

# Neue Zeitschrift für Strafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hans Dabs, Rechtsanwalt, Bonn – Thomas Dittmann, Ministerialdirektor, Berlin – Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Margarete Gräfin von Galen, Rechtsanwältin, Berlin – Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Christoph Knauer, Rechtsanwalt, München – Dr. Daniel M. Krause, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg – Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – Prof. Herbert Landau, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus Letzger, Staatssekretär a.D., Rechtsanwalt, München – Dr. Klaus Miebach, Richter am BGH a.D., Karlsruhe – Prof. Dr. Henning Radtke, Richter am BGH, Karlsruhe – Harald Range, Generalbundesanwalt beim BGH, Karlsruhe – Prof. Dr. Helmut Satzger, München – Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt beim BGH, Leipzig – Thomas Ullenbruch, Richter am Amtsgericht, Gundelfingen – in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Heft 5  
Seite 233–296  
34. Jahrgang  
15. Mai 2014

Schriftleitung: Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider

## Aufsätze

Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan VRiBGH a. D.\*

### Der sog. „Transplantationskandal“ – eine strafrechtliche Zwischenbilanz

#### I. Einleitung

##### 1. Ausgangslage

Organspenden retten Leben, so ist allenthalben in den Medien zu hören und zu lesen. Dies ist auch unter Medizinern und Juristen eigentlich unstrittig. Jedoch fehlt es an genügend, zumeist postmortal gespendeten Organen, so dass nicht allen lebensgefährlich erkrankten Menschen geholfen werden kann, die wegen drohenden Versagens ihres eigenen Organs auf eine Organspende angewiesen sind. In der Bundesrepublik Deutschland haben sich die Träger des Gesundheitswesens<sup>1</sup> als Auftraggeber zusammen mit anderen Organisationen in zur Zeit sieben weiteren Ländern<sup>2</sup> der privaten Stiftung Eurotransplant in Leiden/Niederlande vertraglich angeschlossen<sup>3</sup>. Sie verfolgen das Ziel, durch ein gemeinsames Spendenmelde- und Vermittlungssystem die Chancen schwerkranker, auf eine Organtransplantation wartender Patienten zu erhöhen, ein immunologisch passendes Organ zu erhalten, bei akuter Lebensgefahr schneller transplantiert zu werden oder den drohenden Verlust eines Organs zu verhindern, für das im eigenen Land kein geeigneter Spender gefunden werden konnte.

Am 1.1. 2013 standen bei Eurotransplant (ET) 11.233 Patienten auf der dortigen zentralen Warteliste, wovon 6.713 erst in 2012 registriert worden waren<sup>4</sup>. Im Jahr 2012 konnten dagegen lediglich 4.042 vermittlungspflichtige Organe von verstorbenen Spendern transplantiert werden<sup>5</sup>. Speziell in Deutschland sind nach dem Bekanntwerden von Manipulationen im Zusammenhang mit Organtransplantationen nach einem schon in 2012 festzustellenden deutlichen Rückgang die Organspenderzahl im Jahr 2013 dramatisch eingebrochen. In 2013 waren es nur noch 876 Spender, die entweder vor ihrem Tod selbst eingewilligt hatten oder deren Angehörige bereit waren, in die Organspende durch den Verstorbenen einzuwilligen<sup>6</sup>. Die Vermittlung von verfügbaren und geeigneten Spenderorganen bedeutet also Mangelverteilung, wobei es auf eine möglichst gerechte und sinnvolle Verteilung weniger Spenderorgane auf eine Vielzahl von Patienten

ankommt. Das ist in jeder Hinsicht eine Herausforderung, weil einem Spenderorgan mehrere schwerkranke potentielle Empfänger gegenüber stehen, denen durch die Zuteilung des Organs entweder eine neue Lebenschance gewährt oder bei Nichtberücksichtigung versagt wird.

##### 2. Rechtlicher Rahmen

Transplantationsmedizin findet nicht im rechtsfreien Raum statt. In Deutschland gelten nicht nur die allgemeinen Gesetze, sondern vor allem das einschlägige, am 1.12.1997 in Kraft getretene Transplantationsgesetz (TPG). Allerdings gab es bereits zuvor auch ohne gesetzliche Regelung ein funktionierendes Transplantationswesen, das durch Verträge einzelner Transplantationszentren untereinander sowie mit ET und schließlich durch einen Transplantationskodex der Deutschen Transplantationsgesellschaft gesteuert wurde<sup>7</sup>. Möglicherweise hat sich der Gesetzgeber an diesen bereits vorhandenen selbstregulierenden Strukturen bei seinen Bemühungen orientiert, durch eine spezialgesetzliche Regelung der Organtransplantation Rechtssicherheit zu schaffen. Das TPG war jedoch bereits in seiner Entstehungsphase aus

\* Verf. ist Leiterin der „Vertrauensstelle Transplantationsmedizin“ der Bundesärztekammer und Sonderprüferin der Prüfungs- und Überwachungskommission ebenda.

- 1 Deutsche Krankenhausgesellschaft, Spitzenband der Bund der Krankenkassen und Bundesärztekammer, außerdem muss der Vertrag im Einvernehmen mit dem Verband der privaten Krankenversicherungen geschlossen worden sein, § 12 Abs. 4 TPG.
- 2 Belgien, Holland, Kroatien, Luxemburg, Österreich, Slowenien und Ungarn.
- 3 Der Vertrag wird jährlich erneuert. Er steht unter dem Genehmigungsvorbehalt des Bundesgesundheitsministeriums und wird im BAnz. bekannt gemacht, § 12 TPG Abs. 5 S. 1.
- 4 Die Daten für das Jahr 2013 waren im Februar 2014 noch nicht veröffentlicht.
- 5 [www.eurotransplant.org/index.php?page=pat\\_germany](http://www.eurotransplant.org/index.php?page=pat_germany). Bis März 2014 waren noch keine für 2013 gültigen Zahlen von Eurotransplant veröffentlicht worden.
- 6 Siehe etwa die Berichte in der FAZ vom 15.1.2014 S. 1 und in der SZ vom 21.1.2014 S.10.
- 7 Vgl. Rosenau in: FS für Deutsch (2009) S. 435, 444; Nickel/Schmidt Transplantationsgesetz (2001), Einführung Rn 30.

unterschiedlichsten Gründen politisch umstritten<sup>8</sup> und galt auch schon lange vor 2012 als novellierungsbedürftig. Unter anderem zu dem Zweck, die Spendenbereitschaft zu fördern, wurde das TPG im Jahr 2012 mit dem „Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes“<sup>9</sup> und dem „Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung“<sup>10</sup> nicht unwesentlich novelliert.

### 3. Aufkommender Manipulationsverdacht

Nahezu gleichzeitig mit der Novellierung des TPG wurde im Sommer 2012 bekannt, dass in der Vergangenheit nicht in allen Transplantationszentren entsprechend den in Deutschland geltenden Regeln vorgegangen worden war, sondern von einzelnen Transplantationsmedizinern Laborwerte und andere medizinisch relevante Angaben manipuliert worden sein sollten, um für ihre Patienten eine bevorzugte Berücksichtigung bei der Vermittlung von postmortal gespendeten Lebern zu erreichen und so deren Überleben zu sichern. Das hat das Ansehen und das Vertrauen der Bevölkerung in die Transplantationsmedizin bzw. deren Akteure nachhaltig erschüttert. Die bekannt gewordenen Umstände riefen zudem Strafverfolgungsbehörden u. a. in Göttingen und Braunschweig auf den Plan, weil sich der Verdacht erhärtete, dass andere, durch derartige Manipulationen benachteiligte Patienten nicht nur an ihrer Gesundheit geschädigt worden waren, sondern auch in konkrete Todesgefahr geraten oder sogar vor einer lebensrettenden Lebertransplantation verstorben sein konnten.

Nach längeren Ermittlungen hat die StA Braunschweig gegen einen Göttinger Transplantationschirurgen, der bereits im Januar 2013 wegen des Tatvorwurfs der versuchten Tötung in mehreren Fällen und wegen Fluchtgefahr verhaftet worden war, nach einer wenig später ergangenen Haftfortdauerentscheidung des OLG Braunschweig<sup>11</sup> im Sommer 2012 Anklage erhoben, und zwar wegen versuchten Totschlags in neun Fällen und wegen Körperverletzung mit Todesfolge in drei weiteren Fällen. Das LG Göttingen hat die Anklage auch zugelassen, das Hauptverfahren eröffnet und verhandelt seit August 2013 gegen den Transplantationsmediziner.

## II. Die rechtlichen Regelungen der Organtransplantation

### 1. Das TPG und seine Vorschriften

Das TPG legt die medizinischen Rahmenbedingungen und die rechtlichen Voraussetzungen für eine Organspende fest; es regelt die Koordination der Entnahme von Organen oder Geweben beim Spender sowie der Übertragung von vermittlungspflichtigen Organen auf einen bestimmten Empfänger. Organisationsrechtliches Kernstück sind die §§ 9 – 12 TPG, die der Transplantationsmedizin normative Strukturen und einen verbindlichen Rahmen geben<sup>12</sup>.

Es sieht die Trennung der Verantwortlichkeiten für die Entnahme von Organen und Geweben beim Spender (§ 11 TPG) und für die Vermittlung geeigneter Organe an potentielle Empfänger (§ 12 TPG) vor. Die Organisation der Gewinnung von Organen und die Vorbereitung der Vermittlung ist einer sog. Koordinierungsstelle vorbehalten (§ 11 Abs. 1 TPG), in Deutschland der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO), die Vermittlung erfolgt durch eine von Ärzteschaft, Krankenkassen und Krankenhäusern finanziell und organisatorisch eigenständige Vermittlungsstelle (§ 12 Abs. 1 TPG). Für die deutschen Transplantationszentren (TPZ) ist, wie schon angesprochen, die in der Form einer privaten Stiftung niederländischen Rechts verfasste Einrichtung Eurotransplant/Leiden die zuständige Vermittlungs-

stelle<sup>13</sup>. Diese soll die Organe an die Empfänger nach Regeln vermitteln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen und der Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit der Transplantation für die als Empfänger in Betracht kommenden Patienten Rechnung tragen (§ 12 Abs. 3 Satz 1 TPG). Die Organübertragung ist den Transplantationszentren, d. h. den hierfür besonders zugelassenen Kliniken, vorbehalten (§ 10 Abs. 1 TPG), deren Aufgaben zur Erfüllung der Zwecke des TPG gesetzlich festgelegt sind (§ 10 Abs. 2 TPG).

