

EINGEGANGEN AM 22. AUG. 2023

Kasernenstrasse 19
3013 Bern
Telefon 031 636 23 37 (Direkt)
Telefon 031 636 31 50 (Kanzlei)
Telefax 031 634 50 77

S. Wildi, Staatsanwältin
S. Zwahlen, Staatsanwaltsassistent

Verfügung

BA 23 1558 / ZWS

Bern, 11. August 2023

In der Strafsache gegen

Beschuldigte Person	Unbekannte Täterschaft , Ärzteschaft des Transplantationszentrums des Inselspitals, evtl. weitere Ärzte und Ärztinnen
Verteidigung	keine
Sachverhalt	Durchführung einer Herztransplantation nach DCD (Donation after cardiocirculatory death) am Inselspital Bern oder evtl. anderswo in den ersten Monaten des Jahres 2023 (Organempfängerin: Eveline Heiniger, pag. 06 006)
betreffend	Nichtanhandnahme

wird verfügt:

1. Das Verfahren wird nicht an die Hand genommen (Art. 310 Abs. 1 Bst. a StPO i.V.m. Art. 309 Abs. 1 Bst. a, e *contrario*, StPO).
2. Es wird festgestellt, dass der Antrag von Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf vom 31.05.2023 auf Erlass eines superprovisorischen Verbots der Durchführung weiterer (Herz-)Transplantationen nach DCD, **unzulässig** ist.
3. Die Verfahrenskosten trägt der Kanton (Art. 423 Abs. 1 StPO).
4. Eine Entschädigung wird nicht ausgerichtet (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 430 Abs. 1 Bst. c StPO).
5. Zu eröffnen:
 - Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf, Human Life International Schweiz, Postfach 15, 6301 Zug
6. Mitzuteilen (Kopie):
 - Inselspital Bern, Recht & Compliance, Freiburgstrasse, CH 3010 Bern
 - Kantonsärztlicher Dienst, Rathausplatz 1, Postfach, 3000 Bern 8



Begründung

1. Strafanzeige und Sachverhalt

Mit ihrer Eingabe vom 31.05.2023 an die Generalstaatsanwaltschaft des Kt. Bern brachten Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog und Dr. theol. Roland Graf die Durchführung einer Herztransplantation nach DCD (Donation after cardiocirculatory death) am Inselspital Bern in den ersten Monaten des Jahres 2023 zur Anzeige (pag. 06 001 ff.).

Die Anzeiger stützen sich auf einen im April 2023 im Blick erschienenen Zeitungsartikel, wonach am Inselspital Bern dank dem Einsatz eines Perfusionsgeräts erstmals eine Herztransplantation nach Herzkreislaufstillstand durchgeführt worden sei. Details zum Verfahren der Organentnahme seien keine bekannt gegeben worden, auch nicht von Swisstransplant. Die Gesetzeskonformität des Vorgehens sei damit nicht belegt (pag. 06 001).

Die Anzeiger erklären in ihrer Eingabe (Anzeige, Ziff. 1 und 2, pag. 06 001-003), wie die Entnahme eines Spenderherzens nach DCD durchgeführt wird:

So werde gewartet, bis das Herz aufhöre zu schlagen, was mittels Ultraschall kontrolliert werde. Stehe das Herz still, werde – gemäss den Richtlinien¹ der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) – fünf Minuten gewartet, bevor zwei Ärzte oder Ärztinnen die Hirntoddiagnostik durchführen (Kontrollieren der Reflexe) und gegebenenfalls den Hirntod feststellen. Werde der Hirntod festgestellt, würde danach mittels Verfahren der normothermischen regionalen Perfusion (NRP; körperwarme regionale Durchblutung) der Kreislauf um die zu transplantierenden Organe herum (z.B. Leber oder eben Herz) wieder in Gang gesetzt, wobei die Blutzufuhr zum Gehirn durch Verschliessen der entsprechenden Arterien unterbrochen werde, um zu verhindern, dass das Gehirn wieder durchblutet würde und Hirnfunktionen zurückkehren könnten. Dieses Verfahren beweiße, dass nach fünfminütigem Herzstillstand nicht mit dem irreversiblen Ausfall des Gehirns (gesetzliches Todeskriterium) gerechnet werde (pag. 06 002, Ziff. 1).

Die Anzeiger erklären anhand eingereichter Fachpapiere (vgl. Beilagen, pag. 06 011-037), wie eine Herzentnahme nach DCD durchgeführt wird. Es wird auf die korrekt zusammengetragenen Ausführungen in der Anzeige verwiesen (pag. 06 002, Ziff. 2). Durch den Einsatz eines sog. OCS-Geräts (Organ Care System), welches das zu transplantierende Organ in einem nahezu physiologischen Zustand hält (namentlich bei Körpertemperatur und durchblutet oder zumindest durchspült), brauche es keine Stimulation, sondern die Versorgung des zu transplantierenden Herzens mit sauerstoffhaltigem Blut reiche, um es spontan wieder schlagen zu lassen. Aus diesem Grund könne das Herz im vorliegenden Fall nicht tot gewesen sein (pag. 06 003, Ziff. 3).

