

# Sinn und Grenzen (straf-)gesetzlicher Steuerung im Arztrecht am Beispiel der Organ-Allokation\*

Von Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden\*\*

## I. Einleitung

Gesetzgeberisches Handeln im Bereich des Arztrechts sieht sich vor folgende Schwierigkeit gestellt: Ärzten und Juristen ist eine unterschiedliche Sichtweise eigen, die Auslöser eines mitunter gespannten Verhältnisses ist. Der Arzt ist auf den hilfsbedürftigen Patienten fokussiert (*salus aegroti suprema lex*). Sein Wille, ihm zu helfen, ist auf den zukünftigen, häufig genug nur unter Inkaufnahme von Risiken erreichbaren Heilungserfolg gerichtet, ist also primär prognostisch geprägt. Ein Fehlschlag der Behandlung wird dann von ihm rasch als „Resultat der Komplexität des Lebens“ eingestuft. Der Jurist hingegen rückt den Patienten als freiverantwortlich entscheidendes Individuum, dessen Wille zu respektieren ist (*voluntas aegroti suprema lex*), in den Mittelpunkt. Sein Blick ist berufsbedingt eher auf Steuerung und Kontrolle sowie Risiko-Minimierung gerichtet. Bei einem Fehlschlag ärztlicher Bemühungen steht für den Juristen Vergangenheitsbewältigung an, etwa die Frage nach einem Behandlungsfehler.

Fortschritte der Medizin – die Organtransplantation bietet hierfür ein gutes Beispiel – bringen gerade auch bei technikunterstützter Behandlung neue Heilungschancen, aber auch erhöhte Behandlungsrisiken mit sich. Aus neu erschlossenen Aufgabenfeldern resultiert ein Zuwachs an Verantwortlichkeit:<sup>1</sup> Aus Schicksal des Betroffenen kann Schuld des Arztes werden, die dann (richter-)rechtlicher Erfassung offen steht; aus schicksalhaftem Unglück wird vorwerfbares Unrecht. Des Weiteren beinhaltet eine Überbetonung naturwissenschaftlich-technisch geprägter Medizin die Gefahr, den Patienten nicht mehr als hilfsbedürftigen Menschen, sondern als bloßen Informationsträger medizinisch relevanter Daten und Objekt ärztlichen Tuns zu begreifen. Umgekehrt verfallen Patienten mitunter in eine „Konsumentenhaltung“, wenn Gesundheit als käufliches (und noch dazu teuer bezahltes) Gut erlebt wird.<sup>2</sup>

Eine zunehmende Verrechtlichung des Arzt-Patienten-Verhältnisses hat Auswüchse gezeitigt. Ich erinnere nur an die Überdehnung ärztlicher Aufklärungspflichten durch die zivilrechtliche Rechtsprechung mit dem Ziel, bei nicht be-

weisbarem Behandlungsfehler doch noch eine Schadensersatzpflicht des Arztes zu erreichen. Generell ist eine übermäßige Verrechtlichung dieses Bereiches aber nicht nur positiv (Stichwort: rechtlicher Schutz des Schwachen) zu bewerten. Es droht nämlich auch eine Beeinträchtigung der Arzt-Patienten-Beziehung, die sich ja nicht auf das rechtlich Regelbare beschränkt. So hat das Bundesverfassungsgericht schon 1979 erkannt, dass das Verhältnis von Arzt und Patient weit mehr ist als eine juristische Vertragsbeziehung.<sup>3</sup> Insofern sei auch *Radbruch* zitiert, wonach das „Recht [...] der Abwicklung enttäuschter Erwartungen [dient], nur freundet dabei Recht nicht, es scheidet.“<sup>4</sup> Von einer verrechtlichten Medizin ist der Weg nicht weit zur sog. „Defensivmedizin“:<sup>5</sup> Nichtstun (etwa zu geringe Schmerzmittelgaben) oder zu viel Tun (bspw. eine Weiterbehandlung um jeden Preis oder Überdiagnostik), beides, um auf jeden Fall auf der sicheren Seite zu sein; Formulare und Dokumentation statt Gespräch und Konsil, fehlende Verantwortungsbereitschaft, Risikoscheuheit als Folge tatsächlicher oder auch nur befürchteter Sanktionen des Rechts usw. All dies geht letztlich zu Lasten des Patienten, denn was er durch (straf-)rechtlichen Schutz gewönne, würde sich dann gegen ihn kehren, wenn überzogene (straf-)rechtliche Anforderungen seinem Arzt nahelegen, sich primär an eigenen, als solchen ja durchaus legitimen Bedürfnissen einer Sicherheit vor (auch straf-)rechtlicher Sanktionierung zu orientieren.

Ich will hier nicht die Bedeutung des Rechts in seiner Schutz- und Missbrauchsabwehrfunktion zugunsten des Patienten in Abrede stellen. Der Zugriff der Ärzte auf fundamentale Rechtsgüter der Patienten verlangt nach rechtlicher Rahmensetzung, ist doch der Rechtsstaat durch eine Herrschaft des Rechts über menschliche Macht und Willkür gekennzeichnet. Bei der Frage, ob überhaupt ärztliches Eingreifen zulässig ist, wird man einen ärztlichen Freierraum nicht anerkennen können: Der Erweiterung ärztlicher Freiheit entspreche ja eine Rechtseinbuße bei ihren Patienten. Bei der Organ-Allokation geht es aber nicht um den Schutz eines Patienten vor eigenmächtiger Heilbehandlung, sondern um die gleich-

\* Um einen Fußnotenapparat ergänzter Vortrag, der in abgekürzter Form auf dem von *Martin Böse* und dem *Verfasser* veranstalteten Symposium zum Gedenken an *Knut Amelung* am 2.2.2018 an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden gehalten wurde.

\*\* Der *Verf.* ist Senior-Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Technischen Universität Dresden sowie Leiter der Forschungsstelle Medizinstrafrecht ebenda.

<sup>1</sup> Etwa ein Schadensersatzanspruch wegen „wrongful birth“ erst ab Möglichkeit pränataler Diagnostik.

<sup>2</sup> Zu den Auswirkungen veränderter ökonomischer und juristischer Rahmenbedingungen und gesellschaftlichen Wandels auf das Arzt-Patienten-Verhältnis *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 10 ff.; sowie zuletzt *Miranowicz*, *MedR* 2018, 131.

<sup>3</sup> BVerfGE 52, 131 (169 f.): „Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist, so Eberhard Schmidt (*Der Arzt im Strafrecht*, in: Ponsold, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, 2. Aufl. 1957, S. 2) weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung. „Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“

<sup>4</sup> *Radbruch*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, S. 155.

<sup>5</sup> Krit. *Ulsenheimer*, *MedR* 1987, 207 (215 f.); *ders.*, *MedR* 1992, 127 (133 f.).

heitsgerechte Teilhabe am knappen Gut „Organ“. Bei Entscheidungen innerhalb einer konsentierten Behandlung (also beim Wie) sollte sich jedenfalls das Strafrecht grundsätzlich eher auf die bloße Rahmensetzung einer Grenzkontrolle, die nur bei Beurteilungsfehlern greift, beschränken.

## II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organ-Allokation

Als erstes ist der Blick auf die Anforderungen zu richten, die sich dem Grundgesetz für die Verteilung des knappen Gutes der zu transplantierenden Organe entnehmen lassen.

### 1. Organ-Allokation und Lebenswertindifferenz

#### a) Unzulänglichkeit eines rein utilitaristischen Ansatzes

Bei der Zuteilung von Organen für Transplantationen besteht sicherlich das Dilemma, dass der Gesetzgeber in §§ 10 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 3 TPG die Verteilungsparameter „Erfolgsaussichten“ und „Notwendigkeit/Dringlichkeit“ der Organübertragung zwar benannt, deren Spannungsverhältnis aber nicht gelöst hat: Die Patienten mit der höchsten Dringlichkeitsstufe sind zumeist gerade diejenigen, die wegen des fortgeschrittenen Verlaufs ihrer Erkrankung besonders schlechte Erfolgsaussichten (zumindest auf ein längerfristiges Überleben, häufig aber auch auf das Überstehen der Operation bezogen) bieten; umgekehrt würde ein Abstellen auf die Erfolgsaussichten der Transplantation gerade die eben genannten Risiko-Patienten mit höchster Dringlichkeitsstufe in der Regel von einer Transplantation ausschließen.<sup>6</sup>

Gesellschaftlich sinnvoll unter einem utilitaristischen Blickwinkel wäre es, die Organverteilung danach auszurichten, bei welchen Patienten die Organübertragung zumindest längerfristige, besser noch: gesellschaftsnützliche, Folgen nach sich zöge. Dies hätte dann zur Folge, dass Schwerst- kranke, bei denen infolge ihres krankheitsgeschwächten Gesundheitszustandes eine Transplantation mutmaßlich nur eine gewisse Verlängerung ihrer Lebensspanne zur Folge hätte, hinter Patienten mit höherer Lebenserwartung bzw. höherer gesamtgesellschaftlicher Nützlichkeit zurückzutreten hätten, und zwar auch dann, wenn die Nicht-Transplantation bei ihnen mit hoher Wahrscheinlichkeit den alsbaldigen Tod zur Folge hätte.

Ginge man von einer rein ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts aus, wonach soziale Systeme auch durch Ressourcenknappheit beeinflusst sind, mithin auch hier die knappen Ressourcen möglichst effizient eingesetzt werden sollten, so wäre dies vom Ansatz durchaus plausibel (allokative Effizienz als Richtschnur normativer Ökonomik: „Effizienz als Rechtsprinzip“ – so der programmatische Titel der Standardschrift von Eidenmüller<sup>7</sup>). Sollen aber hieraus more geometrico normative Vorgaben entwickelt werden, so würde das Recht als bloße Sozialtechnologie begriffen, das sich nur

an der ökonomischen Logik<sup>8</sup> orientiert. Dies würde glücklicherweise angesichts der grundgesetzlichen Vorgaben rasch an die Begrenzung für eine derart utilitaristische Herangehensweise stoßen: Als normativer Ansatz ist diese allgemeine Wohlfahrtsökonomie ja an den Maßstäben der Verfassung, namentlich dem der Grundrechte des Einzelnen, zu messen.<sup>9</sup> Es sind also die Grundrechte, die einer einfachgesetzlichen Aufwertung des Effizienzziels Grenzen ziehen. Entsprechendes gilt dann auch für die Rechtsanwendung.

#### b) Prinzip der Lebenswertindifferenz als Schranke aller utilitaristischen Ansätze für die Organ-Allokation

Alle Regelungen, die – egal auf welcher Normierungsebene – im Bereich der Organallokation getroffen werden, haben dem Gesichtspunkt der sog. Lebenswertindifferenz Rechnung zu tragen: Das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG), die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verbieten jede unmittelbare oder auch nur mittelbare Differenzierung nach dem Lebenswert des Einzelnen,<sup>10</sup> aber auch ein Abstellen auf die zu erwartende Dauer oder Qualität seines Lebens.<sup>11</sup>

Vom rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) her ist uns allen ja ein Bewertungsverbot menschlichen Lebens bekannt (Grundsatz der Unabwägbarkeit des Lebens): Ein Leben darf bei der Abwägung der betroffenen Interessen nicht rechtlich höher gewertet werden, weil es kollektiv betrachtet nützlicher für die Gesellschaft erscheint. Die Überlebensinteressen dürfen mithin nicht nach persönlichen Eigenschaften des Rechtsgutsträgers bewertet werden (Studentin, Professor, Nobelpreisträgerin oder Mörder). Man kann dies als Eigenschaftsbewertungsverbot bezeichnen. Die Lebensinteressen dürfen aber auch nicht danach gewichtet werden, ob das Leben der Betroffenen mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit kurz oder lang dauern wird (Dauerbewertungsverbot: Jede Lebensverkürzung stellt ein Tötungsdelikt dar). Seine

<sup>8</sup> Im Sinne einer Steigerung des gesellschaftlichen Wohlstands im Allgemeinen, der dann eintritt, wenn die Gesamtvorteile der von einer Entscheidung profitierenden Personen den Gesamtnachteil aller hiervon mit „Kosten“ belasteter Individuen überwiegen (hierzu am Beispiel des deliktsrechtlichen Schadensersatzes *Faltmann*, ZJS 2017, 10 [10 f.]).