Das TPG schreibt weiter vor, dass die Wartelisten der Transplantationszentren, auf der jeder potentielle Organempfänger aufgenommen worden sein muss, um überhaupt legal an ein „Ersatzorgan“ gelangen zu können, als einheitliche Warteliste zu behandeln sind (§ 12 Abs. 3 Satz 2 TPG). Diese Regelung der einheitlichen Registrierung aller Patienten der einzelnen TPZ auf einer Liste gewährleistet für die in Deutschland gelisteten Patienten bundesweit Chancengleichheit. Daran, wie auch an die in Deutschland geltenden Allokationsregeln, muss sich die Vermittlungsstelle (ET) halten (§ 12 Abs. 3 S. 3 TPG). Ein Organ wird außerdem grundsätzlich, das heißt standardmäßig, nicht einem TPZ, sondern bestimmten Patienten zugeteilt bzw. angeboten.

Die Entscheidung, welche Regelungen für die Vermittlung von Organen dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen und welche Regelungen die Erkenntnisse für die Transplantationsmedizin fruchtbar machen können, trifft das Gesetz nicht selbst, sondern überträgt diese Aufgabe in § 16 Abs. 1 TPG der Bundesärztekammer (BÄK) als sachkundig besetzter Dachorganisation der Ärzteschaft. Sie soll diese Regelungen für sämtliche Stufen der Organtransplantation, angefangen bei den Regeln für die Todesfeststellung beim Spender, über die Maßnahmen im Zusammenhang mit der Organentnahme und die Regeln zur Organvermittlung und -übertragung bis hin zur Qualitätssicherung in Form von Richtlinien treffen. An die Nichtbeachtung bzw. Nichteinhaltung der Richtlinien bei der Vermittlung oder Übertragung eines Organs knüpft das TPG jedenfalls mittelbar weitere rechtliche Folgen, indem es z. B. in § 20 TPG Abs. 1 Nr. 4 u. a. als Ordnungswidrigkeit sanktioniert, wenn ein Organ entgegen § 9 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 1 oder 3 TPG entnommen oder übertragen wird. § 9 TPG bestimmt wiederum die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die postmortale Organentnahme und -transplantation

8 Siehe die „wiederentdeckte“ Dissertation von Volker H. Schmidt „Politik der Organverteilung“ aus dem Jahr 1996 und den Artikel in der FAZ vom 24.12.2013 „Menetekel eines Skandals“ von Annette Tuffs, die allerdings fälschlicherweise behauptet, der Transplantationskandal sei von den Medien aufgedeckt worden. Tatsächlich waren es Recherchen der Prüfungs- und Überwachungskommissionen der BÄK, die aufgrund eines anonymen Anrufs bei der DSO in der als Ort des Geschehens benannten Universitätsmedizin Göttingen näher nachgeforscht, Unregelmäßigkeiten bzw. Fehlverhalten festgestellt und dann weitere Überprüfungen auch in anderen Transplantationszentren durchgeführt haben.

9 BGBl. I 2012 S. 1601.

10 BGBl. I 2012 S. 1504.

11 OLG Braunschweig Besch. v. 20.3.2013 – Ws 49/13, NStZ 2013, 593.

12 Rixen in: Höfling (Hrsg.), Transplantationsgesetz (TPG), 2. Aufl., 2013, Vorbem. zu §§ 9–12, Rn. 1.

13 Eurotransplant war schon vor dem In-Kraft-Treten des TPG durch Verträge in die Organisation des deutschen Transplantationswesens eingebunden. Auch heute liegt der Einbindung von Eurotransplant ein Vertrag mit den als Auftraggebern dazu gesetzlich ermächtigten Träger des öffentlichen Gesundheitswesens zugrunde (§ 12 Abs. 1 und 4 TPG). Dieser Vertrag muss durch das Bundesministerium der Gesundheit genehmigt werden (§ 12 Abs. 5 S.1 TPG). Im Übrigen gilt eine vergleichbare Regelung für die vertragliche Einbindung der Koordinierungsstelle in das System der Transplantationsmedizin (§ 11 Abs. 1, 2 und 3 S.1 TPG).

und legt in seinem Abs. 2 Satz 3 fest, dass eine Organübertragung nur zulässig ist, wenn das Organ von der Vermittlungsstelle (ET) unter Beachtung des § 12 Abs. 3 Satz 1 TPG vermittelt worden sind, mithin nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen. Der wird nach § 16 Abs. 1 TPG von der BÄK in Richtlinien festgestellt.

Ihrem gesetzlichen Auftrag folgend hat die BÄK bzw. die dort angesiedelte Ständige Kommission Organtransplantation (StäKo)<sup>14</sup> für alle postmortal gespendeten vermittlungspflichtige Organe (Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm, § 1 a Nr. 2 TPG) Richtlinien erarbeitet<sup>15</sup>.

Dieses Regelwerk umfasst allgemeine Grundsätze, die für alle Organe gelten, und mehrere Richtlinien mit den für die einzelnen Organe spezifischen medizinischen Voraussetzungen für eine Transplantation und Vorgaben für das Verfahren. Die allgemeine Richtlinie für die Wartelistenführung und die Organvermittlungen gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TPG legt für alle Organe gültige Grundsätze, Leitgedanken und einzuhaltende Verfahrensarten fest. Danach ist sowohl für die Aufnahme auf die Warteliste als auch für die Organvermittlung insbesondere nach *Erfolgsaussicht* und *Dringlichkeit* zu entscheiden. Kriterien für den Erfolg einer Transplantation sind eine (voraussichtlich) langfristig ausreichende Transplantatfunktion und ein damit gesichertes Überleben des Empfängers mit verbesserter Lebensqualität. Der Grad der Dringlichkeit richtet sich nach dem gesundheitlichen Schaden des Patienten, der verhindert werden soll. Patienten, die ohne Transplantation unmittelbar vom Tode bedroht sind, sollen vorrangig berücksichtigt werden. Wann medizinisch von einer solchen Situation auszugehen ist, legen die Richtlinien ebenfalls organspezifisch fest. Der Begriff der Chancengleichheit wird in diesem Regelungszusammenhang dahin verstanden, dass die Aussicht eines Patienten auf ein Organ nicht vom Wohnort, sozialen Status, von finanzieller Situation oder der Aufnahme auf die Warteliste eines besonders spezialisierten oder renommierten TPZ abhängig sein soll. Schicksalhafte Nachteile sollen u. a. dadurch möglichst ausgeglichen werden, dass persönliche Wartezeit, eine seltene Blutgruppe oder bestimmte Gewebeunverträglichkeiten berücksichtigt werden, was bedeutet, dass ein Patient mit einer seltenen Blutgruppe oder spezifischen medizinischen Merkmalen bevorzugt wird, wenn ein für ihn passendes Organ einmal vorliegt.

Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 TPG knüpft an die Richtlinien der BÄK eine wichtige *Rechtsfolge*: werden ihre Vorgaben beachtet, so spricht nach der gesetzlichen Festlegung eine *Vermutung* dafür<sup>16</sup>, dass bei der betreffenden Transplantation von den Ärzten entsprechend dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft gehandelt wurde, die Organtransplantation also *lege artis* erfolgt ist, und - das folgt daraus auch - dass die Zuteilung und Transplantation des Organs rechtlich nicht zu beanstanden, d. h. rechtmäßig waren.

## 2. Die Richtlinien für die Leberallokation

Schon in dem allgemeinen, für alle Organe geltenden Teil der Richtlinien ist festgelegt, dass die vermittlungspflichtigen Organe jeweils nach spezifischen, ihre medizinischen Besonderheiten berücksichtigenden Kriterien vermittelt werden sollen, und zwar mit Hilfe eines jeweils organspezifischen Allokationsalgorithmus, dessen Faktoren fortlaufend gemessen am Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft überprüft und gegebenenfalls angepasst werden müssen.

Da die bekannt gewordenen Verdachtsfälle die Manipulationen von Patientendaten im Zusammenhang mit Lebertrans-

plantationen betreffen, interessieren besonders die Regelungsinhalte der „Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation“, soweit sie für die strafrechtliche Beurteilung der mutmaßlichen Manipulationen von Patienten – bzw. Empfängerdaten von Bedeutung sein können. Grundsätzlich handelt es sich um Patienten, die an einer unheilbaren, chronischen Lebererkrankung mit der Folge eines Leberzerfalls leiden<sup>17</sup>, denen in absehbarer Zeit nur noch durch eine Organtransplantation geholfen werden kann. Die Richtlinien definieren die Indikation für eine solche Maßnahme dahin, dass Patienten in die Warteliste zur Lebertransplantation aufgenommen werden können, wenn die Überlebenschance und/oder die Lebensqualität mit Transplantation größer ist als ohne, wobei als die häufigsten Indikationsgruppen für eine solche Indikationsstellung Leberzirrhose, Krebserkrankungen der Leber, genetische Erkrankungen und angeborene Stoffwechselerkrankungen, cholestatische, d. h. durch Gallestau verursachte Lebererkrankungen und Leberversagen angesehen werden<sup>18</sup>.

Wie bei allen vermittlungspflichtigen Organen gibt es auch hier trotz der bei jedem Patienten vorauszusetzenden schweren Lebererkrankung von den Richtlinien definierte Einschränkungen bzw. Kontraindikationen für die Aufnahme auf die Warteliste<sup>19</sup>, die aber hier nicht näher darzustellen sind. Wichtig ist, dass es bei einem drohenden Ausfall der Leberfunktionen, anders als etwa bei der Niere durch die Dialyse, keine Ersatztherapien gibt, die zumindest mittelfristig die unmittelbare Lebensbedrohung hinauszögern können, so dass schon deshalb das Kriterium der Dringlichkeit einer Transplantation im Vordergrund stehen muss.