Unter dem Titel 'Fundierte Kritik an der Todesfeststellung nach Herz-Kreislaufstillstand' bringen die Anzeiger Folgendes vor (pag. 06 003, Ziff. 3):

Nachdem der irreversible Kreislaufftod festgestellt worden sei, werde der Kreislauf des Spenders mit dessen Blut wieder in Gang gesetzt. Dieser Neustart mache die Todeserklärung – sinngemäss die Todesfeststellung – jedoch ungültig, da dieser Neustart das für irreversibel erklärte Ergebnis rückgängig mache. Und da der Hirntod nicht eingetreten sei, würden bei der NRP aktive Schritte unternommen (Verschluss der Arterien zum Gehirn), um die Durchblutung des Gehirns zu verhindern. Diese Kritik an dieser Organentnahmemethode sei nicht neu, wozu die Anzeiger auf einen Fachartikel aus dem Jahre 2016

¹ Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme (2017), vgl. < <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> > (besucht am 11.08.2023).

verweisen (pag. 06 033 ff.). Die Feststellung des Hirntods bei Herzkreislaufstillstand sei daher grundsätzlich zu kritisieren. Der Hirntodtest nach fünf Minuten beweise zwar den Ausfall der Hirnfunktionen, nicht aber, dass jener irreversibel sei. Eine Stand-Off-Periode von fünf bis zehn Minuten reiche nicht aus, um das Erfordernis der Irreversibilität des Hirntods zu erfüllen (Anzeige, pag. 06 003, Ziff. 3 mit Verweis auf den entsprechenden Fachartikel, pag. 06 033 ff.). Die Feststellung des Hirntods anhand der durch die SAMW vorgegebenen Tests sei damit ungültig, da diese keine Irreversibilität nachweisen könne.

Im letzten Teil ihrer Eingabe halten die Anzeiger fest, dass erst das Abklemmen der Aorta den Hirntod sicherstellen würde (pag. 06 003, Ziff. 4). In der Öffentlichkeit und im Parlament sei dieser höchst bedenkliche Vorgang bisher nicht bekannt und erst recht nicht diskutiert worden. Durch die Einführung der Herzentnahme nach DCD würden potentielle Organspender und Organspenderinnen durch Swisstransplant vor vollendete Tatsachen gestellt. Völlig ahnungslos gäben sie mit ihrem Ja im Spenderausweis implizit auch die Zustimmung zu einer Herzentnahme nach DCD, die eindeutig nicht nach, sondern während ihres Sterbeprozesses erfolgen würde. Betroffen seien somit sämtliche potentiellen Organspender in der Schweiz. Für diese bestehe eine unmittelbar drohende Gefahr, dem obigen gesetzeswidrigen Verfahren unterworfen zu werden.

Aus diesem Grund beantragen Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog und Dr. theol. Roland Graf, die mutmasslich im Inselspital erfolgte Herzentnahme nach DCD als aussergewöhnlichen Todesfall im Sinne eines grobfahrlässigen, allenfalls sogar eventualvorsätzlichen Behandlungsfehlers zu untersuchen und zwar wegen des mutmasslichen Verstosses gegen Art. 9 des Transplantationsgesetzes sowie gegen Art. 111 und Art. 117 des Strafgesetzbuches (pag. 06 004).

Ausserdem beantragen die Anzeiger den Erlass eines superprovisorischen Verbots der Durchführung weiterer (Herz-)Transplantationen nach DCD (pag. 06 004).

2. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für Besondere Aufgaben

Nachdem die Anzeige vom 31.05.2023 am 01.06.2023 bei der Generalstaatsanwaltschaft eingelangt war, übermittelte diese sie gleichentags der regional zuständigen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland zur gesetzlichen Folgegebung (pag. 02 001).

Mit Gerichtsstandsanfrage vom 09.06.2023 (pag. 02 002) leitete die regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland die Anzeige vom 31.05.2023 zufolge sachlicher Zuständigkeit an die kantonale Staatsanwaltschaft für Besondere Aufgaben weiter, welche ihrerseits die Zuständigkeit am 20.06.2023 anerkannte (pag. 02 003).

Ein am 29.06.2023 zur Sache veröffentlichter Artikel aus der Berner Zeitung wurde am 07.07.2023 formlos in den Akten abgelegt (pag. 13 500 ff.).

3. Rechtliches

a) *Allgemeines zu Nichtanhandnahme und Eröffnung einer Untersuchung*

Gemäss Art. 310 Abs. 1 Bst. a - c StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die **Nichtanhandnahme**, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind, Verfahrenshindernisse bestehen oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist.