<sup>9</sup> *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 108.

<sup>10</sup> *Dannecker/Streng*, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 127 (141): Auch jede utilitaristisch an der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens des Patientenkollektivs orientierte Organverteilung sei unzulässig; allerdings sei ein die Zahl der überlebenden Organempfänger maximierender Verteilungsmodus nicht von vornherein ausgeschlossen (*dies.*, JZ 2012, 444 [449 ff.] im Zusammenhang mit einer denkbaren Ergänzung des MELD-Score).

<sup>11</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59 (78 ff.); für zumindest relativen Vorrang des individuellen Dringlichkeits- gegenüber dem utilitaristischen Erfolgsaussichtskriterium auch *Höfling*, JZ 2007, 481 (487); siehe auch BVerfG 115, 118 (158) zu § 14 Abs. 3 LuftSiG i.d.F. vom 11.1.2005.

<sup>6</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365 (3368 f.).

<sup>7</sup> *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015.

Grundlage findet dieses Prinzip der Lebenswertindifferenz schon darin, dass eine Entziehung des Lebens gleichzeitig die Entziehung aller anderen möglichen Interessen des Betroffenen darstellt. Das Leben ist die unerlässliche Basis für alle individuellen Rechtsgüter.

*Wiltenmann* hat nun kürzlich zurecht darauf aufmerksam gemacht, dass diese mehr ontologische Begründung allein nicht genügt, da sie nicht die Begründung dafür liefert, dass die Perspektive des Einzelnen maßgeblich sein soll und nicht die Perspektive der Gesellschaft, wie dies bei einer utilitaristischen Betrachtung der Fall wäre.<sup>12</sup> Die entscheidende Begründung ist aber aus dem Grundgesetz zu gewinnen, das in Art. 1 Abs. 1 GG die Menschenwürde an die Spitze der Verfassungspyramide stellt. Der Staat ist nach dieser Leitentscheidung, die auch die Auslegung der Grundrechte prägt, um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates oder der Gemeinschaft willen.<sup>13</sup> So ist das Leben des Einzelnen deswegen unabwägbar, weil der Staat die Perspektive des Einzelnen für prinzipiell maßgeblich hält.<sup>14</sup> Mit *Reinhard Merkel*<sup>15</sup> kann gesagt werden, dass der Staat als Rechtsstaat die Primäraufgabe hat, eine Grundordnung zu garantieren, die eine Rechtspflicht des Einzelnen zur Lebensaufopferung ausschließt.

In Bezug auf die Allokation der zu transplantierenden Organe ist hieraus mit *Bader*<sup>16</sup> und *Dannecker/Streng*<sup>17</sup> zu folgern, dass das grundgesetzliche Gebot der Lebenswertindifferenz bereits das Recht jedes einzelnen Patienten schützt, Zugang zur Warteliste zu erhalten, sofern überhaupt ein gewisser Transplantationserfolg erwartet werden kann;<sup>18</sup> lediglich eine – eng zu bemessende und ärztlicherseits festzulegende – Minimalnutzenschwelle<sup>19</sup> ist zulässig, also ein Kriterium, das auf die generelle Eignung der Transplantation zur Lebenserhaltung und gerade nicht auf mittel- bis langfristige Erfolgsresultate abstellt. Hiermit ist keine quantitative oder qualitative Bewertung des Lebensrechts des Übergangenen verbunden: Das Organ wird dem Patienten nicht vorenthalten, weil es einem anderen Patienten besser, sondern weil es dem Übergangenen gar nicht helfen kann (etwa wegen Blutgruppen-Unverträglichkeit).<sup>20</sup> Unzulässig sind hingegen utilitaristische Verteilungsmodelle, die an der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens des Patientenkollektivs ausgerichtet sind (also etwa an höherer Lebenserwartung oder

größerer Lebensqualität);<sup>21</sup> sie verfehlen das Gebot eines lebenschancengleichen Zugangs zu den knappen Ressourcen der Transplantationsmedizin. Dies gilt nicht nur für die unmittelbare Zuteilung von Lebenschancen durch den Staat, sondern auch bei einer Verteilung durch von ihm legitimierte Institutionen wie die Transplantation-Zentren: Immerhin hat der Gesetzgeber durch das Transplantationsgesetz mit seinem Ausschluss privater Organvermittlung normative Verteilungsregeln im grundrechtsrelevanten Bereich etabliert.

Hieraus folgt beispielsweise, dass an die Listenaufnahme als erstem „Nadelöhr“ zur Organzuteilung nicht zu hohe Anforderungen (z.B. „längerfristige Funktion des transplantierten Organs“) gestellt werden dürfen. Eine grundgesetzkonforme Interpretation entsprechender, die Erfolgsaussichten i.S.v. § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG konkretisierender ärztlicher Richtlinien gebietet die Aufnahme aller Kranken, bei denen die indizierte Transplantation überhaupt einen Erfolg erwarten lässt.<sup>22</sup> Diese „Mindestnutzenschwelle“ steht nicht im Widerspruch zum Prinzip der Lebenswertindifferenz, da sie bereits dann erreicht ist, wenn im Einzelfall die generelle Eignung einer Transplantation gegeben ist: Die Transplantation muss also lediglich medizinisch indiziert sein und nicht nur einen kurzen Aufschub des Leidens versprechen;<sup>23</sup> auch können perioperative Risiken, die ein Nichtüberleben der Operation befürchten lassen, als Kontraindikation berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Mit der Versagung eines Organs infolge mangelnder Eignung (bspw. bei fehlender Blutgruppenkompatibilität<sup>25</sup>) ist eben keine qualitative oder quantitative Bewertung des Lebensrechts des nicht berücksichtigten Patienten verbunden.<sup>26</sup> Es ist einzuräumen, dass die Grenze zwischen minimaler Erfolgsaussicht und nicht akzeptabler größerer (bzw. optimaler Erfolgsaussicht) fließend ist. Die von *Bader*<sup>27</sup> vorgeschlagene zu prognostizierende Mindestfunktionsdauer des Transplantats von drei Monaten scheint mir als ein den „Schmerz der Grenze“ allerdings – wie auch sonst im arzt(straf-)rechtlichen Bereich – nur lindernder Richtwert

<sup>12</sup> *Wiltenmann*, ZStW 127 (2015), 888 (902).

<sup>13</sup> Vgl. die ursprüngliche Formulierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf, JöR 1 (1951), 48 (allerdings mit ausschließlich staatsgerichtetem Bezug).

<sup>14</sup> *Wiltenmann*, ZStW 127 (2015), 888 (905 f.). Den Menschenwürde-Bezug betont auch *Gutmann*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2003, S. 179.

<sup>15</sup> *Merkel*, JZ 2007, 373 (381).

<sup>16</sup> *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 377.

<sup>17</sup> *Dannecker/Streng* (Fn. 10), S. 141.

<sup>18</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 84.

<sup>19</sup> So auch *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 81.

<sup>20</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 344.

<sup>21</sup> So auch *Gutmann*, in: *Gutmann/Schmidt* (Fn. 14), S. 204; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 81.

<sup>22</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 376 f.; *Dannecker/Streng* (Fn. 10), S. 141 m.w.N. in Fn. 66; *Dannecker/Streng/Ganten*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 147 (157): aber nicht bspw. bei völlig unzureichender Compliance des Patienten (hierzu *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 [451: sofern hierdurch das zu erwartende Transplantatüberleben nennenswert gemindert würde]); *Weigel*, *Organvermittlung und Arzthaftung*, 2017, S. 59 (88).

<sup>23</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 82 im Anschluss an *Schott*, *Patientenauswahl und Organallokation*, 2001, S. 361.

<sup>24</sup> *Weigel* (Fn. 22), S. 88.

<sup>25</sup> Hierzu *M. Schneider*, *Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation*, 2015, S. 166 ff.

<sup>26</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 344: Das Organ wird dem Patienten nicht vorenthalten, weil es einem anderen Patienten besser, sondern weil es ihm selbst gar nicht helfen kann.

<sup>27</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 325 f.

akzeptabel.<sup>28</sup> Demgegenüber würden Krankheiten, die mit dem Transplantat nichts zu tun haben, die aber generell lebensverkürzend wirken (können), also etwa eine Krebserkrankung, die zu fordernde „Erfolgsaussicht“ nicht entfallen lassen, da es sich nicht um eine der Organübertragung unmittelbar entgegenstehende medizinische Kontra-Indikation handelt.<sup>29</sup>

Verstoßen die Vorgaben – namentlich die von der Bundesärztekammer erlassenen Richtlinien zur Aufnahme in die Warteliste oder zur Organ-Zuteilung (etwa dadurch, dass sie auf einen längerfristigen Transplantationserfolg abstellen<sup>30</sup>) – gegen diese soeben skizzierte Vorgabe, so sind sie aus verfassungsrechtlichen Gründen (Lebenswertindifferenz) unbeachtlich. Hält sich ein Arzt nicht an entsprechende Vorgaben und verfälscht beispielsweise die für die Führung der Warteliste anzugebenden Kriterien für die langfristigen Erfolgsaussichten einer Transplantation zugunsten seines Patienten, so begründet dies keine Strafbarkeit wegen eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts<sup>31</sup> an demjenigen, der hierdurch auf der Warteliste „überholt“ wird: Angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgabe fehlt es an einer unerlaubten Gefahrschaffung und damit an der objektiven Zurechnung des Taterfolges.<sup>32</sup>

Insoweit abschließend sei darauf hingewiesen, dass das Prinzip der Lebenswertindifferenz keineswegs überhaupt der Zuteilung eines lebenswichtigen Organs an einen Patienten entgegensteht, auch wenn hiermit zwangsläufig die Konsequenz verbunden ist, dass ein auf der Warteliste hinter ihm platzierter anderer Patient verstirbt: Kann nur ein Mensch von mehreren gerettet werden, so ist eine Entscheidung durchaus rechtlich zulässig. Sie muss aber das Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit erfüllen und einen chancengleichen Zugang garantieren;<sup>33</sup> mithin darf sie nicht an Lebenswert oder Lebenssinn anknüpfen.<sup>34</sup> Mit den Worten von *Claus Roxin* (im Zusammenhang mit der Interessenabwägung bei § 34 StGB): „Es darf also auch nicht der Schwachsinnige zur Rettung des Nobelpreisträgers, der welche Greis zur Erhaltung des kraftvollen Jünglings, der sozialschädliche Kriminelle zur

Bewahrung wertvollen Lebens geopfert [ich ergänze: oder bei der Organallokation übergangen] werden.“<sup>35</sup>

## 2. Einzelfragen am Beispiel von Ausschluss-Kriterien sowohl für eine Aufnahme auf die Warte-Liste als auch für die Organzuteilung

### a) Lebensalter

In der Transplantationsmedizin hat eine Altersrationierung durchaus Tradition: So wurden bis in die 80er Jahre keine lebenswichtigen Organe an Patienten über 50 Jahre übertragen.<sup>36</sup> Heute spielt das Lebensalter – jedenfalls in den Richtlinien – sowohl bei der Aufnahme in die Warteliste als auch regelmäßig bei der Allokation im eigentlichen Sinne<sup>37</sup> keine Rolle.