Der Dringlichkeitswert wird für die Lebertransplantation seit Anfang 2007 für die Standard-Allokation mit dem sog. MELD-Score (Model for End Stage Liver Disease) berechnet, der sich aus den Laborwerten für das Serumkreatinin, das Serumbilirubin und den Wert für die Blutgerinnung des Patienten zusammensetzt. Je höher der MELD-Score ist, desto größer ist die statistische Wahrscheinlichkeit, dass der Patient ohne neues Organ in den nächsten drei Monaten versterben wird. Nur um eine Vorstellung zu vermitteln: die wahrscheinliche 3-Monats-Mortalität liegt bei dem geringsten MELD-Score von 6 Punkten bei 1 %, ab 30 Punkten bei 49 % und ab 37–40 Punkten bei 90–98 %. Der MELD-Score der einzelnen Patienten muss in regelmäßigen Intervallen re-zertifiziert, d. h. erneut an ET gemeldet werden. Je nach Entwicklung der Blutwerte, die sich infolge fortschreitender Erkrankung verschlechtern oder nach erfolgreicher konservativer Behandlung verbessern können, steigt oder fällt der MELD-Score und dadurch auch die Chance, eine Leber zugeteilt zu bekommen. Wegen dieser Dynamisierung spielt die Wartezeit im Standardverfahren keine Rolle. Es gibt aber Lebererkrankungen, deren Transplantationsbedürftigkeit nicht durch den MELD-Score darzustellen ist.

14 Dieser Kommission gehören Transplantationsmediziner, Mediziner anderer Fachrichtungen, Juristen, Ethiker, Patientenvertreter, Vertreter der zuständigen Landesministerien sowie Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft, des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und außerdem Vertreter der Koordinierungsstelle (DSO) und der Vermittlungsstelle (ET) an.

15 Die Richtlinien können in ihrer aktuellen Fassung auf der Homepage der BÄK ([www.baek.de](http://www.baek.de)) aufgerufen werden.

16 Die bei medizinischen Besonderheiten im Einzelfall widerlegt werden kann.

17 Vgl. *Strassburg* Indikationsstellung und Indikationen für eine Lebertransplantation, *Der Chirurg*, 2013, 363 ff.

18 Richtlinien für Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation Ziff. III 1.

19 Richtlinien, Fn 18, Ziff. I 4. und III 2.

Sie werden durch ein zusätzliches, eigenen Regeln unterliegendes Allokationssystem der Standard-exception (SE-MELD) erfasst, bei denen, wie etwa beim hepatozellulären Karzinom (HCC), die Wartezeit in festgelegten Abständen zu einem Zuwachs an Priorität bis zur Zuteilung eines Organs führt<sup>20</sup>.

### III. Kritik an der rechtlichen Konzeption des Transplantationsgesetzes

#### 1. Verfassungsrechtliche Einwände

Von einigen rechtswissenschaftlichen Autoren wird - zum Teil gebetsmühlenartig, aber ohne eigenes Konzept für eine bessere Lösung<sup>21</sup> - die Behauptung wiederholt, die Vorschriften des Transplantationsgesetzes und die darauf beruhenden Richtlinien der Bundesärztekammer mit ihren Vorgaben zur Regelung von Gewinnung, Vermittlung und Verteilung postmortal gespendeter Organe seien wegen Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG, ihrer fehlenden sachlich/inhaltlichen Legitimation und/oder wegen ihrer Unbestimmtheit bzw. Widersprüchlichkeit verfassungswidrig<sup>22</sup>.

Soweit die Kritiker ihre Auffassung daran festmachen, dass die nach § 12 Abs. 3 S. 1 TPG maßgeblichen Kriterien für die Organallokation, nämlich *Dringlichkeit* und *Erfolgsaussicht* der Transplantation, gerade keine objektiven „Erkenntnisse“ der medizinischen Wissenschaft sein könnten, sondern es sich in Wahrheit um *normative* Maßstäbe handle, ist dieser Einwand zwar richtig. Das Gesetz enthält eine solche Aussage, wie ihm diese Autoren unterstellen, aber auch nicht. Es besagt lediglich, dass „die vermittlungspflichtigen Organe von der Vermittlungsstelle nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, zu vermitteln sind“, und fährt fort, „insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“. Erfolgsaussicht und Dringlichkeit beziehen sich hinlänglich deutlich schon sprachlich nicht auf die *Erkenntnisse*, sondern auf die *Regeln*, die *entsprechend* den Erkenntnissen der Wissenschaft *aufzustellen* und zu befolgen sind. Das besagt nichts anderes, als dass die aktuellen Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft die Grundlage für die in den Richtlinien festzulegenden Regeln der Vermittlung bilden sollen, wobei die Zuteilungsregeln, die der *Erfolgsaussicht* und der *Dringlichkeit* Rechnung tragen müssen, die ihrerseits wieder von den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft zu einzelnen Krankheitsbildern inhaltlich abhängen. Dass sowohl Erfolgsaussicht als auch Dringlichkeit notwendigerweise die Bewertungen medizinischer Fakten aus dem Krankheitsstatus der Patienten voraussetzen, macht sie gerade nicht zu einem Bewertungsgegenstand, der exklusiv dem Gesetzgeber vorbehalten ist, sondern medizinisches Fachwissen voraussetzt.

Deshalb gehen auch diejenigen Ansichten fehl, die meinen, die gesetzlichen Formulierungen erweckten - gleichsam als Mogelpackung - zu Unrecht den Eindruck, die Zuteilungskriterien seien allein medizinischer Natur, während in Wahrheit auch ethische Kriterien eine Rolle spielten<sup>23</sup>. Hinter dieser Kritik verbirgt sich wahrscheinlich ein gravierendes Missverständnis, wenn Medizin nämlich als eine ausschließlich naturwissenschaftliche, feststehende Fakten erforschende und anwendende Wissenschaft verstanden würde. Medizin und (anwendende) medizinische Wissenschaft beruhen neben naturwissenschaftlichen Erkenntnissen vor allem auf evidenzbasierten allgemeinen Erfahrungen und persönlichem Erfahrungswissen des Arztes. Geht es darum, allgemeine Regeln aufzustellen, stehen naturwissenschaft-

lich-objektive Erkenntnisse und das evidenzbasierte Erfahrungswissen über ihren allgemeinen Patientennutzen im Vordergrund. Wenn das Verteilungsprinzip klar ist, müssen medizinische Handlungsnormen, also auch bildlich gesprochen „Richtlinien“, definiert werden<sup>24</sup>. Geht es um das Wohl des einzelnen Patienten und darum, ob eine bestimmte Behandlung für ihn sinnvoll ist, ist auch das persönliche Erfahrungswissen des behandelnden Arztes in Verbindung mit dem Gesundheitszustand des betreffenden Patienten gefragt, wobei die Antwort von vielen weiteren individuellen gesundheitlichen Umständen abhängt. In beiden Fällen spielen zwangsläufig Bewertungen von Fakten eine Rolle, die naturgemäß auch medizinisch-ethische Komponenten enthalten.

#### 2. Die Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht

Einige Literaturvertreter sind der Auffassung, dass die Gewichtung der Kriterien *Dringlichkeit* und *Erfolgsaussicht* in den Richtlinien der BÄK, soweit sie für die Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Patienten auf die Warteliste maßgeblich sind, zu rechtlichen Bedenken Anlass gäben, weil sie der zu erwartenden Erfolgsaussicht der Organtransplantation als Aufnahmekriterium zu viel Bedeutung beimessen und die Erfolgsaussicht zu stark gewichten würden. Dies sei verfassungsrechtlich problematisch, weil durch die Hervorhebung der utilitaristisch gefärbten Erfolgsaussicht der generelle Anspruch eines *jeden* potentiellen Transplantationspatienten auf gleichmäßige Teilhabe am vorhanden Organaufkommen unabhängig von Alter, sozialer Stellung, vermutlicher Dauer seines Lebens usw., unterlaufen würde. Das ist nach Auffassung dieser Autoren mit der lebenswertindifferenten Konzeption des Grundgesetzes unvereinbar<sup>25</sup>.

In dieser Konzeption des Grundgesetzes liegt aber möglicherweise schon der Schlüssel zur Lösung des von vielen Autoren zutreffend angesprochenen Problems, dass die Auswahl- bzw. Zuteilungskriterien *Erfolgsaussicht* (allgemeiner und/oder individueller medizinischer Nutzen)<sup>26</sup> und *Dringlichkeit* (Gesundheitszustand bzw. Überlebenschance des konkreten Patienten) tendenziell gegenläufige Ziele verfolgen. Denn ein

20 Richtlinien für die Lebertransplantation Ziff. III 6.2.2.; vgl. auch *Rahmel* Vermittlung postmortal gespendeter Lebern, *Der Chirurg*, 2013, S. 372, 377; *Strassburg* Fn 17, S. 368.

21 Anders allerdings *Dannecker/Streng* JZ 2012, 444, 450 ff., die einen, an einem Punktesystem orientierten Verteilungsmodus zur Bestimmung des Verhältnisses von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht vorschlagen; siehe auch *Lang* MedR 2005, 269, 279, der zur Behebung des Defizits an demokratischer Legitimation eine Genehmigungspflicht für die Richtlinien vorschlägt (was heute umgesetzt ist) und die Verteilungsgerechtigkeit durch ein Gegenseitigkeitsmodell sichern möchte, bei dem bei einer Allokationsentscheidung mitberücksichtigt werden soll, ob ein Patient selbst zur Organspende bereit war. Dieser Vorschlag ist allerdings nicht frei von Bedenken, weil er die Rettung von Leben von einer Gegenleistung abhängig macht.

22 So z. B. *Gutmann* in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, TPG (2005), § 16 Rn 6 ff und Rn 19 ff.; *Gutmann/Fatbeh-Moghadan* NJW 2002, 3365, 3369 ff.; *Höfling* Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), 2. Aufl., 2013, § 12 Rn 29 ff. und § 16 Rn 17 ff.; *ders.* in: *Middel/Pühler/Lilie/Vilmar* (Hrsg.), *Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts* (2010), S. 16 ff.; *Lang* MedR 2005, 269 ff.; *Schroth* NSTZ 2013, 433, 436 f., alle m. w. Nachw.

23 So dezidiert *Lang* Fn 22, S. 275 f.

24 Siehe hierzu *G. Otto* Fehlleistungen und Fehlverhalten in der Transplantationsmedizin in: 19. Teplitzer Tagung, *Fehlverhalten und Fehlleistungen in der Medizin*, Kaden Verlag (2014), im Erscheinen begriffen.

25 So insbes. *Augsberg* in: *Middel et al.*, Fn 22, S. 163 ff.; *Bader* Organmangel und Organverteilung (2010), S. 336 ff.; *Dannecker/Streng* Fn. 21; *dies.* in FS für *Wolf Schiller* (2014), S. 127, 139 ff.