Demgegenüber bedarf es zur **Eröffnung** einer Strafuntersuchung und damit einhergehend zur Anordnung von Zwangsmassnahmen (Art. 196-298 StPO) wie zum Beispiel der Edition von Arztunterlagen (Art. 265 StPO), eines hinreichenden Tatverdachts auf eine Straftat (Art. 309 Abs. 1 Bst. a StPO; BGE 141 IV 77, E. 4.3 betr. Edition/Beschlagnahme von Arztunterlagen). Hinweise auf eine strafbare Handlung müssen erheblich und konkreter Natur sein. Der Anfangsverdacht bedarf einer plausiblen Tatsachengrundlage, blosser Vermutungen oder Behauptungen genügen nicht (vgl. Urteil BGer 1B_36/2016 vom 08.06.2016, E. 4.1 m. Hinw. betr. Edition/Beschlagnahme von Arztunterlagen; BGE 141 IV 87, E. 1.3.1; s. auch BGE 142 IV 289).

b) Fragestellung und Darlegung der einschlägigen Rechtsnormen

Vorliegend stellt sich demnach die Frage, ob sich gestützt auf die Anzeige von Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog und Dr. theol. Roland Graf ein hinreichender Tatverdacht auf eine strafbare Handlung in Zusammenhang mit der Durchführung einer Herztransplantation nach DCD (Donation after cardiocirculatory death) am Inselspital Bern oder evtl. anderswo in den ersten Monaten des Jahres 2023 ergibt oder nicht.

Wie nachfolgend darzulegen sein wird, ist diese Frage zu verneinen. Die fraglichen Tatbestände der **vorsätzlichen Tötung** (Art. 111 StGB) oder der **fahrlässigen Tötung** (Art. 117 StGB) sind eindeutig nicht erfüllt. Weiter gibt es keinen eigentlichen Straftatbestand des **Verstosses gegen Art. 9 des Transplantationsgesetzes** (Todeskriterium und Feststellung des Todes) und die anderweitigen Strafbestimmungen von Art. 69 und Art. 70 des Transplantationsgesetzes sind vorliegend nicht einschlägig.

Nach Art. 111 oder 117 StGB macht sich strafbar, wer einen Menschen vorsätzlich tötet oder fahrlässig seinen Tod verursacht.

Ohne im Einzelnen auf die Tatbestandsmerkmale dieser beiden Strafbestimmungen einzugehen, ist beiden fundamental gemein, dass die Handlung eines Täters oder einer Täterin den Tod einer Person herbeiführen muss. Nicht erfasst von diesen beiden Tatbeständen wird demnach die Entnahme von Organen an einer (rechtlich) toten Person.²

Vor dem Hintergrund des vorliegend angezeigten Sachverhalts stellt sich aus strafrechtlicher Sicht somit die Frage, ob ein hinreichender Verdacht darauf besteht, dass die Person, welcher das Herz nach DCD entnommen wurde (um es der Empfängerin Eveline Heiniger einzusetzen), nicht tot war. Dabei bemisst sich das Kriterium des Todes nach den gültigen gesetzlichen Vorgaben.

Das Todeskriterium und die Feststellung des Todes sind in Art. 9 Transplantationsgesetz (SR 810.21) folgendermassen geregelt:

Art. 9 Todeskriterium und Feststellung des Todes

¹ *Der Mensch ist tot, wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind.*

² *Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Feststellung des Todes. Er legt insbesondere fest:*

² Diesbezüglich wäre an den Tatbestand der Störung des Totenfriedens (Art. 262 StGB) zu denken, der jedoch vorliegend offensichtlich nicht in Betracht fällt.

- a. welche klinischen Zeichen vorliegen müssen, damit auf den irreversiblen Ausfall der Funktionen des Hirns einschliesslich des Hirnstamms geschlossen werden darf;
- b. die Anforderungen an die Ärztinnen oder Ärzte, die den Tod feststellen.

An diese Bestimmung anknüpfend regelt die Transplantationsverordnung (SR 810.211) weiter Folgendes:

Art. 7 Feststellung des Todes

¹ Der Tod ist nach den Richtlinien nach Anhang 1 festzustellen.

² (...)

Anhang 1 der Transplantationsverordnung verweist für die Feststellung des Todes auf Ziffer II. 3. sowie Ziffer III. C–H der Medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und die Vorbereitung der Organentnahme in der (aktuell gültigen) Fassung vom 16. Mai 2017³ (nachfolgend: SAMW-Richtlinie 2017).

Entgegen der in der Anzeige implizit vertretenen und teilweise auch in der beigelegten Literatur durchschimmernden Haltung, wonach SAMW-Richtlinien ein nicht bindendes, privates Regelwerk (sog. soft law) seien, ist betreffend die vom Verweis in der Transplantationsverordnung betroffenen Ziffern der SAMW-Richtlinie 2017 zu widersprechen. Die Kompetenzverteilung zur Gesetzgebung im Bereich der Transplantationsmedizin in der Schweiz wurde eingehalten. Der Bundesrat wurde in Art. 9 Abs. 2 des Transplantationsgesetzes explizit zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt. Diese ihm zugeschriebene Kompetenz hat er mit der Ausarbeitung der Transplantationsverordnung wahrgenommen und durch den darin enthaltenen Verweis auf spezifische Ziffern der SAMW-Richtlinie 2017 deren Gehalt formell auf die Stufe einer Bundesverordnung erhoben.