Für eine Berücksichtigung des Lebensalters spräche zwar die durchschnittlich geringere Restlebenszeit älterer Patienten. Dies lässt eine Organzuteilung an sie als suboptimal erscheinen, da nicht auszuschließen ist, dass die Organ-Funktionsdauer die restliche Lebenszeit des Patienten übersteigt,<sup>38</sup> mithin eine utilitaristische Begründung. Denkbar wäre aber auch ein eher egalitärer Ansatz: Älteren Patienten wurde ja bereits das Privileg eines langen Lebens zuteil; somit wäre es gerecht, Organe Jüngeren zur Verfügung zu stellen, die sonst dieses Privileg gar nicht erreichen könnten.<sup>39</sup>

Letztendlich verbirgt sich hinter diesen Überlegungen die Grundüberzeugung, dass das Leben im Alter weniger wert sei als in der Jugend (womit letztlich ein sozialer Allokationsgedanke am Horizont erscheint, nämlich die Überlegung bzw. Unterstellung geringerer gesellschaftlicher Produktivität älterer Menschen).<sup>40</sup> Das Grundgesetz mit seinem Gebot der Lebenswertindifferenz nimmt aber nur den hier und jetzt hilfsbedürftigen Menschen in den Blick, dem unabhängig von seinem Lebensalter das gleiche Lebensrecht zusteht wie jedem anderen, auch jüngeren, Menschen.<sup>41</sup>

Kurz erwähnt werden soll hier aber auch eine umgekehrte Fallgestaltung, nämlich eine unzulässige<sup>42</sup> Benachteiligung jüngerer Patienten zugunsten Älterer, nämlich durch das Eurotransplant-„Senior Programm“ (Old for Old): Danach sind Nieren von Spendern, die über 65 Jahre alt sind, aus-

<sup>28</sup> Siehe aber auch *Schott* (Fn. 23), S. 360 f.

<sup>29</sup> *M. Schneider* (Fn. 25), S. 189; ebenso *Bader* (Fn. 16), S. 377 f.

<sup>30</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 376.

<sup>31</sup> In der Regel infolge Nachweisschwierigkeiten in Bezug auf die Erfolgskausalität nur als versuchtes Delikt.

<sup>32</sup> *I. Sternberg-Lieben/D. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32. Umgekehrt könnte im Falle richtlinienkorrekter Angabe der wartelistenrelevanten Parameter im eben erwähnten Fall der Arzt möglicherweise infolge des Ausschlusses dieses Patienten ein wegen fehlenden Kausalitätsnachweises in der Regel nur versuchtes Tötungs- oder Körperverletzungsdelikt verwirklichen, doch dürfte seiner Bestrafung ein regelmäßig unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegenstehen.

<sup>33</sup> Vgl. allgemein zu den rechtlichen Voraussetzungen bei der „Verwaltung“ knapper Güter: *Badura*, in: *Wend/Höfling/Karpen* (Hrsg.), *Staat – Wirtschaft – Steuern*, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 529.

<sup>34</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 80.

<sup>35</sup> *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 33; so auch in Bezug auf das menschliche Leben *Eser*, JZ 1986, 786 (795): „Ablehnung jeder Differenzierung nach seinem ‚Wert‘“.

<sup>36</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 435.

<sup>37</sup> Zulässig ist aber die Berücksichtigung der Alterskompatibilität von Spenderorgan und Empfängerorganismus zur Steigerung der Erfolgsaussichten i.S.e. Mindestnutzens (*Bader* [Fn. 16], S. 436).

<sup>38</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 438.

<sup>39</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 439.

<sup>40</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 444 f.; abl. auch *Schott* (Fn. 23), S. 318 ff.

<sup>41</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 445 ff.

<sup>42</sup> So auch *Bader* (Fn. 16), S. 389; *Weigel* (Fn. 22), S. 104. Anders *M. Schneider* (Fn. 25), S. 215.

schließlich Empfängern anzubieten, die ihrerseits das 65. Lebensjahr vollendet haben. Dies hat sicherlich den Nutzen, dass die generellen Erfolgsaussichten von Nierentransplantationen erhöht werden: Da ältere Nieren regelmäßig eine kürzere Funktionsdauer erwarten lassen, sollen sie dem Patientenkollektiv zugutekommen, das hieraus den größeren Nutzen ziehen dürften: Die verkürzte „Restlaufzeit“ der übertragenen Niere dürfte sich häufig genug mit der kürzeren Lebensspanne decken, die älteren Patienten noch verbleibt, während bei einer Übertragung auf jüngere Patienten erhöhte Retransplantationsraten zu erwarten sind. Diese auf eine Optimierung der Funktionsraten abhebende Überlegung ist aber mit dem Prinzip der Lebenswertindifferenz nicht vereinbar. Es kann auch keineswegs das zulässige Ausschlusskriterium mangelnder Erfolgsaussichten hierfür angeführt werden, da Nieren älterer Spender ja auch bei jüngeren Empfängern funktionieren, die Hürde des Mindestnutzens also überwunden ist.<sup>43</sup>

#### b) Wartezeit

Der bis zur möglichen Zuteilung eines Organs verstreichenen Wartezeit kommt keine eigenständige Bedeutung neben dem Kriterium der Dringlichkeit zu. Sicherlich nimmt der Zustand des zu ersetzenden Organs Schaden, wodurch auch Sekundärschäden an anderen Organen eintreten; der psychische Zustand des Betroffenen verschlechtert sich, auch unter dem Eindruck von Nebenwirkungen von Ersatz-Therapien, die ggf. allmählich an Wirksamkeit nachlassen. Dies allein vermag aber die am konkreten Ersatzbedarf, also der Dringlichkeit der Transplantation, zu orientierende Organ-Zuteilung nicht zu überspielen: Die Zuteilung hat sich am höchsten Bedarf zu orientieren, sie muss nicht durch eine längere Wartezeit „ersessen“ werden. Selbstredend kann eine erhöhte Transplantationsdringlichkeit im Verlauf der Wartezeit infolge der erwähnten Nebenfolgen eintreten.<sup>44</sup>

#### c) Vorverschulden am Beispiel des Schmerzmittel-, Alkohol- und Nikotinabusus

Nach ernstzunehmenden Schätzungen beruhen 20 % der Fälle von Nieren-Insuffizienz auf Schmerzmittelmissbrauch, 60 % der Leber-Insuffizienzen auf Alkoholismus und Herz- und Lungenversagen vielfach auf übermäßigem Rauchen.<sup>45</sup> Für einen Ausschluss entsprechender Patienten von der Warteliste spräche immerhin die Erwägung, dass die Betroffenen die Konsequenzen eines von ihnen frei gewählten Lebensstils tragen sollten, anstatt sie durch die Verknappung medizinischer Ressourcen anderen Patienten aufzubürden.<sup>46</sup> Hierbei

handelt es sich dann nicht um eine medizinische Überlegung, sondern um ein Gerechtigkeitsargument, wie es auch vom rechtfertigenden Notstand her bekannt ist:<sup>47</sup> Die Hinnahme wesentlicher Freiheitsverluste kann vom Bürger nicht verlangt werden kann, es sei denn, er ist dafür verantwortlich.

Nun sind im Gesundheitsrecht durchaus Regelungen vorhanden, die auf ein Selbstverschulden der Gesundheitsbeeinträchtigung abstellen. Diese haben aber nur pekuniäre Nachteile einer Kostenbeteiligung zur Folge, nicht etwa einen Behandlungsausschluss.<sup>48</sup> Zwar basiert unsere Rechtsordnung auf der Idee eines selbstverantwortlich agierenden Einzelnen. Die Realität entspricht aber keineswegs immer dieser Idealvorstellung. Konsequenterweise werden Schmerzmittel-, Alkohol- und Nikotin-Abusus inzwischen in der Medizin als suchtbedingte Krankheiten verstanden.<sup>49</sup> Verfassungsrechtlich betrachtet verstößt die Berücksichtigung des Kriteriums „Vorverschulden“ jedenfalls gegen das Prinzip der Lebenswertindifferenz,<sup>50</sup> da mit einer derart begründeten Vorrangentscheidung ja letztlich die Abwertung des Lebensrechts dieser Patienten verbunden wäre (mitunter überspitzend als *de facto*-Todesstrafe bezeichnet).<sup>51</sup> Einfachgesetzlich ist ergänzend anzumerken, dass derartiges „Selbstverschulden“ keineswegs ein medizinisches, sondern ein ethisch begründete Zuteilungskriterium darstellen würde, das damit von vornherein schon nicht als „Regel der medizinischen Wissenschaft“ i.S.v. § 10 Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 Abs. 3 S. 1 TPG anzusehen ist.<sup>52</sup>

#### d) Drittverschulden

Aus den beiden eben unter c) genannten Gründen wäre umgekehrt eine Bevorzugung wegen eines Organverlusts infolge eines Drittverschuldens nicht zulässig,<sup>53</sup> auch nicht im Falle des Drittverschuldens durch den Leistungserbringer selbst (also etwa bei einem Kunstfehler im Transplantationszentrum, der zum Organverlust führt).

#### e) Zu erwartende mangelnde Compliance (auch: Compliance-Mangel infolge fehlender Sprachkenntnisse)

Sicherlich hängt der Erfolg einer Organtransplantation angesichts der erforderlichen Langzeit-Therapie (Stichwort: Einnahme von Medikamenten zur Immunsuppression, um eine Abstoßung des Organs zu verhindern) entscheidend auch davon ab, dass der Patient nicht durch Unzuverlässigkeit den Behandlungserfolg gefährdet. Die Bandbreite möglichen Fehlverhaltens des Patienten reicht von der Nichteinnahme von Medikamenten zur Immunsuppression über das Versäu-

<sup>43</sup> Weigel (Fn. 22), S. 104; so auch Bader (Fn. 16), S. 280, der dieses Programm aber unter dem Gesichtspunkt der Herstellung von Chancengleichheit für eine strukturell benachteiligte Gruppe für zulässig erachtet. Eine derartige Gerechtigkeitsüberlegung vermag aber das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG) nicht zu überspielen (Weigel [Fn. 22], S. 104).

<sup>44</sup> So auch Schott (Fn. 23), S. 311.

<sup>45</sup> Bader (Fn. 16), S. 460.

<sup>46</sup> Entsprechende Nachw. bei Bader (Fn. 16), S. 461.

<sup>47</sup> Wilenmann, ZStW 127 (2015), 888 (909).

<sup>48</sup> Bader (Fn. 16), S. 462.

<sup>49</sup> Bader (Fn. 16), S. 465.

<sup>50</sup> Anders nur dann, wenn der Abusus zu einer derartigen körperlichen Schwächung geführt hat, dass die „Mindestnutzenschwelle“ voraussichtlich nicht zu erreichen ist.

<sup>51</sup> Bader (Fn. 16), S. 467; ebenso M. Schneider (Fn. 25), S. 210 f.; Schott (Fn. 23), S. 336.

<sup>52</sup> Bader (Fn. 16), S. 466.