26 Die Richtlinien für die Wartelistenführung und Organvermittlung zur Lebertransplantation Ziff. II 1 d) verstehen darunter die längerfristige ausreichende Transplantatfunktion und ein damit gesichertes Überleben des Empfängers mit verbesserter Lebensqualität.

einem unmittelbar vom Tod bedrohten Patienten transplantiertes fremdes Organ kann, wegen dessen allgemein geschwächten Zustandes, eher versagen, also längerfristig gesehen „verloren“ sein, als bei einem zwar schwer erkrankten, aber noch körperlich relativ stabilen Patienten. Der Gesetzgeber soll es nach der Meinung dieser Autoren zu Unrecht unterlassen haben, den Widerspruch durch gesetzliche Vorgaben aufzulösen<sup>27</sup>. Dieser Vorwurf ist nicht berechtigt, weil hier schon die Verfassung dem Gesetzgeber Schranken setzt, indem der vorrangige Schutz konkret bedrohter Patientenleben mögliche utilitaristische Erwägungen verdrängt. Wie dieser Zielkonflikt zwischen den an sich legitimen Kriterien Erfolgsaussicht und Dringlichkeit abstrakt-normativ aufzulösen soll, ist allgemeingültig kaum darstellbar. Es ist vielleicht sogar die einzig sinnvolle Möglichkeit, die Entscheidung, welchem der beiden Kriterien aus medizinischen Gründen Vorrang einzuräumen ist, den Richtlinien zu überlassen, die auf der Grundlage des jeweiligen Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft von Fachleuten erstellt werden und beschreiben, welche medizinischen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sein müssen, damit der Patient auf die Warteliste aufgenommen oder ihm ein Organ transplantiert werden kann. Auf diese Weise kann für alle um ein Spenderorgan konkurrierenden Patienten eine gerechte Balance zwischen der im Allgemeininteresse liegenden Erfolgsaussicht, die beim Wartelistenzugang wesentlich ist, und der individuellen Dringlichkeit, die bei den organspezifischen Regeln für die Allokation, also für die Zuteilung eines Organs, in den Vordergrund rückt, eingehalten werden.

d) Im Übrigen wird in der argumentativ verfassungsrechtlichen Diskussion häufiger übersehen, dass sich sowohl nach den Vorschriften des TPG als auch den Richtlinien der BÄK ein Teilhabespruch eines Patienten an einer Organallokation überhaupt nur dann ergeben kann, wenn er für die Transplantation eines solchen Organs „geeignet“ oder eine Transplantation „notwendig“ ist<sup>28</sup>. Das betrifft die Frage, ob bei dem Patienten überhaupt eine Indikation für eine Transplantation besteht. „Eignung“ und „Notwendigkeit“ sind nämlich spezifisch medizinische Kriterien<sup>29</sup>, die ärztliche Beurteilungen und Therapieentscheidungen im Zusammenhang mit der Erkrankung der einzelnen Patienten voraussetzen, die ein Gesetzgeber naturgemäß nicht leisten kann.

### 3. Gründe für die Bewertung des TPG als verfassungskonform

Es gibt aber auch Autoren, die das Ganze wesentlich differenzierter sehen und weder das TPG noch die Richtlinien der Bundesärztekammer für verfassungswidrig halten<sup>30</sup>. Es darf nämlich nicht die Tatsache aus dem Blick geraten, dass in Deutschland immerhin Organisation, Prinzipien und wesentliche Abläufe der Organspende und -transplantation auf den Regelungen des TPG beruhen, einem förmlichen, vom parlamentarischen Gesetzgeber beschlossenen und so demokratisch legitimierten Gesetz. Dieses Gesetz ist in Kenntnis der vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken vom Gesetzgeber in jüngerer Zeit dreimal überarbeitet und ergänzt worden, zuletzt durch das am 1.8. 2013 in Kraft getretene Gesetz zur Beseitigung der Beitragsschulden in der Krankenversicherung<sup>31</sup>, ohne dass die grundsätzliche Konzeption des TPG und die Richtlinienkompetenz der BÄK geändert worden wäre. Allerdings hat die letztgenannte Novellierung eine wesentliche Neuerung gebracht, weil die auf der Grundlage des Gesetzauftrags des § 16 Abs. 1 TPG zu erlassenden Richtlinien nach dem neuen § 16 Abs. 3 TPG zukünftig durch das Bundesgesundheitsministerium genehmigt werden müssen. Ferner sind die Richtlinien nach dem ebenfalls neuen Satz 2 des § 16 Abs. 2 TPG zu begründen, die Feststellung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft ist nachvollziehbar darzulegen, eine Regelung, die der Transparenz dient. Mit der Einführung eines Genehmigungsvorbehalts hat der Gesetzgeber einen Vorschlag zur Verbreiterung der Legitimationsgrundlage aufgegriffen, der schon verschiedentlich in der Literatur geäußert worden war<sup>32</sup>.

Soweit in der Literatur vertreten wird, verfassungswidrige und deshalb rechtswidrige Organverteilungsregeln könnten nicht zur strafrechtlichen Bewertung möglicher Manipulationen im Zusammenhang mit Organvermittlungen (Allokationen) herangezogen werden<sup>33</sup>, übersehen diese Autoren, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines geltenden Gesetzes dem BVerfG vorbehalten ist und dass gültige Gesetze, solange sie nicht für verfassungswidrig erklärt worden sind, nicht nur von den Bürgern einzuhalten, sondern von der vollziehenden Gewalt und der Rspr., namentlich von den Strafverfolgungsbehörden und von den Gerichten, zu beachten und anzuwenden sind (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>34</sup>. Wer die gesetzlichen Grundlagen der Transplantationsmedizin für nicht mit dem Verfassungsrecht vereinbar hält, muss das auf den dafür vorgesehenen Rechtswegen geltend machen. In einem verfassten Rechtsstaat steht es nicht in jedermanns Belieben, geltende Gesetze zu ignorieren und eigene Verhaltensregeln aufzustellen.

Das BVerfG hat jedenfalls bisher zu den hier interessierenden Fragen noch nicht Stellung bezogen<sup>35</sup>. Ebenso fehlen gegenwärtig zivil- oder strafrechtliche Urteile zur Frage der rechtlichen Folgen bewusster Umgehung oder Instrumentalisierung.

Das BVerfG hat jedenfalls bisher zu den hier interessierenden Fragen noch nicht Stellung bezogen<sup>35</sup>. Ebenso fehlen gegenwärtig zivil- oder strafrechtliche Urteile zur Frage der rechtlichen Folgen bewusster Umgehung oder Instrumentalisierung.

27 So etwa Lang Fn 22, S. 278; diff. Bader Fn 25, S. 336 f., 344, 350 f.

28 Vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG und § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG sowie dazu insbesondere Bader Fn 25, S. 334 f. und S. 359 ff.

29 Nach den allgemeinen Grundsätzen der Richtlinien für die Aufnahme in die Warteliste (Ziff 1 3.): kann eine Organtransplantation indiziert sein, wenn Erkrankungen nicht rückbildungsfähig fortschreitend oder durch einen genetischen Defekt bedingt sind und das Leben gefährden oder die Lebensqualität hochgradig einschränken und durch die Transplantation erfolgreich behandelt werden können.

30 Jungbarns Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin (2001), S. 188, 206 f.; Rosenau in: Middel et al., Fn 22, S. 69 ff.; ders. in FS für Erwin Deutsch (2009), S. 435 ff.; Staudt Medizinische Richt- und Leitlinien im Strafrecht (2012), S. 160 ff., 310 ff.; Taupitz NJW 2003, 1145, 1147 ff. Siehe auch das im Auftrag der Bundesregierung erstattete rechtstatsächliche Gutachten von Augsburg „Gesetzliche Regelungen zur Organ- und Gewebespende“ aus Juli 2013, veröffentlicht unter [http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/O/Organspende/Gutachten\\_Manipulationsskandal/131125AugsbergGutachtenTPGEndfassungueberarbeitetvonBMGabgenommen.pdf](http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/O/Organspende/Gutachten_Manipulationsskandal/131125AugsbergGutachtenTPGEndfassungueberarbeitetvonBMGabgenommen.pdf).

31 BGBl. I S. 2423.

32 Vgl. etwa Lang Fn 22, S. 279.

33 Bülte StV 2013, 753 unter Berufung auf Schroth NSTz 2013, 437, 444, in der Sache ähnlich, aber vorsichtiger formulierend Dannecker/Streng in FS für Wolff (2014), S. 144 f.

34 So auch Rixen Fn 12, Einführung Rn 7.

35 Das BVerfG hat sich bisher lediglich in zwei Nichtannahmebeschlüssen, nämlich zur Lebendorganspende nach § 8 Abs. 1 TPG und der entsprechenden Strafvorschrift § 19 Abs. 2 TPG (BVerfG 1. Senat, 1. Kammer Nichtannahmebeschl. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181 u. a., NJW 1999, 3399) und zur postmortalen Organspende (BVerfG 1. Senat, 1. Kammer Beschl. v. 18.2.1999 – 1 BvR 2156/98, NJW 1999, 3403) mit dem TPG befassen müssen. Während es die Regelungen zur Lebendorganspende als verfassungsgemäß bewertet hat, hat es sich im Fall der postmortalen Spende dazu nicht näher geäußert. Auch in einem jüngeren Beschl., in dem es aus Gründen der Rechtsschutzgleichheit der Verfassungsbeschwerde eines Herzpatienten gegen einen ihm Prozesskostenhilfe für eine Zivilrechtsklage gegen ein TPZ versagenden Beschl. eines LG stattgegeben hat, hat es sich zur Richtlinienkompetenz der BÄK usw. nicht geäußert, BVerfG 1. Senat, 2. Kammer Beschl. v. 28.1.2013 – 1 BvR 274/1, NJW 2013, 1727. Das LG, bei dem die Klage anhängig war, hat das Verfahren im Dezember 2013 durch einen Vergleich beendet, dpa – Meldung v. 20.12.2013, siehe <http://www.stern.de> und Osnabrücker Zeitung vom 20.12.2013.

rung für eigene Zwecke der in den Richtlinien der BÄK festgelegten medizinischen Voraussetzungen für eine Organtransplantation durch Manipulation von individuellen Patientendaten, Vorwürfe, die in dem vor dem *LG Göttingen* laufenden Strafverfahren eine Rolle spielen.