Die SAMW-Richtlinie 2017 unterteilt sich in drei Ziffern: I. Präambel, II. Richtlinien und III. Anhang. In Ziffer II./3. regelt die SAMW-Richtlinie 2017 die Feststellung des Todes in drei Kapiteln (S. 13-16; pag. 13 407-410). Dabei werden in Kapitel 3.1. die Voraussetzungen für die Diagnostik des Todes, soweit vorliegend relevant, wie folgt konkretisiert (SAMW-Richtlinie 2017, S. 13, pag. 13 407; Hervorhebungen durch die Unterzeichnende):

3.1. Der Tod kann durch folgende Ursachen eintreten:

- durch eine primäre Hirnschädigung bzw. -erkrankung, die bei irreversiblen Funktionsausfall des Hirns einschliesslich des Hirnstamms (Tod infolge primärer Hirnschädigung) zum Tod führt;
- durch **anhaltenden Kreislaufstillstand**, der die Durchblutung des Hirns so lange reduziert oder unterbricht, bis der irreversible Funktionsausfall von Hirn und Hirnstamm und damit der Tod eingetreten ist (Tod nach anhaltendem Kreislaufstillstand [**sekundäre Hirnschädigung**]).

Die formale Hirntoddiagnostik darf erst durchgeführt werden, wenn die Voraussetzungen gemäss Anhang C⁴ erfüllt sind.

³ Quelle: siehe oben FN 1; Ausdruck in den Akten, pag. 13 400 ff.

⁴ Vgl. SAMW-Richtlinie 2017, S. 26, pag. 13 413. Bei der Diagnostik des Todes nach sekundärem Hirntod müssen u.a. folgende Krankheitsbilder gesucht und ausgeschlossen werden können: Schock, Hypothermie (<32°C), Elektrolytentgleisung (z. B. Hyperosmolarität, Hypophosphatämie), hypoxische Enzephalopathie, toxisch-metabolische Enzephalopathie (z. B. Hyperammonämie, Urämie, Wernicke-Enzephalopathie), toxisch-medikamentöse Enzephalopathie (z. B. Benzodiazepine, Barbiturate, andere Antiepileptika, Psycho-

3.1.1. Klinische Voraussetzungen

Voraussetzung für die Feststellung des Todes ist der **Nachweis einer primären oder sekundären Hirnschädigung**. Dabei kann es sich um eine irreversible Hirnschädigung bekannter Ätiologie oder um eine Schädigung anderer Organe handeln, deren Funktionsausfall sekundär zum Tod führt.

Bevor der Tod durch die klinische Hirntoddiagnostik festgestellt werden kann, müssen alle Zustände ausgeschlossen werden, die eine korrekte Hirntoddiagnostik verunmöglichen (vgl. Anhang C).

3.1.2. (...)

3.1.3. (...)

Kapitel 3.2 der SAMW-Richtlinie 2017 regelt sodann die klinische Diagnostik des Todes wie folgt (S. 14-16, pag. 13 407 f.; Hervorhebungen durch die Unterzeichnende):

3.2.1. Tod infolge primärer Hirnschädigung

Die Feststellung des Todes erfolgt durch eine klinische Untersuchung, welche die folgenden sieben Zeichen nachweisen muss; diese müssen kumulativ vorhanden sein (vgl. Anhang D):

1. komatöser Zustand (d. h. areaktive Bewusstlosigkeit);
2. beidseits mittelweite bis weite, auf Licht nicht reagierende Pupillen;
3. Fehlen der vestibulo-okulären Reflexe (VOR);
4. Fehlen der Kornealreflexe;
5. Fehlen zerebraler Reaktionen auf schmerzhaft Reize;
6. fehlende Reflexantwort auf tracheale und pharyngeale Reize;
7. Fehlen der Spontanatmung (Apnoetest).

Die klinische Untersuchung erfolgt gemeinsam durch zwei Fachärzte (Vier-Augen-Prinzip); einer der Untersucher darf nicht direkt in die Betreuung des Patienten involviert sein. Beide den Tod diagnostizierenden Fachärzte müssen eine entsprechende Qualifikation aufweisen (vgl. Kap 3.1.3.).

Wenn der behandelnde Intensivmediziner nicht ohnehin einer der beiden beurteilenden Fachärzte ist, so ist er in die Beurteilung einzubeziehen. Wird eine Zusatzuntersuchung durchgeführt, so ist auch der damit beauftragte Facharzt in die Beurteilung miteinzubeziehen.