<sup>53</sup> Schott (Fn. 23), S. 338.

men von Kontrollterminen und Ignorieren von Abstoßungsreaktionen bis hin zur Missachtung von Diätempfehlungen.<sup>54</sup> Dieses denkbare Ausschlusskriterium bereits für die Aufnahme in eine Warteliste weckt nicht nur wegen seiner Unbestimmtheit und der Schwierigkeit, die Kooperationsbereitschaft, aber auch -fähigkeit des Patienten vorab zuverlässig einschätzen zu können, Bedenken. Es ist offensichtlich, dass durch dieses nur scheinbar rein medizinische Tor einer entsprechenden Kontra-Indikation sachfremde Erwägungen in den Entscheidungsprozess einzufließen drohen:<sup>55</sup> Es ist nicht gerade unwahrscheinlich, dass bewusst oder unbewusst Wertungen einfließen, die von der Ablehnung eines bestimmten Lebensstils getragen werden (etwa desjenigen von Drogenabhängigen, aber auch von Ausländern allgemein), so dass es zu einer (schleichenden) Diskriminierung bestimmter sozialer Gruppen kommt, deren sozialer Wert als geringerwertig eingestuft wird. Umgekehrt wird aus den USA berichtet, dass im Gegenzug Patienten der eigenen sozialen Schicht („People like Us“) bevorzugt werden.<sup>56</sup> Angesichts des Prinzips der Lebenswertindifferenz dürfen aber unter dem Gesichtspunkt sicher zu prognostizierenden Fehlens von Compliance nur Patienten abgewiesen werden, bei denen anhand objektiv festzustellender Merkmale die Schwelle des Mindestnutzens nicht zu erreichen wäre, bei denen mithin infolge mangelnder Kooperation des Patienten schon kurzfristig mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer Abstoßung bzw. sonstigen Zerstörung des Transplantats zu rechnen ist.<sup>57</sup> Um einer verkappten Heranziehung von Bewertungen des Lebensrechts gemäß sozial-nützlichem bzw. -schädlichem Verhalten von vornherein entgegenzutreten, ist zu verlangen, dass nach medizinischen Erfahrungssätzen (etwas anderes dürfte nach § 16 Abs. 1 S. 1 TPG in den Richtlinien ohnehin nicht entscheidungsleitend sein!) der Behandlungserfolg mit hoher Wahrscheinlichkeit gänzlich ausgeschlossen ist. Dies kann bei Drogenabhängigen, denen es infolge ihres Drogenkonsums an jeglicher Kooperationsfähigkeit bzw. -bereitschaft fehlt, im Einzelfall gegeben sein. Die Aufnahme in die Warteliste bzw. die spätere Organ-Zuteilung darf aber keineswegs mit der Begründung verweigert werden, dass infolge des Drogenkonsums der langfristige Transplantationserfolg ohnehin gefährdet sei. Dann würde nämlich letztlich nicht mehr auf die Behandlungsfähigkeit des Patienten, sondern unzulässiger Weise auf eine ärztlicherseits konstatierte fehlende Behandlungswürdigkeit abgestellt.

Mitunter kommt der Gesichtspunkt fehlender Compliance unter einem ganz speziellen Aspekt zum Tragen, nämlich dem mangelnder Kooperationsfähigkeit infolge fehlender Sprachkenntnisse.<sup>58</sup> Es sei hier dahingestellt, ob es sich in diesem Fall bereits um eine angesichts der Vorgabe von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Niemand darf wegen [...] seiner Spra-

che [...] benachteiligt [...] werden) absolut unzulässige Erwägung handelt.<sup>59</sup> Immerhin könnte insoweit diese Passage des speziellen Gleichbehandlungsgebots als Verbot einer Diskriminierung infolge der Zugehörigkeit zu einem geburtsbedingten Sprach- und Kulturkreis zu verstehen sein, wofür immerhin eine Gemeinsamkeit mit den ebenfalls geburtsbedingten Kriterien Rasse, Geschlecht, Abstammung und Herkunft spräche.<sup>60</sup> Dies ist aber letztlich unerheblich, da eine vermeintliche Kontra-Indikation infolge fehlender Sprachkenntnisse sich aus folgendem Grunde als unverhältnismäßiger (da nicht erforderlicher) und damit gegen Art. 3 GG verstoßender Eingriff in die Überlebenschancen des Betroffenen darstellt: Diesem Compliance-Mangel könnte nämlich durch das Überwinden der Verständigungsprobleme mittels eines Dolmetschers abgeholfen werden. Dass die Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht gem. § 630c BGB geboten sein kann,<sup>61</sup> sei hier nur am Rande bemerkt. Insoweit abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein Ausschluss von Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, auch nicht damit begründet werden kann, dass es nicht machbar bzw. zumutbar sei, eine 24-stündige Übersetzungsmöglichkeit durch einen ggf. hoch spezialisierten Dolmetscher über die Gesamtdauer der medizinischen Behandlung vorzuhalten. Eine derartige, jederzeitige verbale Kommunikationsmöglichkeit ist aber keineswegs zu fordern. Täte man dies (schon um infolge praktischer Unmöglichkeit von vornherein organisatorischen Schwierigkeiten oder dem Problem der Finanzierung der Dolmetscherkosten aus dem Wege zu gehen), so würde man ja auch Körperbehinderte, die gehörlos oder stumm sind, mangels jederzeitiger Kommunikationsmöglichkeit dauerhaft von Organtransplantationen auszuschließen haben,<sup>62</sup> ein Verhalten, das mit Sicherheit gegen das absolute Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden) verstieße. Das Bundesverfassungsgericht<sup>63</sup> hat – auch dies sei erwähnt – in einer Entscheidung über eine nach Auffassung des Gerichts zu Unrecht verweigerte Prozesskostenhilfe ausgeführt, dass es sich bei der Nichtaufnahme in eine Warteliste für eine Herztransplantation mangels hinreichender Erfolgsaussicht infolge fehlender Sprachkenntnisse um schwierige Rechtsfragen handele, die gegenwärtig noch nicht geklärt seien.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> So *Bader* (Fn. 16), S. 381.

<sup>60</sup> So etwa *Weigel* (Fn. 22), S. 93 m.w.N. in Fn. 367 ff.

<sup>61</sup> *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB Rn. 7; *ders.*, *ZMGR* 2016, 21 (26); siehe auch OLG Köln GesR 2016, 518 = BeckRS 2016, 06133.

<sup>62</sup> Hierauf macht *Weigel* (Fn. 22), S. 95, aufmerksam.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2013, 1727.

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2013, 1727, 1. LS: „Es ist mit dem aus Art. 3 I i. V. mit Art. 20 III GG folgenden Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit unvereinbar, Prozesskostenhilfe für eine Schmerzensgeldklage wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts infolge Nichtaufnahme in die Warteliste für eine Organvermittlung [hier: für eine Herztransplantation] durch Anwendung des Merkmals der „Compliance“ im Sinne einer Richtlinie der Bundesärztekammer (Mitwirkung

<sup>54</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 208.

<sup>55</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 210 f.; *Weigel* (Fn. 22), S. 89.

<sup>56</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 380.

<sup>57</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 379; siehe auch *M. Schneider* (Fn. 25), S. 178 ff.; *Weigel* (Fn. 22), S. 88 ff.

<sup>58</sup> Hierzu *Bader* (Fn. 16), S. 209, 381 f.; *M. Schneider* (Fn. 25), S. 181; *Weigel* (Fn. 22), S. 90 ff.

f) Benachteiligung bzw. Bevorzugung infolge fehlender oder vorhandener Organspende-Bereitschaft

Unzulässig ist auch die Benachteiligung von Personen, die ein Organ-Spende ablehnen bzw. umgekehrt eine Bevorzugung von Personen, die zur Organspende bereit sind (sog. Solidar-Modell):<sup>65</sup> Kein soziales Vorverhalten kann die Vorenthaltung elementarer Gesundheits- und Lebenschancen rechtfertigen: Die Grundlagen menschenwürdigen Daseins stehen jedem Menschen voraussetzungslos zu, sie müssen nicht verdient werden.<sup>66</sup>

### III. Weitere Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organ-Allokation

Nun soll der Blick auf die weiteren Anforderungen gerichtet werden, die sich dem Grundgesetz für die Verteilung des knappen Gutes zu transplantierender Organe entnehmen lassen.

#### 1. Wesentlichkeitstheorie

Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen (so die sog. Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>67</sup>). Die Erfüllung dieser Vorgabe könnte in Bezug auf die Regelungen zum Wartelistenzugang sowie zur Organverteilung an die auf der Warteliste geführten Patienten deshalb zweifelhaft sein, da in den §§ 10 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 3 TPG lediglich die – ohnehin gegenläufigen<sup>68</sup> – Kriterien von Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung benannt sind.<sup>69</sup> So macht etwa Höfling<sup>70</sup> geltend, bei der Regelung der Organ-Verteilung

des Patienten bei der Vor- und Nachbehandlung) und insbesondere durch das Abstellen auf fehlende Sprachkenntnisse mangels hinreichender Erfolgsaussicht zu versagen, obwohl damit zusammenhängende schwierige Rechtsfragen gegenwärtig noch nicht geklärt sind.“

<sup>65</sup> Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 11), S. 87 f.; abl. zur „Klub-Lösung“ bereits Schreiber, in: Dierks/Neuhaus/Wienke (Hrsg.), Die Allokation von Spenderorganen, 1999, S. 65, 67.

<sup>66</sup> Schott (Fn. 23), S. 352; siehe auch Bader (Fn. 16), S. 468 ff., 495 f. – Im Extremfall würde also auch einem Täter, durch dessen versuchtes Tötungsdelikt das Opfer die Funktionsfähigkeit seiner Leber einbüßte, bei höherer medizinischer Dringlichkeit Vorrang gegenüber seinem Tatopfer zukommen.

<sup>67</sup> BVerfGE 83, 130 (142), 98, 218 (251 m.w.N.).

<sup>68</sup> Siehe Text nach Fn. 87.

<sup>69</sup> Gemäß § 16 TPG hat dann die Bundesärztekammer den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen.

<sup>70</sup> Höfling, JZ 2007, 481 (482). Einen Verstoß gegen die „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des BVerfG nehmen auch an: Bader (Fn. 16) S. 194 f.; Dannecker/Streng (Fn. 10), S. 138 f.; Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 11), S. 38 ff.; dies., NJW 2003, 3365 (3372); Fateh-Moghadam, MedR

handele es sich um eine „umgekehrte Wesentlichkeitstheorie“, da alles Wesentliche gerade nicht im Gesetz stehe.

Im Zusammenhang mit der Organallokation als Zuteilung knapper, elementarer Lebenschancen liegt es nahe, auf die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum hochschulrechtlichen Numerus-Clausus zu rekurrieren. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht ja entschieden, dass eine (hinreichende) gesetzliche Grundlage schon deshalb erforderlich sei, weil die Beteiligung am knappen Gut „Ausbildungsplatz an der Hochschule“ die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten (Art. 12 GG) darstelle.<sup>71</sup> Wenn eine Regelung in den Grundrechtsbereich des Art. 12 GG eingreift „und sich hier als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann, dann kann in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, daß in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, daß der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll.“<sup>72</sup>

Einem Erst-recht-Schluss<sup>73</sup> von der Notwendigkeit hinreichender gesetzgeberischer Grundlegung bei Eingriffen in die Berufsfreiheit auf die Konstellation der im unmittelbaren Sinne überlebenswichtigen Organzuteilung kann zwar nicht entgegeng gehalten werden, dass ärztliches Handeln auch im Falle der Organzuteilung keine originäre staatliche Aufgabe darstellt: Etabliert der Gesetzgeber wie im Falle des Transplantationsgesetzes mit einem Ausschluss privater Organvermittlung normative Verteilungsregeln im grundrechtsrelevanten Bereich, dann unterliegt sein Handeln dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>74</sup>

Hier darf aber – und hierauf hat Rosenau<sup>75</sup> bereits 2009 aufmerksam gemacht – nicht außer Acht gelassen werden, dass die „Wesentlichkeitstheorie“ stets vor der Folie des konkreten Regelungsgegenstands zu sehen ist. Wenn sich der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts auch nach der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit richtet, so ist doch zusätzlich in den Blick zu nehmen, dass eine inhaltlich

2014, 665 (666) in abl. Besprechung von OLG Braunschweig NSTZ 2013, 593; Höfling, in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 16 Rn. 23 ff.; Lang, MedR 2005, 269 (275 ff.); M. Schneider (Fn. 25) S. 76; Schroth, NSTZ 2013, 437 (440 f.); Schroth/Hofmann, medstra 2018, 3 (7 f.). Anders Rissing-van Saan, NSTZ 2014, 233 (236 ff.); sowie Hess, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), Festschrift für Franz-Josef Dahm: Glück auf! Medizinrecht gestalten, 2017, S. 231 (240 f.); Mohammadi-Kangari, Die Richtlinien der Organverteilung im Transplantationsgesetz – verfassungsgemäß?, 2011, S. 139.