#### IV. Die strafrechtlichen Problemstellungen

Die Stimmen aus der Rechtswissenschaft, die sich bisher zu denkbaren strafrechtlichen Konsequenzen derartigen ärztlichen Fehlverhaltens und zu dem Göttinger Strafverfahren geäußert haben, sind sich zwar mehr oder weniger darin einig, dass dem gegen den Göttinger Transplantationschirurg geführten Strafverfahren kein „erfolgreiches“ Ende im Sinne einer Verurteilung vorhergesagt wird, jedoch mit recht unterschiedlichen, teils sogar gegenläufigen Begründungen<sup>36</sup>. Fraglich ist auch, ob dabei alle tatsächlichen und rechtlichen Aspekte hinreichend in die Überlegungen einbezogen worden sind.

##### 1. Tatbestände des TPG

Das TPG selbst kennt zwar Straf- und Bußgeldvorschriften, die Verstöße gegen die rechtlichen Vorgaben für eine zulässige Organtransplantation sanktionieren, Manipulationen von Patientendaten zu dem Zweck, bei der Organallokation schneller berücksichtigt zu werden, wurden in der Vergangenheit dort aber nicht erfasst.

So wird nach §§ 17, 18 TPG der Organ- und Gewebehandlung mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft. Nun kann man zwar versuchen, die genannten Manipulationen unter den Begriff des Handeltreibens zu subsumieren<sup>37</sup>. Gelegentlich angestellte Überlegungen, bei der Organvermittlung auch die eigene Spendenbereitschaft des potentiellen Empfängers mit einfließen zu lassen<sup>38</sup>, kämen einem tatbestandlichen Handeln recht nahe. Denn Handel treibt nicht nur der, der Geld für eine Ware zahlt, sondern auch der, der tauschen will, sei es auch nur die eigene Spendenbereitschaft als Gegenleistung für eine bevorzugte Berücksichtigung im Fall der eigenen Transplantationsbedürftigkeit. Da aber alles dafür spricht, den Begriff in diesem Zusammenhang enger auszulegen als etwa im BtMG und auch die Überprüfungen der BÄK keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass tatsächlich Geldzahlungen für eine bevorzugte Organallokation verlangt wurden oder erfolgt sind, kann dieser Tatbestand hier vernachlässigt werden<sup>39</sup>.

Weitere Straftatbestände listet § 19 TPG auf, der in Abs. 1 für Verstöße gegen die Regeln der Entnahme von Organen und Geweben bei der Lebendspende und in Abs. 2 bei der postmortalen Spende die Entnahme ohne die erforderliche Einwilligung und Verstöße gegen die Vorschriften zur ordnungsgemäßen Hirntodfeststellung ebenfalls bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe androht. § 19 Abs. 3 TPG sieht für Verstöße gegen Dokumentations-, Mitteilungs- und Datenschutzvorschriften einen Strafraum von bis zu einem Jahr vor. Außerdem enthält § 20 TPG zahlreiche Bußgeldvorschriften für vorsätzlich oder fahrlässig missachtete Verfahrens- und Dokumentationspflichten. Die hier interessierende Fallkonstellation kam bis zum 1.8. 2013 weder in diesen Straf- noch in den Bußgeldvorschriften vor. Der bereits oben angesprochene § 20 Abs. 1 Nr. 4 TPG ist insoweit nicht einschlägig, da er mit der Bezugnahme auf § 9 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 12 Abs. 3 Satz 1 schuldhaft regelwidriges Verhalten bei der Vermittlung, also bei der Organzuteilung voraussetzt<sup>40</sup>.

Seit dem 1.8. 2013 existiert mit § 19 Abs. 2 a TPG allerdings eine Strafvorschrift<sup>41</sup>, die für die absichtlich unrichtige Erhe-

bung, Dokumentation und Übermittlung der für die Organvermittlung erforderlichen Angaben einen Strafraum von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vorsieht. Dieser Tatbestand ist auf Ermittlungsverfahren, die auf älteren Tatvorwürfen beruhen, wegen des Rückwirkungsverbots ohnehin nicht anwendbar. Er ist erkennbar dem vergleichbaren Tatbestand des § 278 StGB, dem strafbaren Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse nachgebildet und schließt eine Lücke in dem strafrechtlichen Schutz der bei der Organvermittlung und -vermittlung sowie der Transplantation einzuhaltenden Regeln, d. h. er schützt die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Transplantationsmedizin und das Vertrauen der Allgemeinheit hierauf.

##### 2. Tatbestände des StGB

Bedeutet das nun, dass Ärzte, die bewusst Patientendaten verfälschen oder wahrheitswidrig dokumentieren und an die Vermittlungsstelle weiterleiten, um den eigenen Patienten zu bevorzugen und andere, dringlicher auf ein Organ angewiesene Patienten zu benachteiligen, straflos sind? Mit einiger Sicherheit kann man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber 1997 ein solches Verhalten *nicht* für *nicht* strafwürdig erachtet haben könnte<sup>42</sup>. Aber möglicherweise war es damals nicht vorstellbar, dass Ärzte sich zur vorsätzlichen Verfälschung von Patientendaten hinreißen lassen würden.

Der strafrechtliche Schutz der *Individualrechtsgüter* der beteiligten Patienten ist von den Straftatbeständen des TPG wegen der unterschiedlichen Rechtsgüter zu trennen. Ihr Schutz richtet sich heute und richtete sich auch in der Vergangenheit nach dem StGB und dessen Straftatbeständen<sup>43</sup>. Da es in diesem Zusammenhang stets um Lebensrettung oder Verbesserung der Lebensqualität schwer erkrankter Patienten geht, drängen sich die Tatbestände der §§ 211 ff StGB und der §§ 223 ff StGB als Schutznormen auf. Auch *Schroth* hält es offensichtlich für selbstverständlich, dass bei der postmortalen Organspende, etwa in Fällen, in denen einem nicht hirntoten Organspender ein Organ entnommen und hierdurch der Tod des Betroffenen herbeigeführt wird, ein Tötungsdelikt vorliegt, das TPG (§ 19 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG) insoweit also keine *lex specialis* ist<sup>44</sup>. Ebenso hält er es - aus hiesiger Sicht zu Recht - für naheliegend, dass dann, wenn die Allokationsregeln der knappen Ressource Organ willkürlich missachtet werden, Körperverletzungsdelikte - seiner Ansicht nach wohl nur in der Fahrlässigkeitsform (§ 229 StGB) - zu prüfen sind oder sogar eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) in Betracht kommt. Tatopfer wären jeweils diejenigen Patienten, denen das Organ vorent-

36 *Bülte* StV 2013, 2013, 753 Anm. zu *OLG Braunschweig* Beschl. v. 20.3.2013 – Ws 49/13; *Schroth* NStZ 2013, 433 ff. Skeptisch, aber ergebnisoffen *Augsberg* Fn 30, Gutachten, S. 91 ff.; *Dannecker/Streng* Fn 33; *Kudlich* NJW 2013, 917 ff.

37 *Oglakcioglu* HHRS 2012, 381. Allerdings schwebte dem Gesetzgeber die Übernahme des Handeltreibensbegriffs aus dem Betäubungsmittelstrafrecht vor, BT-Dr 13/4355 S. 29 f.; vgl. auch *Bernsmann/Sikor* in: *Höfling*, TPG, 2. Aufl., § 18 Rn 13.

38 *Lang* Fn 22, S. 279.

39 So auch *Kudlich* NJW 2012, 917, 919; vgl. ferner *MK/StGB-Tag* 2. Aufl., § 18 TPG Rn 44.

40 Vgl. *Bernsmann/Sikor* Fn 37, § 20 Rn 13 f.; insoweit ungenau *Schroth* Fn 35, S. 435.

41 Diese ist Teil mehrerer wesentlicher Verschärfungen im Kontrollsystem des TPG und Verbesserungen der klinikinternen Organisation einer Organtransplantation, die vom Gesetzgeber als Reaktion auf die bekannt gewordenen Manipulationsfälle vorgenommen wurden.

42 So zutreffend *Augsberg* Gutachten, Fn 30, S. 91; *König* in: *Schroth et al*, Fn 22, § 20 Rn 7. Die Gesetzesmaterialien hierzu sind recht unergiebig.

43 Siehe u. a. *Bernsmann/Sikor* Fn 37, § 19 Rn 98 ff.; indirekt dazu auch *Dannecker/Streng* Fn 33, S. 144.

44 Vgl. *Schroth* in: *Roxin/Schroth* (Hrsg), *Medizinstrafrecht*, 4. Aufl., S. 444, 462, ebenso *Augsberg* Fn 30, Gutachten, S. 92 f.

halten wurde. Vorsätzliche, u. U. mehrfach wiederholte Manipulationen von Patientendaten mit dem Ziel, dem eigenen Patienten schneller als bei normalem Gang der Dinge zu erwarten, ein Ersatzorgan zu beschaffen, das ansonsten einem anderen, mit hoher Wahrscheinlichkeit kränkeren Patienten zugeteilt worden wäre, legen aber nicht nur eine fahrlässige Deliktsverwirklichung, sondern die Prüfung der entsprechenden vorsätzlichen Tatbestände nahe.

Das vorsätzliche Tötungsdelikt des § 212 Abs. 1 StGB<sup>45</sup> setzt keine speziellen Formen der Tatbegehung voraus, sondern strafbar ist danach jeder, der „einen Menschen tötet“, wenn er den Todeserfolg zumindest bedingt vorsätzlich herbeigeführt hat. Auf welche Weise dies geschieht, ist zunächst ohne Belang, so dass in dem hier interessierenden Zusammenhang auch Manipulationen an Patientendaten zu Lasten Dritter durchaus als tatbestandsmäßige Handlungen in Betracht kommen. Schwierigkeiten bei der Subsumtion der komplexen Vorgängen bei der Organallokation unter den objektiven Tatbestand eines Tötungsdelikt werden von den Literaturvertretern denn auch weniger in der Eignung derartiger Handlungen zur Tatbestandserfüllung gesehen. Probleme werden eher im Zusammenhang mit der in der strafrechtlichen Wissenschaft inzwischen, wenn auch in verschiedenen Spielarten, vorherrschenden Lehre von der objektiven Zurechnung und deren normative Wertungen angenommen, wonach eine über die reine Kausalität hinausgehende engere Verknüpfung zwischen Tathandlung und möglichem Todeserfolg bestehen muss, die den Erfolg als „Werk“ des Täters erscheinen lässt. Nach dieser Auffassung ist zumindest die Schaffung oder Erhöhung einer rechtlich relevanten Gefahr oder eines erhöhten Risikos durch das Täterverhalten vorauszusetzen<sup>46</sup>. Auch die Rspr., die die Lehre von der objektiven Zurechnung bisher nicht ausdrücklich übernommen hat<sup>47</sup>, stellt auf der Grundlage des Schuldgrundsatzes seit Langem darauf ab, ob eine kausale Bedingung für den Erfolg nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben für den Erfolg auch *bedeutsam* war<sup>48</sup>; oder anders gewendet: ob ein pflichtwidriges Handeln nach rechtlichen Maßstäben bedeutsam war, bedarf einer wertenden Betrachtungsweise des gesamten zum Erfolg hinführenden Geschehens<sup>49</sup>.