Sind alle Voraussetzungen gemäss Anhang C erfüllt, beschränkt sich die Diagnostik auf die klinischen Zeichen. Ist dagegen der Funktionsausfall des Gehirns nicht hinreichend erklärt, können potenziell reversible Faktoren als Mitursache nicht ausgeschlossen oder können die Funktionen der Hirnnerven klinisch nicht untersucht werden, ist zusätzlich zur klinischen Untersuchung der Nachweis einer fehlenden zerebralen Durchblutung mittels einer geeigneten Zusatzuntersuchung erforderlich (vgl. Kap. 3.3.).

3.2.2. Tod nach anhaltendem Kreislaufstillstand

Der **Tod nach anhaltendem Kreislaufstillstand** ist durch den irreversiblen Ausfall der Funktionen des Hirns einschliesslich des Hirnstamms definiert. Er tritt durch die anhaltende Unterbrechung der Durchblutung des Gehirns ein. Nach Feststellung des Kreis-

laufstillstands (fehlende Herzaktivität) mittels transthorakaler Echokardiographie (TTE) im 4-Kammer-Blick in der subxiphoidalen Einstellung – oder mittels transösophagealer Echokardiographie (TEE) – und nach einer anschliessenden Wartezeit von mindestens **5 Minuten** ohne Durchführung von Reanimationsmassnahmen werden die nachfolgenden sechs **klinischen Zeichen** geprüft; diese müssen kumulativ vorhanden sein.

1. komatöser Zustand (areaktive Bewusstlosigkeit);
2. beidseits mittelweite bis weite, auf Licht nicht reagierende Pupillen;
3. Fehlen der vestibulo-okulären Reflexe (VOR);
4. Fehlen der Kornealreflexe;
5. Fehlen zerebraler Reaktionen auf schmerzhaft Reize;
6. fehlende Reflexantwort auf tracheale und pharyngeale Reize.

Der Apnoetest als Zeichen einer fehlenden Spontanatmung (siebtes klinisches Zeichen nach Ziff. 3.2.1.) erübrigt sich, da die 5-minütige beatmungsfreie Wartezeit ohne das Wiedereinsetzen der Spontanatmung einen hinreichenden Beweis für deren Abwesenheit darstellt.

Die klinische Untersuchung erfolgt gemeinsam durch zwei dafür qualifizierte Fachärzte (Vier-Augen-Prinzip); einer der Untersucher darf nicht direkt in die Betreuung des Patienten involviert sein. Der behandelnde Arzt ist – sofern er nicht einer der beiden beurteilenden Fachärzte ist – in die Beurteilung einzubeziehen.

3.2.3. (...)

3.3. (...)

In den Anhängen C - H in Ziff. 3 der SAMW-Richtlinie 2017 (S. 26-32, pag. 13 413-416) werden folgende Sachverhalte und Abläufe geregelt:

- Anhang C: Negativliste der Differenzialdiagnosen die auszuschliessen sind für die Feststellung des Todes (vgl. oben Fussnote 4 zum sekundären Hirntod),
- Anhang D: Definition / Beschreibung der klinischen Zeichen des Todes (Checkliste),
- Anhang E: Technische Zusatzuntersuchungen,
- Anhang F: **Flowchart** u.a. zur Feststellung des Todes und zum **Organspendeprozess** für die Spende bei **Tod nach Kreislaufstillstand (DCD)** (Flowchart F.3.),
- Anhang G: Vorlagen für Protokolle zur Feststellung des Todes,
- Anhang H: Aufzählung der vorbereitenden medizinischen Massnahmen, zu welchen ein Spender oder eine Spenderin vor dem Tod zugestimmt haben muss.

Aus dem für den vorliegenden Fall anwendbaren Flowchart zur Todesfeststellung und Organspende nach Kreislaufstillstand (DCD) ergibt sich folgender Ablauf, der gesetzlich einzuhalten ist (pag. 13 421):

- Feststellung des Herzstillstandes mittels transthorakaler Echokardiographie (TTE),
- Wartezeit von 5 Minuten (Anmerkung: ohne dass spontan wieder ein Kreislauf einsetzt),
- Feststellung des zerebralen Funktionsausfalls:
 - Pupillen mittel bis weit beidseits auf Licht nicht reagibel,
 - Vestibulo-okuläre Reflexe ausgefallen,
 - Kornealreflexe beidseits ausgefallen,

- Kortikale Reflexe auf Schmerzreiz ausgefallen,
 - Husten- (pharyngeal) und Schluckreflexe ausgefallen.
- Tod *lege artis* festgestellt → ist massgebend für rechtlichen **Todeszeitpunkt**,
- Organentnahme.

c) *Würdigung im vorliegenden Fall*

Die **Vorwürfe** aus der Anzeige, aus welcher Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf eine Strafbarkeit der Explantation eines Spenderherzens nach Kreislaufstillstand ableiten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- 1) Das Gehirn sei nach fünfminütigem Herzkreislaufstillstand nicht irreversibel geschädigt, weshalb die Voraussetzungen zur Feststellung des Todes (Hirntod) nicht erfüllt seien. Der Umstand, dass für eine Herzexplantationsoperation, wie sie vorliegend zur Diskussion steht, die Arterien zum Gehirn abgeklemmt würden, beweise dies.
- 2) Der Umstand, dass das zu transplantierende Herz in der nahezu physiologisch gehaltenen Umgebung durch das OCS-Gerät spontan wieder zu schlagen anfangen (vgl. Beilage 7 zur Anzeige, pag. 06 024 ff.), zeige, dass das Herz nicht tot gewesen sei.