<sup>71</sup> BVerfGE 33, 303 (337).

<sup>72</sup> BVerfGE 33, 303 (346 im Anschluss an BVerfGE 33, 125 [158]); zuletzt BVerfG NJW 2018, 361 (364).

<sup>73</sup> So etwa Bader (Fn. 16), S. 190.

<sup>74</sup> Gutmann/Fateh-Moghadam (Fn. 11), S. 40 im Anschluss an Badura (Fn. 31), S. 529.

<sup>75</sup> Rosenau, in: Ahrens/v. Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz (Hrsg.), Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 435 (442).

möglichst richtige Entscheidung von der Stelle getroffen wird, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügt.<sup>76</sup> Hiermit wächst dem Gesetzgeber ein durchaus breiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>77</sup> Gesetzliche Feinsteuerung wird dann umso weniger in Betracht kommen, als ein schneller Wandel des entscheidungsrelevanten Stands der Facherkenntnisse – wie dies im Bereich ärztlichen Handelns zumeist der Fall ist – nach einem flexiblen und zügigen Verfahren der Normierung verlangt.<sup>78</sup> Ich erinnere insoweit an die sog. Kalkar-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>79</sup> zum Recht der technischen Sicherheit: „Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde [...] die [...] Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern. Sie wäre ein Rückschritt auf Kosten der Sicherheit.“

Hierbei handelt es sich nicht um ein bloßes Praktikabilitätsargument, sondern um die gebotene Reaktion auf die Notwendigkeit, den erforderlichen dynamischen Grundrechtsschutz gerade dadurch zu ermöglichen, dass relativ grob zugeschnittene gesetzliche Vorgaben (Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung) durch Einbindung medizinischen Sachverständes überhaupt erst ihre sinnvoll steuernde Wirkung entfalten können und damit praktikabel werden. Deshalb bestehen aus meiner Sicht letztlich keine durchschlagenden Bedenken, sowohl den Zugang zur Warteliste als auch die Reihenfolge auf der Liste an Kriterien auszurichten, die sich nicht aus dem TPG, sondern erst aus dessen Konkretisierung durch Richtlinien der Bundesärztekammer ergeben.

<sup>76</sup> Vgl. BVerfGE 98, 218 (252 [im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Exekutive und Parlament: Warnung vor andernfalls drohendem Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts; dieser Gedanke ist auch für die vorliegende Konstellation nutzbar zu machen]).

<sup>77</sup> *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesens, 2001, S. 59 ff. Auch *Çalışkan* (Die medizinrechtlichen Ordnungsstrukturen, 2014) nimmt letztlich keinen Verstoß der TPG-Richtlinien gegen die Wesentlichkeitsrechtsprechung an (S. 220 ff., 231); seine Forderung nach hinreichender gesetzlicher Steuerung im Bereich organisatorisch-verfahrensrechtlicher Fragen (S. 225) – ebenso *Mohammadi-Kangari* (Fn. 70), S. 112 – dürfte durch die Vorgaben von § 16 Abs. 2 S. 3 und 4 TPG sowie durch den 2013 eingeführten Genehmigungsvorbehalt der BÄK-Richtlinien durch das Bundesministerium für Gesundheit hinreichend Rechnung getragen sein (anders *Çalışkan*, a.a.O., S. 308).

<sup>78</sup> *Rosenau* (Fn. 75), S. 447 unter Bezugnahme auf BVerfGE 49, 89 (137).

<sup>79</sup> BVerfGE 49, 89 (137). Auch *Schmidt-Aßmann* (Fn. 77), S. 60, betont den insoweit zu gewährleistenden „dynamischen Grundrechtsschutz“; siehe auch *Schultze-Fielitz*, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl. 2010, S. 455 (464); sowie *Schröder*, a.a.O., S. 237 (249): Rechtsetzungsauftrag der Exekutive für Regelungsgegenstände mit einer hohen Änderungsfrequenz).

## 2. Hinreichende Bestimmtheit der Vorgaben aus TPG und ärztlichen Richtlinien<sup>80</sup>

Die durch diverse Richtlinien der Bundesärztekammer konkretisierten Vorgaben für die Organ-Allokation stehen durchaus mit dem für strafrechtliche Normierungen geltenden Bestimmtheitsgebot in Einklang. Dies wurde bekanntlich vom 2. Strafsenat des BGH bei seiner Entscheidung zum Göttinger Organ-Allokationskandal in Zweifel gezogen.<sup>81</sup> In einer Entscheidungsbesprechung in der Juristenzeitung haben meine Frau und ich dargelegt, dass eine Sanktionierung wegen (versuchten) Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts keineswegs im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG stünde.<sup>82</sup> Ein Argument insoweit ist ein Vergleich mit der ärztlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei einem Behandlungsfehler:<sup>83</sup> Der insoweit für ärztliches Handeln und seine zivil- und strafrechtliche Beurteilung richtungweisende Maßstab des medizinischen Standards ist ja offen und als solcher keineswegs hinreichend bestimmt ist. Gleichwohl entscheidet über ärztliche Strafbarkeit bei einem möglichen Behandlungsfehler regelmäßig die Einhaltung dieses durch Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften konkretisierten Facharztstandards;<sup>84</sup> die Heranziehung der Vielzahl zur Fixierung dieses Standards geschaffenen Richt- und Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften ist bislang nicht in Zweifel gezogen worden.<sup>85</sup> Auch bei Verstößen gegen die in den BÄK-

<sup>80</sup> Um für strafrechtliche Sanktionierungen – §§ 212, 223 StGB – an sie anschließen zu können.

<sup>81</sup> BGH NJW 2017, 3249 (3251), der i.Ü. § 212 StGB als ein gleichsam durch die Richtlinienbestimmung ausgefülltes Blankett ansieht.

<sup>82</sup> *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (34).

<sup>83</sup> So auch *Rosenau*, MedR 2016, 706 (711).

<sup>84</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 212 ff. Zum Verhältnis von Standard und Richtlinien im Bereich der Krankenbehandlung siehe *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 61 ff.

<sup>85</sup> Somit kommt es nicht darauf an, ob bei etwaiger Unwirksamkeit der Vorgaben von § 10 Abs. 3 S. 2 TPG i.V.m. den BÄK-Richtlinien diese dann doch wegen ihrer faktischen Beachtung schon deshalb als maßgebend anzusehen sind, um einem „Naturzustand“ zu wehren, in dem jedes Mittel „Recht“ i.S.v. von wenigstens nicht verboten wäre (OLG Braunschweig MedR 2014, 661 [664]; *Böse*, ZJS 2013, 117 [121]; abl. *Schroth*, NSTZ 2013, 437 [444]). Hierfür könnte immerhin sprechen, dass auch das Bundesverfassungsgericht (z.B. BVerfGE 61, 319 [356]; siehe auch BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 2 U 42/03 R = BeckRS 2005, 41416) es zulässt, eine grundgesetzwidrige Vorschrift vorübergehend weiter anzuwenden, um einen Zustand zu verhindern, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre. Diesem plausiblen Ansatz – mitunter auch auf den Gedanken einer „Schicksalsgemeinschaft“ aller gelisteten Patienten gestützt (*Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 [244]; abl. *Schroth/Hofmann*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner [Hrsg.], Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 523 [540]: bloße Unglücksgemeinschaft mangels

Transplantationsrichtlinien enthaltenen Vorgaben kommt es als mittelbare Gefährschaffung für eine Strafbarkeit des Arztes auf die Verletzung dieser in den Richtlinien zur Ausführung von § 12 Abs. 3 S. 1 TPG niedergelegten, potentielle Organempfänger schützenden<sup>86</sup> Verhaltensvorgaben, die unmittelbar das ärztliche Handeln steuern sollen, an.<sup>87</sup>

Sicherlich besteht zwischen den beiden vom Gesetzgeber gewählten Fixpunkten (Dringlichkeit/Erfolgsaussicht einer Organverpflanzung) ein struktureller Widerspruch:<sup>88</sup> Die Patienten mit der höchsten Dringlichkeitsstufe sind zumeist gerade diejenigen, bei denen wegen des fortgeschrittenen Verlaufs ihrer Erkrankung besonders schlechte Erfolgsaussichten (zumindest auf ein längerfristiges Überleben, häufig aber auch auf das Überstehen der Operation bezogen) bestehen. Umgekehrt würde ein Abstellen auf die Erfolgsaussichten der Transplantation gerade Risiko-Patienten mit höchster Dringlichkeitsstufe in der Regel von einer Transplantation ausschließen. Auch wenn diese Vorgaben von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht – die als solche ja durchaus hinreichend bestimmt sind<sup>89</sup> – miteinander nicht bruchlos in Einklang gebracht werden können, so zwingt dies nicht dazu, eine Unwirksamkeit dieser Vorgaben anzunehmen:<sup>90</sup> Angesichts

---

freiwilligen Zusammenschlusses) – kann nicht entgegeng gehalten werden, dass diese Gerechtigkeitsüberlegung (kein Verschaffen „unlauterer Vorteile“) nicht zu strafrechtlichen Sanktionen führen könne (so aber *Schroth/Hofmann*, a.a.O., S. 542: Immerhin bestehen mit den §§ 212, 223 StGB Sanktionsnormen, zu deren Konkretisierung (unerlaubte Gefährschaffung) auf das eingespielte Organverteilungssystem unter dem Dirigat des § 10 Abs. 3 S. 2 TPG i.V.m. den BÄK-Richtlinien zurückgegriffen werden kann.

<sup>86</sup> Ein Verstoß gegen diese Verhaltensvorgaben stellt auch keine – seit 2013 von § 19 Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 2 TPG inkriminierte – bloße Wettbewerbsverzerrung zulasten anderer Patienten beim Konkurrieren um Organe dar: Die Verteilungsvorgaben begründen auch als „bloßes“ Teilhabe-recht am Organ-Verteilungsverfahren ein auf Schutz menschlichen Lebens bezogenes subjektives Recht des Patienten. Verteilungsnormen schützen in Mangelsituationen nicht nur ein überindividuelles Interesse an gerechter Verteilung, sondern vor allem die Rechtsposition potentieller Empfänger (*Böse*, ZJS 2013, 117 [120]; *Haas*, HRRS 2016, 384 [390 ff.]; *Rissing-van-Saan*, NStZ 2014, 233 [240 f.]; *dies.*, NStZ 2018, 57 [62 f.]; *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 [33]; anders insbesondere *Bader* (Fn. 15), S. 295 ff.; *Bülte*, StV 2013, 753 [755]; *Schroth*, NStZ 2013, 437 [443]; *Schroth/Hofmann*, [Fn. 83], S. 537 f.; *dies.*, medstra 2018, 3 [8 f.]; *Verrel*, MedR 2013, 464 [467 f.].

<sup>87</sup> *Schroth/Hofmann* (Fn. 85), S. 534; *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (33 am Beispiel der Manipulationen von Wartelisten).

<sup>88</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365 (3368 f.).

<sup>89</sup> *Rosenau* (Fn. 75), S. 449.

<sup>90</sup> So auch *Rosenau* (Fn. 75), S. 449 f.: Herstellung praktischer Konkordanz geboten. Die Einschätzung, § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sei (auch) deshalb insgesamt als nicht grundgesetzkonforme Regelung anzusehen (*Sternberg-Lieben*, in: Hein-

des verfassungsrechtlichen Höchstwerts menschlichen Lebens stehen diese beiden Parameter keineswegs gleichberechtigt nebeneinander. Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG für den Höchstwert Leben gebietet, bei der – durchaus ja möglichen – Auslegung der einschlägigen, den BÄK-Richtlinien übergeordneten Normen des TPG Dringlichkeit und Erfolgsaussicht keineswegs gleichgewichtig nebeneinander anzusetzen. Es besteht vielmehr – sofern nach ärztlicher Erkenntnis eine Minimalnutzenschwelle (s.o.) überschritten werden kann – ein strikter Vorrang der Dringlichkeit.<sup>91</sup>

#### IV. Ärztliche Moral/Arztethik<sup>92</sup> als Ersatz oder Ergänzung (straf-)rechtlicher Regulierung

Recht und Ethik befassen sich mit dem gleichen Thema, nämlich dem richtigen Verhalten von Menschen. Beide verlangen mitunter nach einer Abwägung gegenläufiger Interessen. Als Beispiel sei hier die „Heiligkeit“, also Unantastbarkeit des Lebens im Spannungsverhältnis zur Qualität des Lebens genannt, eine Problematik, die sich insbesondere im Zusammenhang mit lebensbeendenden Maßnahmen stellt.