## V. Manipulationen von Patientendaten als tatbestandliche Handlungen iSd §§ 211 ff StGB und §§ 223 ff StGB

### 1. Die computerbasierte Organallokation

Wie oben bereits dargelegt, ist die Vermittlungsstelle (ET) nach dem TPG und dem Beauftragungsvertrag (§ 12 Abs. 4 TPG) verpflichtet, sich an die Richtlinien der BÄK zu halten. Sie setzt deren Regelungen für die Organzuteilung in die Praxis um. Dies wird von ET durch ein computerbasiertes Allokationsprogramm (ENIS) gewährleistet, dessen Technik es auch technischen Laien erlaubt, die Programmierung und damit die Umsetzung der Richtlinien zur Organallokation nachzuvollziehen<sup>50</sup>. Sowohl die Spenderdaten als auch die Daten potentieller Empfänger, zu denen etwa auch Alter und Größe des Patienten gehören, soweit dies für die Kompatibilität des Spenderorgans von Bedeutung ist, werden elektronisch an ET gemeldet, wo sie in einer sog. Matchliste festgehalten werden, aus der sich die Allokationsreihenfolge ergibt. Grundlegende Voraussetzung für alle Transplantationen ist die Blutgruppenverträglichkeit zwischen Spender und Empfänger (ABO-Kompatibilität). Hinzu kommen bei den einzelnen Organen zu beachtende Besonderheiten. Die durchschnittlichen Wartezeiten bei den einzelnen Organen differieren<sup>51</sup>.

Kommen bei ET die Daten eines Spenderorgans herein, werden sie nach einer Plausibilitätskontrolle in das System eingelesen und mit den Daten der registrierten Patienten abgeglichen, so dass die am besten geeigneten Empfänger ermittelt werden können. Sodann werden die Daten den TPZ, deren Patienten ein Organangebot erhalten, zur Verfügung gestellt, damit dort entschieden werden kann, ob das Organ für den Patienten, für den es angeboten wurde, medizinisch vertretbar akzeptiert werden kann. Durch dieses hier nur rudimentär darstellbare System ist es möglich, für jeden Patienten nachzuvollziehen, aufgrund welcher Regeln er die jeweilige Rangposition auf der Zuteilungsliste einnimmt. Dies gewährleistet volle Transparenz und macht es noch Jahre nach der Allokation nachvollziehbar, wie die Matchliste erstellt wurde, da alle Schritte des Allokationsprozesses dokumentiert werden<sup>52</sup>. Jeder Transplantationsarzt kann jederzeit aus der Matchliste ersehen, welche Positionen seine Patienten einnehmen. Zwar gibt es auch Sonderverfahren, bei denen über die Zuteilung eines Organs in einem sog. Audit-Verfahren letztlich Gutachter entscheiden, etwa ob der Hochdringlichkeitsstatus (High-Urgency = HU) eines Patienten gerechtfertigt ist oder nicht. Auch diese Vorgänge werden durchgängig dokumentiert. Ausgangspunkt aller Allokationsentscheidungen sind jedoch immer die von den Entnahmekrankenhäusern und den TPZ mitgeteilten Patientendaten der Spender und der auf der Warteliste registrierten potentiellen Empfänger. Auch die Kommunikation zwischen den Entnahmekrankenhäusern, der Koordinierungsstelle, der Vermittlungsstelle und den TPZ-Häusern findet stets auf elektronischem Wege, im Bedarfsfall auch ergänzend telefonisch statt.

Werden Patientendaten manipuliert, indem z. B. Laboraten, d. h. Blutwerte gefälscht werden, so findet der eigentliche Fälschungsvorgang nicht auf dem Papier statt, sondern das dem Patienten im TPZ auf der Station oder in der Ambulanz entnommene Blutprobenmaterial wird durch Zufügen dafür geeigneter (Fremd)Substanzen verändert, bevor es in das klinikeigene Labor geht und dort untersucht wird. Die gemessenen Blutwerte Kreatinin und Bilirubin des Patienten sowie der analysierte Blutgerinnungswert (der sog. INR oder der Quick-Wert) werden vom Transplantationsbüro der Klinik unmittelbar an ET auf elektronischem Wege weitergeleitet. Das geschieht ebenso, wenn in die elektronischen Formulare wahrheitswidrig eingetragen wird, dass bei dem Patienten eine Dialysebehandlung durchgeführt wird oder wurde. Das ist ein relativ einfacher Fälschungsvorgang, der die Einstufung des Patienten als dringlichen Fall um bis zu 13 zusätzliche MELD-Punkte erhöht, da eine durch die Grunderkrankung der Leber beeinträchtigte Nierenfunktion, die eine Dialyse notwendig macht, eine weitere und deshalb höhere Gefährdung des Patienten signalisiert. Bei den bekannt gewordenen Manipulationsfällen handelt sich also nicht um bloße „Aktenverfälschungen“ durch Transplantationsärzte und gegebenenfalls ihre Helfer, sondern die falschen Daten fließen unmittelbar in die Matchliste und so in die Entscheidungsprozesse bei ET ein. Das

45 Der Mordtatbestand des § 211 StGB und seine Besonderheiten werden hier aus Raumgründen nicht problematisiert.

46 Siehe u. a. *Kübl* AT, 7. Aufl., § 4 Rn 36 ff.; *SSW/StGB-Kudlich* Vor §§ 13 ff. Rn 48 ff.; *ders.* JA 2010, 681; *Roxin* AT § 11 Rn 44 ff.; *Wessel/Beulke* AT, 41. Aufl., Rn 176 ff., jew. m. w. Nachw.

47 *Fischer* 61. Aufl., Vor § 13 Rn 31.

48 *BGHSt* 11, 1, 7; 33, 61, 64 f.; 49, 1, 4 und 6 f.

49 Vgl. *OLG Stuttgart StraFo* 2011, 281.

50 *Rahmel* Fn 20, S. 374.

51 Vgl. Eurotransplant Info Organtransplantation <http://www.bgv-transplantation.de/wartezeit.html>.

52 Näher hierzu *Rahmel* Fn 20, S. 374.

hat wiederum direkte Auswirkungen auf die Rangfolge des Patienten auf der Warteliste und die Vermittlung bzw. das Angebot eines Organs, wenn eine Spenderleber zur Verfügung steht. Die Bedeutung der Manipulationen von Patientendaten für die strafrechtliche Bewertung liegt deshalb auf der Hand.

So hat es auch das *OLG Braunschweig* in seinem auf die Haftbeschwerde des beschuldigten Transplantationsmediziners ergangenen Beschluss gesehen.

## 2. Die Haftfortdauerentscheidung des *OLG Braunschweig* vom 20.3.2013

Ob andere, auf eine Leberspende angewiesene Patienten aufgrund von Manipulationen der Zuteilungsreihenfolge verstorben sind, war nach damaligen Ermittlungsstand noch nicht bekannt. Das *OLG* aber hat die von *StA*, *AG* und *LG* im Ermittlungsverfahren vorgenommene rechtliche Bewertung der dem Beschuldigten zur Last gelegten mehreren Fälle vorsätzlicher Falschangaben gegenüber der Vermittlungsstelle *ET* als versuchte Tötung zum Nachteil der übergangenen Patienten bestätigt. Es hat sowohl einen bedingten Tötungsvorsatz angesichts der dem Beschuldigten bekannten Besonderheiten des *MELD-Score-Systems* bei der Lebertransplantation und der dem Beschuldigten ebenfalls geläufigen drohenden Lebensgefahr für die übergangenen Patienten für dringend wahrscheinlich gehalten als auch ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung jeweils mit ausführlicher Begründung bejaht. Die objektive Versuchshandlung hat es damit begründet, dass die Falschangaben gegenüber *ET* eine Organzuteilung an den eigenen Patienten bewirken sollten und auch hätten, dadurch die Transplantation für die übergangenen Patienten unmittelbar lebensbedrohlich verzögert wurde. Der weitere Verlauf und der Ausgang sei für den Beschuldigten nicht mehr steuerbar und rückgängig zu machen gewesen. Dass diese durch die Manipulationen verursachten Verzögerungen eine unmittelbare Todesgefahr für die übergangenen Patienten begründeten, sieht das *OLG* angesichts des in der Lebertransplantation anzuwendenden *MELD-Score*, der gerade die Dringlichkeit für die Zuteilung der Organe in den Vordergrund rücke, als naheliegend an, ebenso, dass der beschuldigte Transplantationschirurg dies wusste. Es hat seine Auffassung u. a. auf die Einlassung des Arztes gestützt, der sich interessanterweise zunächst darauf berufen hatte, es sei für ihn von überragender Bedeutung gewesen, dass seine Patienten ein neues Organ erhalten würden, da sie ohne Transplantation eine Lebenserwartung von nur noch wenigen Tagen, maximal ein bis zwei Wochen gehabt hätten. Das *OLG* hat seine Annahme, der Beschuldigte habe mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, ausführlich begründet. Die sonst im Medizinstrafrecht vorherrschende Zurückhaltung bei der Annahme eines Tötungsvorsatzes bei einem Arzt, der nicht *lege artis* gehandelt und deshalb den Tod seines Patienten verursacht hat<sup>53</sup>, hat es angesichts hier vorliegenden Umstände nicht für angezeigt erachtet, da der Beschuldigte nicht die eigenen Patienten, sondern fremde und für ihn nur durch eine Nummer individualisierbare Patienten in konkrete Lebensgefahr gebracht hätte<sup>54</sup>.

## 3. Kritiken an dieser Entscheidung

Gegen die rechtlichen Wertungen des *OLG Braunschweig* bzw. prinzipiell gegen die Annahme, bei bewussten Manipulationen von Patientendaten zur Beschleunigung der Organzuteilung für die eigenen Patienten, könnten nach allgemeinem Strafrecht Tötungs- und/oder Körperverletzungsdelikte in Betracht kommen, sind einige, auf den ersten Blick zunächst nicht unbeachtliche Einwände erhoben worden.