Aus der Anzeige geht damit sinngemäss hervor, dass der Tod der spendenden Person erst während (und nicht vor) und auch erst durch die Explantationsoperation selbst eintritt: einerseits durch das aktive Unterbinden der Blutzufuhr zum Gehirn, andererseits durch die Entnahme des Herzens, womit eine Tötungshandlung vorliege.

An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass sowohl die Entstehung wie auch das Ende des Lebens **Prozesse**⁵ sind. Die Schwelle, ab wann jemand tot ist, hat eine gewisse Breite und wird aus verschiedenen Perspektiven denn auch unterschiedlich betrachtet. Einer rechtlichen Regelung eigen ist (und zwar unabhängig davon, welche konkrete Definition des Todes sie beinhaltet), dass der Todeseintritt juristisch in Abweichung zu den physiologischen Vorgängen am Lebensende stets als punktuell, zeitlich (genau) bestimmbar Ereignis definiert wird. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine Diskrepanz zwischen der rechtlichen Definition (und Feststellung) des Todes und den ablaufenden physiologischen Vorgängen im Körper am Lebensende.

Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf weisen in Ihrer Anzeige vom 31.05.2023 auf eine neue Entwicklung und den von ihnen daraus abgeleiteten Diskussionsbedarf hin. Ihrer Anzeige legen sie ein weites Verständnis des Lebens zugrunde, wonach nicht nur ein Organismus als Ganzes, sondern auch dessen einzelne Organe oder sogar Zellen leben. Zur Annahme des Todes befürworten sie sinngemäss die Sicherstellung des kompletten Absterbens der einzelnen Zellen im Gehirn.

Die Fragen, welche Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf in Ihrer Anzeige aufwerfen, sind grundsätzlicher Natur, was sie selbst denn auch schreiben (vgl. Anzeige, Ziff. 3, pag. 06 003). Es geht um die grundsätzliche Kritik an der Organspende nach Herzkreislaufstillstand und mithin um die Frage, wie und wo Grenzen im Bereich der Transplantationsmedizin zu setzen sind, insbesondere im Lichte der sich immer weiter entwickelnden technischen Möglichkeiten. Solche gesellschaftspolitischen und ethischen Fragen sind in die Gesetzgebung einzubringen und dort zu diskutieren, was bei der Ausarbeitung des Transplantationsgesetzes denn auch der Fall war.

⁵ Siehe BBI 2002, S. 29 ff., vgl. dort S. 86, Ziff. 1.3.3.1.

So wurde die Problematik der Todesfeststellung bei Personen mit irreversiblen Herzstillstand (sog. Non-Heart-Beating Donors) bereits in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 12.09.2001 (nachfolgend: Botschaft 2001) aufgegriffen.⁶ Der vielen Bedenken im Zusammenhang mit dem Todeskriterium und der Sicherheit der Todesfeststellung war man sich bewusst.⁷

In der Botschaft 2001 findet sich eine aufschlussreiche Zusammenfassung zur Entwicklung des Todeskriteriums über den Lauf der Zeit.⁸ Wurde beispielsweise bis Ende der 1960er-Jahre der Funktionsausfall des Herzens noch als Todeseintritt verstanden, war diese Anschauung mit dem Aufkommen der Reanimation und der Entwicklung der Intensivmedizin bald zu überdenken. In der Folge wurde das Hirntod-Konzept entwickelt, wobei die Botschaft 2001 bereits damals auf Folgendes hinwies: *«Der heute gebräuchliche Begriff "Hirntod" ist unglücklich, denn er verleitet zu der falschen Annahme, dass im Stadium des "Hirntodes" nur das Hirn tot sei, und dass es verschiedene Arten des Todes gebe. Richtigerweise müsste man von "Tod durch Ausfall des gesamten Hirns" sprechen»* (BBl 2002, S. 87, Ziff. 1.3.3.2).

Aus der Botschaft 2001 geht weiter hervor: *«Das "Hirntod"-Konzept geht von folgende[r] Annahm[e] aus: Der Tod ist ein biologisches Phänomen. Nur lebende Organismen können sterben und alle lebenden Organismen müssen sterben. Es geht also [rechtlich definiert] um den **Tod eines Organismus** und nicht um das Absterben von Teilen dieses Organismus, d.h. von einzelnen Organen, Geweben oder Zellen. [...] Der Tod ist [rechtlich definiert] irreversibel [...] Der Tod ist [rechtlich definiert] **ein Ereignis** und kein Prozess»* (BBl 2002, S. 88, Ziff. 1.3.3.3.).