Waren noch im Mittelalter Recht/Moral/Ethik Teil einer einheitlichen Sollensordnung, so zerbrach diese Einheit durch Religionsspaltung und Aufklärung.<sup>93</sup> Das Recht verselbständigte sich, um das Zusammenleben von Menschen unterschiedlicher Glaubens- und Moralrichtungen organisieren zu können; Recht blieb als der einzig verbindliche gemeinsame Rahmen. Es ist originäre Funktion der Rechtsordnung als der für alle Bürger gemeinsamen Friedensordnung, die Grenzen zulässigen Verhaltens zu bestimmen, sofern Rechte Dritter betroffen sind. Folglich ist auch im Arzt-Patienten-Verhältnis staatlich gesetztes und angewandtes Recht unerlässlich. Auch dann, wenn man angesichts des Rückgriffs des (Straf-)Rechts auf ethisch bedeutsame Sachgehalte wie die Rechtsgüter Leben und Gesundheit ein beziehungsloses Nebeneinander von Recht und Ethik ablehnt, so bildet doch nur das staatlich gesetzte Recht angesichts der Pluralität der Lebensverhältnisse und der höchstpersönlichen Entwürfe eines guten Lebens einzig die noch allen Bürgern gemeinsame Handlungsanleitung. Wenn auch die Basis rechtsgüterschützenden Strafrechts im ethisch-moralischen Bereich anzusiedeln ist (Verbrechen als sozialetisch unerträgliche Tat, die Tadel ver-

---

rich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 69 [74]), wird aufgegeben.

<sup>91</sup> So auch *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 93 sowie 105, 106.

<sup>92</sup> Moral wird hier als die in einer bestimmten Gruppierung oder allgemein in der Gesellschaft tatsächlich vorhandenen und dort grundsätzlich anerkannten Wertvorstellungen in Bezug auf menschliches Verhalten verstanden, während (normative) Ethik sich damit auseinandersetzt, welche Wertvorstellungen gruppenspezifisch oder allgemein Gültigkeit beanspruchen sollten. Zur unterschiedlich verwandten Terminologie: *Vöneky*, Recht, Moral und Ethik, 2010, S. 24 ff.

<sup>93</sup> *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001, S. 14 ff.

dient), so handelt es sich bei der Strafrechtsanwendung vorliegend aber eben nicht um die Umsetzung arztethischer Vorgaben, sondern um die Anwendung von der Gemeinschaft positiv gesetzten Rechts. Werden ethische Regeln in die Rechtsordnung übernommen, so verlieren ethische Postulate durch diese Einkleidung in die Form des Rechts zwar nicht ihre ethische Rückbezüglichkeit. Sie werden aber zu Teilen der Rechtsordnung, die als für alle Bürger gemeinsame Friedensordnung dann aus sich heraus auszulegen ist.<sup>94</sup>

Dass Recht und Ethik verschieden sind, ändert aber nichts daran, dass sie nicht im Sinne völliger Unabhängigkeit voneinander geschieden sind. So hat das Bundesverfassungsgericht 1979<sup>95</sup> (eine Formulierung *Eberhard Schmidts* aus dem Jahre 1957<sup>96</sup> aufgreifend) im Zusammenhang mit den Anforderungen an die ärztliche Patientenaufklärung die gemeinsame Schnittmenge der zwei sich schneidenden Kreise von Recht und Ethik hervorgehoben: „Das Verhältnis von Arzt und Patient ist weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung. Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzt fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen der Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“ Im Bereich ärztlichen Verhaltens werden die von rechtlichen Regelungen betroffenen Akteure in der Regel auch mit anderen Erwartungen als denen des Rechts konfrontiert sein; sie können ferner persönliche Interessen haben, deren Befriedigung mit der Erfüllung der normativen Verhaltenserwartung kollidieren kann. Somit gibt es keine Garantie dafür, dass eine staatlich gesetzte Norm als solche bereits auch ihre Befolgung sichert. Die Rechtsordnung ist für ihren Vollzug auf weitere Faktoren neben der Norm selbst angewiesen, welche die Einlösung der normativen Erwartung unterstützt.<sup>97</sup> Der Steuerungserfolg des Rechts hängt maßgebend davon ab, welche weiteren, außerrechtlichen handlungsleitenden Faktoren, für die Rechtsbetroffenen in ihrem Verhalten maßgebend werden. Ohne ergänzende medizinische Ethik und hierauf basierender ärztlicher Moral könnte letztlich das (Straf-)Recht seine steuernde Wirkung nicht oder zumindest nur eingeschränkt entfalten. So heben auch *Duttge/Simon* die besondere Fruchtbarkeit des interdisziplinären Zusammenwirkens von (Straf-)Recht und Medizinethik hervor:<sup>98</sup> Letzte-

re weiß um die zentralen materiellen Wertgesichtspunkte aus dem betreffenden Sozialbereich, zu dem Ersteres keinen originären Zugang hat; doch erst die strafrechtsdogmatische Analyse vermag es, die medizinethische Wertung an einem konkreten rechtssystematischen Standort verlässlich festzumachen.

Auch würde die Festlegung von konkreten Handlungsvorgaben für jeden Einzelfall mit seiner Fülle aktueller Entscheidungssituationen das Recht überfordern. Auch im Bereich ärztlichen Handelns gilt die Feststellung von *Stolleis*, dass im Wettrennen von Hase (Naturwissenschaft) und Igel (Recht) anders als in Grimms Märchen dem Igelehepaar die Rolle des strukturell bedingten Verlierers zukommt.<sup>99</sup> So hat 1982 auch *Schreiber*<sup>100</sup> (im Zusammenhang mit Sterbehilfe) die normausfüllende und konkretisierende Funktion arztethischer Prinzipien hervorgehoben: „Die Konflikte und Aporien ärztlicher Tätigkeit kann der Jurist ohne Rückgriff auf den Sinn des ärztlichen Berufs und dessen Ethos nicht entscheiden.“ Wenn das (Straf-)Recht nur ein grobmaschiges Netz an Handlungsvorgaben zur Verfügung stellen kann, dann bleibt der Rechtsunterworfenen im insoweit „rechtsfreien Raum“ zu moralisch verantwortlichem Handeln aufgerufen,<sup>101</sup> so dass ihm dann allerdings auch die Last selbstverantworteter Entscheidungen auferlegt ist.<sup>102</sup>

Aus Sicht des Rechts verdient ferner auch die Entlastungsfunktion von Standesethik festgehalten zu werden: Je besser ärztliche Binnensteuerung (ausgerichtet an ärztlicher Ethik) funktioniert (also sorgfältiges Handeln infolge persönlichen Pflichtgefühls geübt wird), desto mehr kann auf Sanktionen des Straf- oder Haftungsrechts verzichtet werden. Recht und Ethik/Moral verhalten sich wie kommunizierende Röhren: Was an bindenden Handlungsvorgaben auf der einen Seite (Ethik/Moral) herausfließt, muss auf der anderen Seite (Recht) gesteigert vorhanden sein. Allerdings dürfte letztlich die medizinische Steuerung des Rechts (etwa durch dessen unerlässliches Anknüpfen im haftungsrechtlichen Rekurs auf ärztliche Leitlinien) größer sein als umgekehrt die rechtliche Feinsteuerung ärztlicher Praxis.

Umgekehrt unterstützen aber – wie bereits erwähnt – ärztliche Moral und Ethik das Recht, wenn sie eine Rechtsgesinnung begründet, die für die Wirksamkeit des Rechts unerlässlich ist.<sup>103</sup> Ohne hinreichende ethische Fundierung und Verinnerlichung läge nur eine taktische ärztliche Anpassung an staatlichen Normbefehl vor, um Sanktionen zu vermeiden.

<sup>94</sup> *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 139 f. m.w.N. Allerdings dürfte letztlich die medizinische Steuerung des Rechts (etwa durch dessen unerlässliches Anknüpfen im haftungsrechtlichen Rekurs auf ärztliche Leitlinien) größer sein als umgekehrt die rechtliche Feinsteuerung ärztlicher Praxis.

<sup>95</sup> BVerfGE 52, 131 (169 f.); dass es sich hierbei um ein Minderheiten-Votum handelte, ist vorliegend ohne Belang.

<sup>96</sup> *Eb. Schmidt*, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. 1957, S. 1 (2).

<sup>97</sup> *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 373.

<sup>98</sup> *Duttge/Simon*, NStZ 2017, 512 (516).

<sup>99</sup> *Stolleis*, FAZ v. 30.12.2003, S. 7.

<sup>100</sup> *Schreiber*, in: Doerr/Jacob/Laufs (Hrsg.), Recht und Ethik in der Medizin, 1982, S. 15 (21).

<sup>101</sup> *Arth. Kaufmann*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 649 (654).

<sup>102</sup> *Sternberg-Lieben*, NStZ 1988, 1 (6 in Bezug auf Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht).

<sup>103</sup> Siehe *Schmidt-Jortzig*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 20 (2016), 127 (135): ethische Konkordanz des Rechts eine pragmatische, die Regelungsakzeptanz bei den Normadressaten bestärkende Notwendigkeit; ähnlich *Vöneky* (Fn. 92), S. 99: faktische Wirksamkeit des Rechts kann von bestehenden Moralnormen abhängen.

Für die Patienten deutlich schutzwirksamer ist jedoch eine von moralbildender Arztethik beförderte und vom Arzt verinnerlichte Respektierung seiner schutzbedürftigen Belange. Das Recht sichert also eine Freiheitssphäre, in der sittliche Entscheidungen überhaupt erst getroffen werden können. (z.B. Behandlungsabbruch bei Koma-Patienten ohne erkennbare Vorabentscheidung für oder gegen eine Weiterbehandlung).

Ärztliches Handeln entzog sich angesichts des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ursprünglich dem objektivierenden Zugriff des Rechts. Infolge einer zunehmend naturwissenschaftlich-rational ausgerichteten Medizin geriet dieser zunächst tabuisierte Bereich in den Fokus staatlicher Reaktionen, nicht zuletzt durch die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 31.5.1894,<sup>104</sup> in der ärztliche Heileingriffe als tatbestandsmäßige Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches gewertet wurden.<sup>105</sup> Diese rechtliche Umgrenzung ärztlicher Tätigkeit wird vom Ansatz her nicht mehr bestritten, folgt sie doch im Rechtsstaat des Grundgesetzes aus den von der Verfassung vorgegebenen staatlichen Schutzpflichten für die Grundrechtsgüter Menschenwürde, Leben, körperliche Unversehrtheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>106</sup> Somit ist auch die heilbehandelnde ärztliche Tätigkeit einer nicht-ärztlichen Außenkontrolle zu unterwerfen.<sup>107</sup> Wenn staatlich gesetztes Recht ein wesentliches Mittel zur Reduktion sozialer Komplexität darstellt, kann es – in richtiger Dosierung – auf dem Gebiet der Heilbehandlung das für die Arzt-Patienten-Beziehung unerlässliche Vertrauen stabilisieren.<sup>108</sup>

Wenn hier die unentbehrliche Ergänzungsfunktion medizinischer Ethik betont wurde, ohne die letztlich das Recht seine steuernde Wirkung nicht oder zumindest nur eingeschränkt entfalten könnte, so ist es doch die originäre Funktion der Rechtsordnung als der für alle Bürger gemeinsamen Friedensordnung, die Grenzen zulässigen Verhaltens zu bestimmen, sofern Rechte Dritter betroffen sind. Folglich ist auch im Arzt-Patienten-Verhältnis staatlich gesetztes und angewandtes Recht unerlässlich.