### a) Die Anmerkung von *Bülte* StV 2013, 753

*Bülte* hält die Datenmanipulationen nur für normativ-mittelbar gefahrerhöhend für das Leben der übergangenen Patienten, da die Gefahr tödlicher Folgen durch Verletzungen der Verteilungsregeln von Lebenschancen anders als eine unmittelbar gegen das Leben eines Individuums gerichtete Handlung nicht offensichtlich sei. Das ist auf den ersten Blick richtig. Es bedarf also vermittelnder Schutz- oder Sorgfaltsnormen, die zumindest auch dem Schutz von Menschenleben dienen. Im Ansatz zutreffend ist ebenso seine Auffassung, das *OLG* habe seine Entscheidung, jedenfalls der Sache nach, auf die Grundsätze der objektiven Zurechnung gestützt, die voraussetze, dass der Täter durch seine Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut geschaffen hat, die sich im Erfolg (hier des § 212 StGB) realisiert hat. Die abstrakten Organverteilungsregeln des *TPG* - die konkretisierenden Richtlinien übergeht *Bülte* - sieht er als unrechtsvermittelnde Sorgfaltsnormen an, deren Verletzung allerdings nur dann für den strafrechtlichen Vorwurf eines Tötungsdelikts relevant wären, wenn sie ebenfalls dem Lebensschutz dienen. Das bezweifelt er, weil er in den Vorschriften des *TPG* letztlich nur eine gesetzliche Regelung zur gerechten Verteilung von Lebenschancen sieht, eine Missachtung dieser Regelungen ausschließlich als Verletzung des derivativen Teilhabeanspruchs der einzelnen wertet und diese als Verletzung der Verteilungsgerechtigkeit versteht<sup>55</sup>. Das Ergebnis überrascht schon deswegen, weil *Bülte* an anderer Stelle selbst betont, dass das *TPG* zwei Vergabeziele verfolge, nämlich zum einen diene es dem Schutz des menschlichen Lebens, zum anderen der Verteilungsgerechtigkeit als Ausdruck der Menschenwürde. Dennoch soll es „nur“ um die organisatorische Umverteilung von Lebenschancen gehen. In den Manipulationen eines Arztes, der seinem Patienten zum Nachteil eines anderen ein Organ verschafft, will er „eher ausschließlich eine äußerst gefährliche Verletzung der Verteilungsgerechtigkeit (äußerst gefährlich für wen?) und des Vertrauens der Allgemeinheit in die Lauterkeit und Funktionsfähigkeit der Organverteilungssysteme“ sehen, die keine zurechnungsgerechte Tötungshandlung im Sinne des § 212 StGB“ bedeuten könnten<sup>56</sup>. Eine solche Begründung ist wenig überzeugend, andere Autoren sehen das auch anders<sup>57</sup>.

Völlig aus dem Blick geraten ist bei dieser Anmerkung, dass die Manipulationen im Zusammenhang mit Lebertransplantationen vorgenommen würden, deren Richtlinien mit dem *MELD-Score-Allokationssystem*, jedenfalls im Standardverfahren, gerade auf die Dringlichkeit der Transplantation bei den einzelnen Patienten und deren individuellen Krankheitszuständen abheben. Damit steht bei der Allokation neben den medizinischen Voraussetzungen, also Blutgruppenkompatibilität, u. U. Körpergröße, Gewicht usw., die Dringlichkeit einer zur Lebenserhaltung notwendigen Transplantation im Vordergrund. Es muss daran erinnert werden, dass Patienten mit einem „echten“ *MELD-Score* von 35 und mehr sich in unmittelbarer Todesgefahr befinden. Anders als bei der Niere mit der Möglichkeit des Organersatzverfahrens durch die Dialyse und auch beim Herz mit den verschiedenen künstlichen Überbrückungssystemen, die es ermöglichen, den Patienten eine gewisse Zeit auch ohne neues Organ am Leben zu erhalten, existieren solche Techniken für die vom Versagen ihrer Leber bedrohten Menschen nicht. An dem Schutzzweck der Regelung des *TPG*

53 Vgl. etwa *Kudlich* NJW 2011, 2856 m. w. Nachw.

54 *OLG Braunschweig* NSTz 2013, 593, 595.

55 *Bülte* StV 2013, 755.

56 *Bülte* Fn 55.

57 So etwa *Kudlich* NJW 2013, 917, 918.

und der Richtlinien zur Leberallokation, konkret gefährdete individuelle menschliche Leben zu retten, kann eigentlich niemand ernsthaft zweifeln.

#### b) Weitere Bedenken gegen die Nachweisbarkeit von Kausalität und Zurechenbarkeit

Zwar haben auch andere Autoren Bedenken geäußert, ob der Nachweis der Kausalverläufe bzw. eines dem manipulierenden Täter zuzurechnenden konkreten Todeserfolgs bei einem der auf der Warteliste übergebenen Patienten überhaupt gelingen kann<sup>58</sup>. Da ihre Begründungen sehr allgemein gehalten sind (schlechter Gesundheitszustand des Patienten, Operationsrisiken usw.), kann auch nur allgemein darauf verwiesen werden, dass in diesen Manipulationsfällen selbstverständlich auch die übrigen allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze anzuwenden sind, d. h. es genügt, wenn die Handlung des Täters den Erfolgseintritt beschleunigt hat, hypothetische Ersatzursachen dürfen nicht hinzugedacht werden, und es ist stets auf den konkret eingetretenen Erfolg abzustellen, in dem sich das vom Täter geschaffene Risiko bzw. die Gefahr realisiert haben muss<sup>59</sup>.

#### 4. Die Auffassung von *Schroth* NSTZ 2013, 433 ff. – Argumente und Gegenargumente

##### a) Allgemeine Einwände

Im Gegensatz zu *Bülte* sieht *Schroth*, dass jede auf manipulierten Patientendaten beruhende Organallokation, d. h. Zuteilung eines Organs, zugleich die Beeinträchtigung einer „Gesundheitschance“ eines anderen schwerkranken Patienten bedeutet, was für ihn die Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zumindest nachvollziehbar zu machen scheint<sup>60</sup>. Er hält ein solches Vorgehen aber offenbar für problematisch, weil bei diesbezüglichen Ermittlungsverfahren aus seiner Sicht schon keine Klarheit hinsichtlich des potentiellen Opfers gewonnen werden könne und offen bleibe, ob die Organzuteilung bei den potentiellen anderen Empfängern überhaupt im Standardverfahren, d. h. auf der Grundlage des MELD-Score, erfolgen oder ob dies in einem anderen, etwa dem sog. beschleunigten Verfahren geschehen würde.

Der Sinn dieser Bedenken erschließt sich nicht ohne weiteres, da nicht deutlich wird, für welchen Zeitpunkt sie relevant sein sollen. Jedenfalls dann, wenn dem Patient, zu dessen Gunsten Daten verändert wurden, ein Organ angeboten wird, steht – individualisiert – fest, welcher bzw. wie viele andere Patienten aufgrund ihrer medizinisch relevanten Parameter und in welcher Reihenfolge an dessen Stelle berechnungsgemäß das Organ hätten bekommen sollen. Wurde das Organ von den behandelnden Ärzten der als Erst- oder Zweitempfänger vorgesehenen Patienten, etwa aus Qualitätsgründen oder weil der Patient nicht rechtzeitig erreichbar war, abgelehnt, so wurde das Organ bisher zwar nochmals im Wege des sog. beschleunigten Verfahrens allen TPZ angeboten. In der Praxis blieb es jedoch in der Regel zur Einhaltung einer möglichst kurzen Ischämie-Zeit, die für die Funktionsfähigkeit des Organs von wesentlicher Bedeutung ist, in der ursprünglichen Region. Die Behauptung *Schroths*, die Voraussetzungen des beschleunigten Ermittlungsverfahrens seien im konkreten Einzelfall im Nachhinein nicht mehr rekonstruierbar, ist unzutreffend. Auch hier bestehen und bestanden in der Vergangenheit Regelungen, die die Vorgänge überprüfbar machen. Die einer bestimmten Organzuteilung zugrundeliegenden Vorgänge sind mittels der im ENIS-System von ET vorhandenen Daten, Datenflüsse und Akten der TPZ ohne Schwierigkeiten jederzeit darzustellen und nachzuvollziehen.

Nicht zutreffend ist zudem seine Annahme, die Kausalität eines manipulierenden Verhaltens für den Tod oder die Nichtminderung des Leidens eines anderen Patienten könne

nicht nachgewiesen werden. Anders als *Schroth* meint, ist ohne Schwierigkeiten festzustellen, *wem* das Organ an Stelle des von der Manipulation begünstigten Patienten rechtmäßig zugeteilt bzw. angeboten worden wäre (siehe oben). Ob die Transplantation tatsächlich den Tod verhindert hätte, bleibt zwar u. U. zweifelhaft, wenn man die konkreten Umstände des Krankheitszustandes des betreffenden Patienten nicht kennt. Das Tatbestandsmerkmal eines möglichen Todes als vom Vorsatz umfasster und vom Täter gebilligter möglicher Erfolg ist damit jedoch nicht zu negieren. Selbst eine später tatsächlich aufgrund eines weiteren Organangebots durchgeführte Transplantation des ursprünglich übergebenen Patienten macht die Prüfung eines versuchten Tötungsdelikts nicht überflüssig, da auf den früheren Zeitpunkt abzustellen ist, in dem das Organ dem übergebenen Patienten hätte angeboten werden müssen. Es kommt auf dessen damaligen Gesundheitszustand und die damalige Todesgefahr an.

Nicht zweifelhaft kann zudem sein, dass zumindest die Grunderkrankung des anderen Patienten durch eine Transplantation behandelt worden wäre. Mit welchem endgültigen Erfolg, mag dahinstehen, es wurde jedenfalls eine Heilbehandlung zur Leidenslinderung verhindert und damit aktiv eine Körperverletzung begangen<sup>61</sup>, ein Umstand, der bisher nur am Rande diskutiert wurde. Das ist nicht nur im Hinblick auf den Tatbestand des § 223 StGB von Bedeutung, sondern auch für Überlegungen und gegebenenfalls Ermittlungen in Richtung auf § 224 StGB und § 227 StGB oder §§ 227, 22 StGB<sup>62</sup>.