Zur Umschreibung des Todes sagt die Botschaft 2001: *«Das "Hirntod"-Konzept definiert den **Tod** als den "**irreversiblen Ausfall aller kritischen Funktionen des Organismus als Ganzes**"»* (BBl 2002, S. 88 f., Ziff. 1.3.3.3.1.), und präzisiert: *«Das "Hirntod"-Konzept umschreibt das Todeskriterium als den "**irreversiblen Ausfall aller klinischen Funktionen des gesamten Hirns**" [...]. Die Einschränkung auf "klinische Funktionen" hängt damit zusammen, dass man bei den Hirnfunktionen unterscheiden muss zwischen "**integrierenden Funktionen**" und blosser "physiologischer Aktivität". Mit "klinischen Funktionen" ist nur das Erste gemeint; verbleibende "spontane elektroenzephalografische Aktivitäten" in "Hirntoten" gehören zum Zweiten und stellen deshalb keine "klinischen Funktionen" dar. Das Todeskriterium verlangt also **nicht** den **Funktionsausfall jeder einzelnen Nervenzelle**»* (BBl 2002, S. 89, Ziff. 1.3.3.3.2.).

Zur Todesfeststellung bei einer Person mit irreversiblen Herzstillstand hielt der Bundesrat fest: *«Der Herzstillstand kann teilweise mit Wiederbelebungsmaßnahmen aufgehoben werden. Unter Umständen kann die Herzfunktion auch von selber wieder in Gang kommen. Der **Herzstillstand** allein stellt deshalb **kein sicheres Todeszeichen** dar. Für den Nachweis des Todes muss vielmehr verlangt werden, dass der Herzstillstand irreversibel ist, d.h. der Herzstillstand muss so **lange bestanden haben**, dass mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass die Funktionen des Hirns und des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind. Damit stellt sich die Frage, wann dies der Fall ist. **Für eine Antwort auf diese Frage besteht heute keine Einigkeit**»* (BBl 2002, S. 92, Ziff. 1.3.3.6.2.). Danach finden sich im gleichen Kapitel eine Darstellung der verschiedenen Praktiken und Ansich-

⁶ BBl 2002, S. 29 ff., siehe dort S. 65, Ziff. 1.1.5.3.3., sowie S. 91 ff., Ziff. 1.3.3.6.

⁷ BBl 2002, S. 29 ff., siehe dort S. 84, Ziff. 1.3.2.1.4., siehe auch S. 89 ff., Ziff. 1.3.3.4. f.

⁸ BBl 2002, S. 29 ff., siehe dort S. 86 f., Ziff. 1.3.3.1.

ten aus anderen Ländern mit der Erkenntnis, dass weder Einigkeit noch Gewissheit bestehe, wann die Irreversibilität des Herzstillstandes gegeben sei.⁹

Nach dem Ausgeführten ist festzustellen, dass **vorliegend keine Verdachtsmomente** auf ein Handeln der Ärzteschaft vorliegen, welche auf eine Verletzung der oben unter Ziff. 3b (S. 4 ff.) dargelegten Rechtsnormen hindeuten würden. Im Gegenteil: Mangels anderer Hinweise ist vorliegend davon auszugehen, dass die Ärzteschaft die Vorgaben zur Todesfeststellung gemäss der SAMW-Richtlinie 2017 im hier angezeigten Fall eingehalten und damit zu Recht nach fünfminütigem Herzstillstand den Tod der spendenden Person festgestellt hat.

Dem Argument der Anzeiger, wonach die Todeserklärung (Todesfeststellung) nach Wiederherstellung eines teilweisen Kreislaufs nicht länger Gültigkeit haben könne, ist zu widersprechen. Der Todeseintritt wird im geltenden Rechts als ein irreversibles Ereignis verstanden. Einmal festgestellt, wird der Tod nicht durch eine weitere physiologische Aktivität von Zellen oder Organen infrage gestellt oder gar aufgehoben. Die Feststellung des Todes eines Menschen einerseits sowie das Ergreifen danach von Massnahmen zum Erhalt von Organen andererseits betreffen zwei verschiedene Sachverhalte, die nicht vermengt werden können, sondern klar voneinander zu trennen sind.

Der Tod wird gemäss Gesetz und den hier zitierten Materialien rechtlich als zeitlich bestimmtes Ereignis festgestellt, das einen Organismus in seiner Gesamtheit (als Mensch/ Person) beschlägt. Die Tatsache, dass das Sterben aus biologischer oder physiologischer Sicht anders eingeordnet werden kann und namentlich ganze Organe und mithin auch einzelne Zellen nach dem rechtlichen Tod einer Person noch funktionsfähig ('lebendig') bleiben können, ändert daran nichts. Einmal den Tod einer Person rechtlich festgestellt, gilt diese Person als tot. Ein allfällig danach teilweise wieder in Gang gesetzter Kreislauf im Hinblick auf eine Organexplantation begründet – aus rechtlicher Sicht – kein neues Leben und stellt auch kein beendetes (vergangenes) Leben wieder her.