<sup>104</sup> RGSt 25, 375 (377 f.); nach Rückverweisung an das Landgericht sprach i.Ü. die dortige Strafkammer den Arzt frei, da Gefahr im Verzuge bestanden habe; instruktiv zu den Protagonisten dieses Strafverfahrens: *Noack*, Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 2004, S. 29 ff.

<sup>105</sup> Das Reichsgericht ging in diesem bahnbrechenden Urteil, in dem zusätzlich im Gegensatz zur damals herrschenden Rechtslehre (vgl. die Nachweise bei *Noack* [Fn. 104], S. 20 ff.) einer Einwilligung des Rechtsgutsträgers rechtfertigende Wirkung zugesprochen wurde, allerdings noch davon aus, dass ohne weitere Aufklärung allein durch das Aufsuchen des Krankenhauses durch den Kranken eine präsumtive Zustimmung vorgelegen habe, die aber wirksam widerrufen worden sei (RGSt 25, 375 [383]).

<sup>106</sup> Hierzu *Hollenbach*, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003.

<sup>107</sup> *Schreiber*, in: *Kamp/Schreiber* (Hrsg.), Göttinger Universitätsreden, Bd. 71, 1984, S. 29 (34).

<sup>108</sup> *Schreiber* (Fn. 107), S. 35.

Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass auch im Bereich ärztlichen Handelns eine persönliche Gewissensentscheidung – wie auch sonst im Recht – keine Übergriffe in Rechtspositionen Dritter legitimiert; ein „Gewissensvorbehalt“ zu Gunsten ärztlicher Behandlung gegen den Willen des Patienten (bspw. zugunsten des Personals eines Pflegeheims<sup>109</sup>) ist nicht anzuerkennen: Ihre Gewissensentscheidung erhebt die Akteure nicht über die verfassungsmäßige Ordnung. Somit bleiben sie sehr wohl verpflichtet, eine vom Patienten unerwünschte Heil- oder Pflegebehandlung (z.B. eine künstliche Ernährung) abubrechen; anders ist es hingegen, wenn es nicht um die Abwehr eines Eingriffs, sondern umgekehrt um den Wunsch hierzu geht, etwa nach einer künstlichen Befruchtung: Gemäß § 10 ESchG ist ja kein Arzt verpflichtet, an einer künstlichen Befruchtung mitzuwirken.

## V. Systemtheorie Luhmanns, „regulierter Selbstregulierung“ und prozedurales Recht im Bereich der Organtransplantation

*Knut Amelung* legte sein Augenmerk bekanntlich auf das Nutzbarmachen der *Luhmannschen* Systemtheorie des Rechts<sup>110</sup> für das Strafrecht und wusste dies auch in seine Vorlesungen einzubeziehen. Deshalb sei hier folgender „Seitenblick“ gewagt:

Ärztliches Handeln (ausgerichtet an den Leitgrößen „krank/gesund“) und das Recht, das sich an den Kriterien „richtig/falsch“ bzw. „Recht/Unrecht“ ausrichtet, bilden zwei unterschiedliche Subsysteme der Gesellschaft mit jeweils eigenen Zielvorgaben. Berühren sich diese Subsysteme, so kommt es zu Irritationen/Störungen, wie dies auch im Verhältnis von ärztlichem Handeln (orientiert an den Topoi „krank/gesund“) und Ökonomie (orientiert an „Gewinn/Verlust“) zu beobachten ist: Ich erinnere nur an die Problematik von Kosteneinsparungen bis hin zur Priorisierung oder gar Rationierung von Leistungen oder an das kostenbedingte Unterschreiten des ärztlichen Standards. Die notwendige strukturelle Koppelung von ärztlicher Selbststeuerung und Arzt(straf-)recht erfolgt durch den Rechtsanwender bei Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) bzw. der Tötungs- und Körperverletzungstatbestände. Die ausdifferenzierten gesellschaftlichen Subsysteme sind nach *Luhmann* auf Grund ihrer Geschlossenheit nicht empfänglich für gesetzgeberische Direktintervention. Organisation und Steuerung dieser Bereiche sollten deshalb im Wege der Selbstregulierung den gesellschaftlichen Subsystemen überlassen werden. Diese rechtssoziologische Auffassung wurde rechtswissenschaftlich dann durch Überlegungen eines eher prozeduralen Rechts aufgegriffen.

In vielen gesellschaftlichen Bereichen wird die Anwendung der im Subsystem des Strafrechts geltenden Primär-Codes „Recht/Unrecht“ zunehmend schwieriger. Stehen materielle Wertungen nicht zur Verfügung, so sollte auch das Strafrecht zu anderen Formen der Bewertung greifen, so dass

<sup>109</sup> So verfehlt OLG München NJW 2003, 1743 (1745); anders aber BGH NJW 2005, 2385 (2386).

<sup>110</sup> Zu Folgendem *Francuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 83 ff.; *Steinbach* (Fn. 9), S. 164 ff.

prozedurales Recht auch hier an Bedeutung gewinnt.<sup>111</sup> Zwar wirkt dieser Ansatz im gegenwärtigen Strafrecht eher wie ein Fremdkörper, da ein Verfahren an die Stelle materieller Regelungen tritt mit der Folge, dass eine Entscheidung anerkannt wird, weil eine bestimmte Prozedur sie hervorgebracht hat.<sup>112</sup> Das Strafrecht stellt sich dann nicht mehr unmittelbar vor die eigentlich zu schützenden Rechtsgüter, sondern sichert stattdessen nur noch präventiv im Vorfeld Prozeduralien ab. Eine derart begründete Straffreistellung ist allerdings nur dann akzeptabel, wenn eine materielle Wertung nicht greifbar ist. Dann muss sich das Strafrecht darauf zurückziehen, nur noch das Einhalten eines Verfahrens abzusichern; die strafrechtliche Sanktion wird dann an die Verletzung von Prozeduralien geknüpft.

Außerhalb des Arztstrafrechts ist dies mehrfach zu beobachten: Ich erinnere hier an § 266 StGB, bei dem das Überschreiten des rechtlichen Dürfens beim Missbrauchstatbestand mitunter (zumindest indiziell) an Verfahrensfehler, insbesondere an mangelnde Transparenz, geknüpft wurde: Stichwort „Sponsoring-Entscheidung SSV Reutlingen“.<sup>113</sup> Auch kann die Annahme strafbaren Korruptionsunrechts durch das Einhalten bestimmter Verfahrensschritte ausgeschlossen sein. Insoweit sei nicht nur an die BGH-Entscheidung „EnBW-Logenplätze für Fußball-WM“,<sup>114</sup> sondern auch an die strafrechtliche (Nicht-)Sanktionierung von Drittmitteleinwerbungen durch ärztliche Klinik-Direktoren bei einem ihrer Lieferanten erinnert,<sup>115</sup> ein Verhalten, das ja im Spannungsverhältnis von universitärer Dienstpflicht und strafbarer Korruption steht. Auch das Umweltstrafrecht verdient im Falle seiner Verwaltungsaktsakzessorietät Erwähnung.

Aber auch im Arztstrafrecht könnte prozedurales Recht zum Einsatz kommen. Ich denke hier an die strafgesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, bei dem sich der Gesetzgeber außerstande sah, eine Entscheidung im Sinne von Höhergewichtigkeit eines der konfligierenden Interessen von Schwangerer und ihrer Leibeshaut zu treffen, so dass dann die Einhaltung des Beratungsverfahrens zur zentralen Bedingung für die Straffreiheit wurde: Bei Unentscheidbarem, das notwendig entschieden werden muss, wird angesichts fehlender inhaltlicher Vorgaben dann jedes prozedural ordentlich erlangte Ergebnis vom Recht akzeptiert.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> *Francuski* (Fn. 110), S. 77 ff., 502.

<sup>112</sup> Zur prozeduralen Rechtfertigung vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2018, Vor §§ 32 ff. Rn. 7a ff.

<sup>113</sup> BGHSt 47, 187 (199).

<sup>114</sup> BGHSt 53, 6 (16 f.).

<sup>115</sup> BGHSt 47, 295 (303).

<sup>116</sup> Zu denken wäre auch an den Bereich des einseitigen Behandlungsabbruchs, wenn bei einem irreversibel Bewusstlosen keine belastbaren Anhaltspunkte für seinen (mutmaßlichen) Willen zur Weiter- oder Nichtbehandlung eruierbar sind: Vorrang des Rechtsguts Leben oder Präferenz für das ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Recht auf menschenwürdigen Tod? Auch wenn man insoweit auf das Nichtvorliegen einer ärztlichen Indikation zur Weiterbehand-

lung darstellen, wenn es an einer materiellen Bewertung des Einzelfalls durch das Recht fehlt. Sollte hingegen eine inhaltliche Bewertung vorhanden sein, dann wäre eine hierdurch als unzulässig bewertete Verhaltensweise auch bei Einhalten der formellen Vorgaben keineswegs als straffrei einzustufen. Umgekehrt gilt sinngemäß Entsprechendes: Ein bloßer Formverstoß (etwa ein Behandlungsabbruch bei einem nicht ansprechbaren Patienten auf Grundlage einer eindeutigen Patientenverfügung ohne Einschalten eines Patienten-Betreuers oder -Bevollmächtigten) zieht keine Strafbarkeit nach sich,<sup>117</sup> es sei denn, dieser Verstoß wäre als solcher ausdrücklich inkriminiert oder die vom Täter für sein Verhalten als gegeben eingeschätzte materielle Berechtigung würde in Wahrheit fehlen.

Bei der Organ-Allokation handelt es sich nun um einen Lebensbereich, in dem materielle Verteilungsgerechtigkeit weder allumfassend noch letztlich inhaltlich allseits überzeugend erreichbar ist. Dies könnte eine gesetzgeberische Zurückhaltung unter dem Leitgedanken regulierter Selbstregulierung nach sich ziehen, also das Überlassen von Regelbildungen an fachkompetente gesellschaftliche Gruppen, wobei der Staat angesichts seiner Garantenstellung für grundgesetzlich geschützte Güter allerdings nicht außen vor bleiben kann, sich aber auf eine Grenzkontrolle beschränkt. Regulierte Selbstregulierung geht im Gegensatz zu ausschließlich gesellschaftlicher Selbstregulierung von einer staatlichen Regelungsverantwortung aus.<sup>118</sup> Bei ihrer Ausfüllung werden aber im Zuge von Verantwortungsteilung das Wissen und der Selbstgestaltungswille der durch die Regulierung Betroffenen aktiviert, wobei bei der Selbstregulierung stets die allgemeine Rechtsordnung zu beachten ist.<sup>119</sup> Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht<sup>120</sup> eine Wechselbezüglichkeit zwischen materieller und prozeduraler Program-

lung abhebt und die Entscheidung dann nur auf Beurteilungsfehler für rechtlich überprüfbar hält (*Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder [Fn. 112], Vor §§ 211 ff. Rn. 29 f.), so könnte doch ein Konsil aller an der Behandlung und Pflege Beteiligten und eine Einbeziehung von Angehörigen und nahestehenden Personen, denen allesamt dann aber keine Entscheidungsfunktion zuwächst, als Verfahrensschritt zu fordern sein, um sicherzustellen, dass alle einschlägigen Gesichtspunkte des Für und Wider eines Behandlungsabbruchs zur Geltung kommen. Zur denkbaren Prozeduralisierung in diesem ärztlichen Tätigkeitsbereich auch *Saliger*, JuS 1999, 16 (21), der zurecht auch die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB hierzu zählt (*ders.*, in: Herzog/Neumann [Hrsg.], Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 599 (608); siehe auch *Hassemer*, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 731 (743).

