OLIVER: *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, Diss. Zürich 2002 (insb. S. 59-112)

KELLER MARTINA: *Ausgeschlachtet – Die menschliche Leiche als Rohstoff*, Berlin 2008

KLIEMT HARTMUT: *Zur Kommodifizierung menschlicher Organe im freiheitlichen Rechtsstaat*, in: Jochen Taupitz (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin/Heidelberg 2007

KOLLER ALFRED: *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363-366*, Bern 1998

KOTTMANN HELENA: *Das Organhandelsverbot in der Schweizer Rechtsordnung*, jusletter 28.4.2008

KÜNZLE HANS RAINER: *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich 2000

PFEIFFER ALEXANDRA: *Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz*, Diss. Frankfurt a.M. 2004

QUANTE MICHAEL: Auf zum Body-Shop? Einwände gegen die Legalisierung des Handels mit menschlichen Organen, in: Alberto Bondolfi/Ulrike Kostka/Kurt Seelmann (Hrsg.): Hirntod und Organspende, Basel 2003

REY HEINZ: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3.A., Bern 2007

RUDOLF MICHAEL/BITTNER JAN/ROTH WOLFGANG: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 2.A., Angelbachtal 2006 (= Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Bd. 6)

SCHOMMERS MICHAEL: Todsichere Geschäfte – Wie Bestatter, Behörden und Versicherungen Hinterbliebene ausnehmen, Berlin 2007

SCHROEDER FRIEDRICH-CHRISTIAN: Organhandel – Zum Entwurf des Schweizerischen Transplantationsgesetzes, in: Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.): Hirntod und Organspende, Basel 2003

SEILER CHRISTIAN A./BISCHOFF PETRA/ NETT PHILIPP C./CANDINAS DANIEL: Abnehmende Organspendebereitschaft als nationales Problem: Im Engagement liegt der Lösungsansatz, in: Schweizerische Ärztezeitung 2006, 143 ff.

SPLISGARDT MARC: Widerrechtlichkeit von klinischen Obduktionen, Zürcher Diss., Basel 2007

TAG BRIGITTE: Das Schweizerische Transplantationsgesetz – Überblick über die rechtlichen Bestimmungen und einige Überlegungen zu ethischen Fragen der Lebendspende sowie der postmortalen Organspende, in: AYŞEGÜL DEMIRHAN ERDEMİR/ÖZTAN ÖNCEL/ZAFER ZEYİN/HAFİZE ÖZTÜRK TÜRKMEN/SEZER ERER/HAKAN ERTİN/ELİF ATICI (Hrsg.): Problems of medical ethics and law in organ and tissue transplantation, Istanbul 2007, 175 ff.

VON FLÜE KARIN: Letzte Dinge, Fürs Lebensende vorsorgen – mit Todesfällen umgehen, Zürich 2009 (Beobachter Buchverlag)

VON HAGENS GUNTHER: Gruselleichen, Gestaltplastinate und Bestattungszwang, abrufbar auf http://www.koerperwelten.com/de/presse/presse_informationen/SNK.html?edit

WIDMANN HANS-JOACHIM: Der Bestattungsvertrag im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, 5.A., Köln 2009