Auch der Umstand, dass die Blutzufuhr zum Gehirn der spendenden Person nach deren Tod aktiv unterbunden wird, ändert an dieser Beurteilung nichts. Das Unterbinden der Blutzufuhr zum Gehirn nach dem (rechtlich korrekt festgestellten) Tod, erfolgt nicht zum Zwecke der Sicherstellung des Todes, sondern aus ethischen Überlegungen. Niemand weiss, was passieren könnte, wenn das Gehirn einer erst vor wenigen Minuten verstorbenen Person erneut künstlich mit sauerstoffhaltigem Blut versorgt würde.

Der Gesetzgeber war sich bei Erlass des Transplantationsgesetzes bewusst, dass der rechtliche Tod eines Menschen nach Art. 9 nicht auch gleichzeitig der Tod all seiner Organe und Zellen bedeutet. Vor diesem Hintergrund erscheint die hier zur Anzeige gebrachte Unterbindung der Blutzufuhr zum Gehirn umso logischer, trägt die Ärzteschaft mit dieser Massnahme doch zu einer ethisch korrekten Durchführung von Explantationen bei.

Aus eben diesen Gründen taugt auch das Argument, das Herz sei nicht tot gewesen bei der Explantation, nicht zur Begründung einer Strafbarkeit. Wie gesagt, wird der Tod einer Person als Ganzes festgestellt und nicht der Tod einzelner Organe oder Zellen. Im Übrigen ist zu sagen, dass Organe, die transplantiert werden sollen, 'leben', d.h. funktionieren, müssen, um in einen anderen, lebenden Körper eingesetzt zu werden. Wären diese Organe und deren Zellen in ihrer Funktion ausgefallen und mithin 'tot', gäbe es die Möglichkeit der Organspende nicht.

⁹ BBl 2002, S. 29 ff., siehe dort S. 93 i.f.

Nach dem hier Ausgeführten wird das Verfahren wegen des offensichtlichen Fehlens einer strafbaren Handlung bzw. wegen des offensichtlichen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts auf eine strafbare Handlung nicht an die Hand genommen (Art. 310 Abs. 1 Bst. a StPO i.V.m. Art. 309 Abs. 1 Bst. a, *e contrario*, StPO).

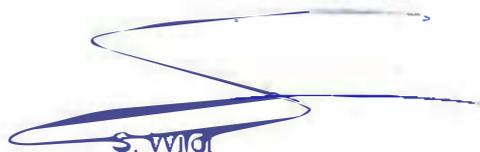
Der Antrag von Dr. med. Alex Frei, lic. iur. et theol. Niklaus Herzog sowie Dr. theol. Roland Graf vom 31.05.2023 auf Erlass eines superprovisorischen Verbots der Durchführung weiterer (Herz-)Transplantationen nach DCD ist unzulässig. Einerseits sieht die StPO (im Gegensatz zur vorliegend nicht anwendbaren ZPO) keine superprovisorischen Massnahmen vor, andererseits kommt den Anzeigern mangels eigener Betroffenheit keine Parteistellung zu, womit sie nicht zur Stellung von Anträgen legitimiert sind.

Die Verfahrenskosten trägt der Kanton (Art. 423 Abs. 1 StPO).

Eine Entschädigung ist nicht auszurichten, da keiner beschuldigten Person (unbekannte Täterschaft) Nachteile entstanden sind (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 430 Abs. 1 Bst. c StPO).

Da über die vorliegende Anzeige in den Medien berichtet wurde, wird eine Kopie der vorliegenden Nichtanhandnahmeverfügung dem kantonsärztlichen Dienst, Aufsichtsbehörde über die Ärzteschaft des Inselspitals, sowie dem Rechtsdienst des Inselspitals zur Kenntnis zugestellt.

Die Staatsanwältin



S. Wildi

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann nach Art. 393 ff. StPO innert 10 Tagen seit Eröffnung schriftlich und begründet Beschwerde bei der Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern, erhoben werden. Die schriftliche Beschwerde muss datiert und von der betroffenen Person oder von einer hierzu bevollmächtigten Anwältin oder einem hierzu bevollmächtigten Anwalt unterschrieben und spätestens am letzten Tag der zehntägigen Frist bei der Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern eingereicht oder zu dessen Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung im Ausland oder, im Falle von inhaftierten Personen, der Anstaltsleitung übergeben werden (Art. 91 Abs. 2 StPO). Die Beweislast hierfür trifft den Absender. **Hinweis:** Eingaben per Telefax und E-Mail sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung. Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingaben elektronisch erfolgen. Genauere Angaben hierzu finden Sie auf der Internetseite der Berner Justiz (<http://www.justice.be.ch/elektronische-eingaben>). Bei Eingaben ist jeweils die Dossiernummer (BA 23 1558) anzugeben.

Geht zur Genehmigung an den Leitenden Staatsanwalt:

genehmigt

Bern, 21.08.2023

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern
Besondere Aufgaben



W. Stolle
Leitender Staatsanwalt