<sup>117</sup> Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 116), Vor §§ 211 ff. Rn. 28j.

<sup>118</sup> Zum Folgenden siehe *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 371 ff.

<sup>119</sup> Hierzu *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 382 ff.

<sup>120</sup> BVerfGE 111, 191 (218).

mierung erkannt und entschieden, dass „die Anforderungen an materiell-rechtliche Regelungen im Gesetz entsprechend verringert [werden, wenn] durch [...] verfahrensrechtliche Bestimmungen für eine angemessene Interessenberücksichtigung gesorgt [wird].“ Imperative staatliche Steuerung durch Ge- oder Verbote mag sich zwar auf dem Rückzug befinden. Ihr kommt aber durchaus Bedeutung zum Rechtsgüterschutz zu, da im Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung keine hinreichende Garantie einer quasi-automatischen angemessenen Berücksichtigung aller betroffenen Interessen besteht, insbesondere nicht von Interessen derjenigen Betroffenen, die an der Selbstregulierung nicht beteiligt sind.<sup>121</sup> Das Vertrauen auf die Problemlösungskapazität privater Akteure kann nicht unbegrenzt sein, da Vertrauen in die Funktionsfähigkeit dieser Aufgabenlösung auch auf der ergänzenden staatlichen Garantenstellung beruht.<sup>122</sup>

Dieses Zusammenspiel zwischen unmittelbarer staatlicher Regulierung und indirekter Steuerung durch Nutzbarmachen gesellschaftlicher Selbststeuerungskräfte hat sich als Form der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft im Bereich des Technikrechts durchaus bewährt.<sup>123</sup> Dort erfolgt die grundrechtlich gebotene Sicherheitsgewährleistung für Dritte im kooperativen Verfahren von technischer Normung seitens Privater und steuernder Rezeption z.B. durch kontrollierende und ggf. von dieser „Privatnormierung“ abweichende gerichtliche Rezeption.<sup>124</sup> Die Thematik fügt sich also ein in die vom Technik- und Umweltrecht her bekannte Diskussion um die abnehmende Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts, die durch Einführung prozeduraler Regelungen ausgeglichen werden soll.<sup>125</sup>

Die staatliche Schutzverantwortung für grundrechtlich geschützte Positionen beschränkt die Zulässigkeit von Selbstregulierung. Nach der insoweit nicht verhandelbaren grundgesetzlichen Vorgabe gilt dies auch für Bereiche, in denen dezentralisiertes Wissen in den subgesellschaftlichen Einheiten verankert ist und deshalb eine Regulierungsentscheidung grundsätzlich besser dort getroffen werden sollte.<sup>126</sup> Hierdurch darf sich – ebenso wie beim Anknüpfen des rechtlich geboten Behandlungsstandards an den medizinischen Standard<sup>127</sup> – das Recht nicht aus der Verantwortung stehlen; diese ist vielmehr kompetenziell sinnvoll zu verteilen.

Die Rechtsordnung kann – entsprechend zur Rezeption der von Technikanwendern aufgestellten „Normierungen“,

also privatautonom gesetzten Standards, durch das staatliche Recht – in zulässiger Weise nur in zwei Formen an die von der medizinischen Profession eigenständig entwickelten Regulierungen anschließen.<sup>128</sup> Entweder unterliegen jene Vorgaben einer vom Rechtsanwender kontrollierten Rezeption, wie dies beim ärztlichen Standard als Vorgabe für die vom Arzt einzuhaltenden Sorgfaltsanforderungen der Fahrlässigkeit der Fall ist. Des Weiteren ist eine rechtsverbindliche Inkorporation der Resultate dieser Form gesellschaftlicher Selbstregulierung dann möglich, wenn durch vom Recht garantierte prozedurale Absicherungen<sup>129</sup> (namentlich hinreichende Beteiligungsrechte von Vertretern der Interessen von Drittbetroffenen, hier also: der Patienten) hinreichende Gewähr dafür besteht, dass bei Aufstellung dieser primär auf eine Handlungsanleitung der ärztlichen Profession ausgerichteten und deshalb in ihrer verhaltenssteuernden Kraft grundsätzlich hoch wirksamen „Regelwerke“ Belange der Allgemeinheit in hinreichendem Maße berücksichtigt werden. Dies dürfte durch die Beteiligung von „Personen aus dem Kreis der Patienten“ bei der Erstellung der Richtlinien zur Organverteilung gemäß § 16 Abs. 2 S. 3 TPG der Fall sein. Die staatliche Garantenstellung für die involvierten nichtärztlichen Interessen ist seit 2013 ja dadurch gewahrt, dass die Richtlinien sowie deren Änderungen dem Bundesministerium für Gesundheit zur Genehmigung vorzulegen sind. Im Bereich der Patientenbehandlung, hier also der Organtransplantation, ist eine staatlich regulierte Selbstregulierung schon deshalb zulässig, weil die Rechtsordnung zwar Grenzen zu ziehen vermag (ich erinnere an das Prinzip der Lebenswertindifferenz, aus dem konkrete Ableitungen zu ziehen waren), aber ansonsten keine materiell hinreichend steuernden Detailvorgaben entfalten kann.<sup>130</sup>

<sup>121</sup> Hoffmann-Riem (Fn. 97), S. 375 f.

<sup>122</sup> Hoffmann-Riem (Fn. 97), S. 375 f.

<sup>123</sup> Kloepfer, in: Schulte/Schröder (Fn. 79), S. 151 (166 ff., 187 ff.); Schultze-Fielitz (Fn. 79), S. 463 f., 473 f., 490.

<sup>124</sup> Siehe nur Kloepfer, Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 45 ff.; ders., Informationsrecht, 2002, § 4 Rn. 57 ff., 78 ff.; Schulte, in: Kloepfer (Hrsg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2001, S. 59 (66).

<sup>125</sup> Siehe nur Schulte, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, S. 497 (501, 542).

<sup>126</sup> Siehe Steinbach (Fn. 9), S. 179 f., 324.

<sup>127</sup> Hierzu Katzenmeier (Fn. 2), S. 277 ff.; Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 84), § 15 Rn. 212.

<sup>128</sup> Ärztliche Standesauffassung kann mit dem gebotenen Pflichtenstandard korrelieren, ihn aber nicht allein determinieren (Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1162). Andernfalls wäre eine mit der Schutzpflicht des Staates für grundrechtlich geschützte Güter des Einzelnen nicht mehr vereinbare Kompetenzübertragung an Private gegeben, vor der Schünemann, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 366 (377, 391) für den vergleichbaren Bereich der Regeln der Technik nachdrücklich gewarnt hat; entsprechend Taupitz, a.a.O., S. 523.

<sup>129</sup> Hierzu (im Zusammenhang mit Ethik-Gremien) Vöneky (Fn. 92), S. 217, 628 ff.

<sup>130</sup> Zu der somit gebotenen Entwicklung von Verfahrensweisen und -abläufen, mittels derer Entscheidungsprozesse vorbereitet, strukturiert, dokumentiert und kontrolliert werden können, bereits Schmidt-Aßmann (Fn. 77), S. 22, 61 ff., 104 ff.; Taupitz, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 86 (98); ders., in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht, 1999, S. 113 (124). Damit würden Vorgaben aufgegriffen, die aus dem Sicherheitsrecht der Technik bekannt sind, vgl. nur Kloepfer und Schultze-Fielitz, in: Schulte/Schröder (Fn. 79), S. 189 ff. bzw. S. 497 ff.; sowie Schulte

## VII. Schluss: Losverfahren bei der Organ-Allokation?

Da materielle Verteilungsgerechtigkeit bei der Organ-Allokation weder allumfassend noch letztlich inhaltlich allseits überzeugend erreichbar ist, könnte de lege ferenda das Losverfahren als Instrument formaler Chancengleichheit zur Verwirklichung unparteiischer Verfahrensgerechtigkeit in Betracht kommen. Sicherlich irritiert es auf den ersten Blick, sozusagen Glücksspiele auf den Intensivstationen zu veranstalten. Auch steht dem de lege lata entgegen, dass das Losverfahren nicht als „Regel der medizinischen Wissenschaft“ i.S.d. Transplantationsgesetzes angesehen werden kann. Verfassungsrechtlich wäre ein Losverfahren aber keineswegs unzulässig,<sup>131</sup> da das ihm immanente Zufallsprinzip die Idee der Lebenswertindifferenz, also das Gebot eines „statusblinden“<sup>132</sup> absolut gleichwertigen Lebensschutzes aller Patienten, perfekt umsetzt:<sup>133</sup> Alle Patienten haben ja die gleiche Zuteilungschance inne. Über Einzelheiten wäre sicherlich zu diskutieren: Die Eignung des Organs für jeden im „Lospf“ befindlichen Patienten muss als Geschäftsgrundlage jeder Organ-Allokation gegeben sein; auch dürfte die staatliche Schutzpflicht für das Leben des Einzelnen es verlangen, dass – wie bereits heute praktiziert – in hochdringlichen Fällen Organe vorab zugeteilt werden.

Sicherlich könnte die Einführung eines Losverfahrens als weise materiell-normative Zurückhaltung des Gesetzgebers einzustufen sein,<sup>134</sup> wenn er sich auf eine bloß prozedurale Regelung der Organisation dieses Losverfahrens beschränken würde.<sup>135</sup> Allerdings würde ein Losverfahren dann doch dem Zufall allzu viel Raum geben und letztlich mit grundgesetzlichen Schutzpflichten jedenfalls dann nicht zu vereinbaren sein, solange medizinische Parameter plausibel den Vorrang eines Patienten zu begründen vermögen.

---

(Fn. 124), S. 497 (541 f.); siehe auch *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 453 f. (im Zusammenhang mit strafrechtlicher Bewältigung betrieblichen Organisationsverschuldens).

<sup>131</sup> Siehe *Giesen*, JZ 1990, 929 (942); *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 176 (aber auch S. 151); *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315 (343); *Taupitz*, (Fn. 130 – Rationalisierung), S. 98; *ders.*, (Fn. 130 – Einwirkungen), S. 127. Abl. *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 90; *Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, 2002, S. 53 f.; *M. Schneider* (Fn. 25), S. 142 ff.

<sup>132</sup> *Taupitz* (Fn. 130 – Rationalisierung), S. 100; *ders.* (Fn. 130 – Einwirkungen), S. 127.

<sup>133</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 511; *Gutmann* (Fn. 14), S. 195 ff.; zust. auch *Schott* (Fn. 23), S. 358, 394: Nur das Los garantiere in Fällen gleichrangigen Bedarfs eine rechtsgleiche Beachtung gleichrangiger Bedürfnisse.

<sup>134</sup> Eine derartige Zurückhaltung fällt allerdings mittlerweile dem Strafgesetzgeber auch im Bereich des Arztrechts i.w.S. schwer, denkt man nur an die unsägliche Inkriminierung geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung durch den neu eingestellten § 217 StGB.

<sup>135</sup> Hierzu *Bader* (Fn. 16), S. 511.

Mithin ist – so mein Fazit für die Organ-Allokation allgemein – vom Gesetzgeber lediglich klarstellend zu verlangen, dass er im Transplantationsgesetz das unter dem Gesichtspunkt der Lebenswertindifferenz obsolete, erheblich zu „weiche“ Verteilungskriterium der Erfolgsaussichten streicht und durch das Kriterium einer Mindestnutzenschwelle ersetzt.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Klarstellend könnten darüber hinaus diejenigen Parameter benannt werden, auf die es nach dem verfassungsverankerten Maßstab der Lebenswertindifferenz bei der Organ-Allokation ohnehin nicht ankommen darf (siehe oben im Text unter II. 2.).