##### b) Tötungs- oder Körperverletzungsvorsatzes ?

*Schroth* geht aber offenbar davon aus, dass ein Körperverletzungs- oder gar ein Tötungsvorsatz bei einem Arzt, der die Daten seines Patienten für eine schnellere Organallokation manipuliert, nicht nachweisbar sein könnte, weil insoweit nur von einem Gefährdungsvorsatz auszugehen sei<sup>63</sup>. Das überrascht in gewisser Weise. Sein Argument, es existiere immerhin die Möglichkeit, dass der unbekannt Patient ein Organ im beschleunigten Verfahren erhalten wird, kann allenfalls einem Tötungsvorsatz entgegengehalten werden. Auch insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass sich solche Argumente auf der subjektiven Ebene im Bereich bloßer Hoffnungen bewegen, die sich jedenfalls nach der Rspr. in der Regel nicht gegen einen (bedingten) Vorsatz einwenden lassen<sup>64</sup>. Dass ein mit Lebertransplantationen befasster Arzt um die lebensbedrohliche Situation aller auf den Wartelisten geführter Patienten weiß, insbesondere bei denjenigen, die einen MELD-Score von 35 und mehr erreicht haben, versteht

58 Dölling/Duttge/Rössner-Duttge, Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 3. Aufl., § 15 Rn 46; Dölling/Duttge/Rössner-Heinrich, 3. Aufl., Vor § 13 Rn 33.

59 Siehe zu diesen Grundsätzen etwa *Kühl* AT, 7. Aufl., § 4.

60 *Schroth* NSTZ 2013, 433, 437.

61 Ein solche vorsätzliches Vereiteln von fremden „Rettungsmöglichkeiten“ ist als Begehungs- und nicht als Unterlassungsdelikt zu werten, vgl. *Kudlich* NJW 2013, 917, 919; *ders.* in: SSW/StGB, § 13 Rn 7; *Roxin* AT II, Rn 114 a. E.; *Wessels/Beulke* AT, Rn 701.

62 *Schroth* Fn 60, S. 440 und dort Fn 86, sieht diese Möglichkeit zwar auch, meint aber, § 12 Abs. 3 TPG sei als Allokationsregel viel zu unbestimmt, als dass ihre Verletzung zur Annahme einer strafbaren Körperverletzung führen könne. Andernfalls wäre auch die unberechtigte Ablehnung eines Organs durch ein TPZ oder die unberechtigte Verweigerung der Aufnahme auf die Warteliste als Körperverletzung zu werten. Damit hat er Recht und das wäre auch nicht anstößig. Denn abgesehen davon, dass es sich in solchen Fällen um die eigenen, vom Arzt zu behandelnden und nicht um fremde Patienten handelt, können auch Verstöße gegen die Regeln der Organtransplantation zum Nachteil der eigenen Patienten als strafbare Körperverletzungen in Betracht kommen, wenn sie nicht durch eine rechtswirksame Einwilligung gedeckt sind.

63 *Schroth* S. 438 f.

64 *MK/StGB-Schneider* 2. Aufl., § 212 Rn 10 m. w. Nachw.

sich nahezu von selbst. Jedenfalls kann am notwendigen Wissenselement des sog. „bedingten“ Vorsatzes weder ein Körperverletzungs- noch ein Tötungsvorsatz kaum scheitern, da ein strafrechtsrelevanter Erfolg keine zwangsläufige Folge einer durch Manipulationen vereitelten Organzuteilung sein muss. Es reicht nach den herkömmlichen Kriterien der Rspr. aus, dass der manipulierende Arzt derartige Folgen für die übergangenen, seinem eigenen Patienten eigentlich vorgehenden anderen Patienten als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt<sup>65</sup>.

### c) Voluntatives Element des bedingten Vorsatzes

Nicht so eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob auch das zweite, das voluntative Element des bedingten Vorsatzes bejaht werden kann. Das würde ein billigendes in Kauf nehmen des möglichen Erfolges voraussetzen oder anders gewendet, dass der Arzt sich um des erstrebten Erfolges bei seinem eigenen Patienten willen mit einem möglichen Körperverletzungs- oder Todeserfolg bei den ihm unbekanntem anderen Patienten abfindet, selbst wenn ihm solche Folgen an sich unerwünscht sind. Zu dieser, auf die hier interessierenden Fallkonstellationen umformulierte Formel der Rspr. gibt es eine nahezu unüberschaubare Fülle von Entscheidungen, die aber bei allen Unterschieden im Ergebnis gleichbleibend eine sorgfältige Abwägung aller für oder gegen die Annahme des voluntativen Vorsatzelements sprechenden Indizien verlangen<sup>66</sup>. Allerdings haben objektive Pflichtwidrigkeiten von Ärzten im Zusammenhang mit negativ verlaufenden Behandlungen ihrer eigenen Patienten häufig eine gewisse Sonderbehandlung erfahren, weil man ihnen – im allgemeinen wohl zu Recht – zunächst einen Heilungs- und keinen Schädigungswillen unterstellt hat, so dass es gewichtiger Gegenargumente bedarf, um ihnen einen Tötungsvorsatz nachweisen zu können<sup>67</sup>. Um eine solche Fallkonstellation geht es vorliegend jedoch nicht, da den eigenen Patienten ungerechtfertigte Vorteile auf Kosten anderer, fremder Patienten verschafft werden sollen, die dadurch in eine erhöhte Lebensgefahr geraten. Das hat das OLG Braunschweig richtig gesehen<sup>68</sup>, wenngleich es überflüssigerweise bei seiner Beweiswürdigung die sog. Hemmschwellentheorie des BGH bemüht, obwohl es darauf nicht mehr ankommt<sup>69</sup>.

Schroth meint jedoch, weil der manipulierende Arzt Intensität und Qualität der Gesundheitsgefahr des ihm unbekanntem übergangenen Patienten nicht kenne, sei die Annahme, er habe dessen Tod für möglich gehalten und gebilligt, rein fiktiv. In diesen Zusammenhängen wurde schon eben darauf hingewiesen, dass die Rspr. ein Billigen im Rechtssinne auch dann annimmt, wenn dem Täter das Leben des durch die Tat in Todesgefahr gebrachten und letztlich zu Tode gekommenen Menschen gleichgültig ist bzw. er sich mit dessen möglichen Tod um seines eigenen Zieles willen zumindest abfindet<sup>70</sup>. Da jedem Arzt, der mit Lebertransplantationen befasst ist, die Bedeutung von MELD-Score-Werten und die durch sie signalisierte Lebensgefahr für die betroffenen Patienten geläufig sind, überzeugt ein Verweis auf fehlende Kenntnis der konkreten gesundheitlichen Befindlichkeit der betroffenen Patienten nicht sonderlich. Ein „Vertrauen“ auf rettende rechtzeitige Organzuteilungen für die fremden Patienten im sog. beschleunigten Verfahren würde eher dem Glauben an das Glückslos bei einer Tombola ähneln, auf harte Fakten wird ein solches Vertrauen selten gestützt werden können, da vieles von medizinischen Übereinstimmungen bei Organspender und -empfänger, der Organqualität, von verstrichener Zeit und räumlichen Entfernungen zwischen den beteiligten Krankenhäusern usw. abhängt. Häufig sind die im beschleunigten Verfahren angebotenen Organe minderer Qualität, so dass sie deshalb

von den TPZ, denen es angeboten wurde, abgelehnt worden waren. Mehr als eine nicht ausreichende vage Hoffnung, dass die Transplantationsverzögerungen schon nicht zu einer tödlichen Folge führen werden und auch schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen bei den übergangenen Patienten ausbleiben, lässt sich allenfalls bei vorhandenen Besonderheiten im Einzelfall nachvollziehbar belegen. Geht es um serienmäßig begangene Manipulationstaten, sieht die Beweislage ohnehin ganz anders aus.

### d) Tun oder Unterlassen?

Schroth führt allerdings noch ein gewichtiges Argument gegen die ermittelnden StAen und gegen das OLG Braunschweig ins Feld: er will die durch Manipulation herbeigeführte Nichtzuteilung eines Organs durch ET als Unterlassen bewerten, auch wenn es durch ein aktives Tun (des mittelbaren Täters) – Manipulation der Krankenakten – herbeigeführt wurde<sup>71</sup>. Dieses Unterlassen, das die „Gesundheitschance“<sup>72</sup> eines anderen Patienten beeinträchtigt, könne jedoch nur dann als Körperverletzung zugerechnet werden, wenn der andere Patient ein Recht auf Zuteilung eines Organs habe. Es müsse durch die Manipulation in die Verpflichtung von ET, das Organ (gemeint ist wohl das Organ, das letztlich dem Patienten zugeteilt wurde, zu dessen Gunsten manipuliert wurde) einer bestimmten Person zuzuteilen, eingegriffen worden sein. Eine Verpflichtung von ET, das (oder ein) Organ einer bestimmten Person zuzuteilen, ergibt sich nach Ansicht von Schroth aber weder aus dem TPG noch aus Art. 2 Abs. 2 GG, der zwar das Recht auf körperliche Unversehrtheit und damit auch ein Recht auf Krankenhausbehandlung garantiert, aber kein Recht eines Patienten auf Zuteilung eines Organs im Rahmen einer Krankenhausbehandlung<sup>73</sup>. Letzteres (zu Art. 2 Abs. 2 GG), ist zwar richtig, die Ausführungen geben aber insgesamt die rechtliche Situation nur verkürzt wieder.

### e) (Kein) Anspruch auf eine Organzuteilung ?

Die Aufgaben und Tätigkeiten der Vermittlungsstelle, also von ET, sind im Gesetz (§ 12 Abs. 1, 2 und 3 TPG) detailliert beschrieben. ET ist durch einen Vertrag mit den Trägern des Gesundheitswesens<sup>74</sup> zur Einhaltung der transplantationsrechtlichen Regel sowohl des TPG als auch der Richtlinien zur Vermittlung und Transplantation postmortaler spendeter Organ verpflichtet<sup>75</sup>. In diese rechtlichen Beziehungen

65 So etwa BGH NSTZ 2010, 276, 277 und BGH Urt. v. 30.8.2006 – 2 StR 198/06.

66 Dazu mit zahlr. Nachw. u. a. Fischer 61. Aufl., § 212 Rn 6 ff und Schneider Fn 64, Rn 12 ff. und als jüngste Beispiele etwa BGH NSTZ 2013, 581, NSTZ 2014, 35 m. Anm. Schiemann und NSTZ-RR 2013, 89.

67 So etwa BGHSt. 56, 277, 285; hierzu Kudlich NJW 2011, 2856; vgl. aber auch BGH NSTZ 2004, 35, 36.

68 OLG Braunschweig NSTZ 2013, 593, 594

69 BGHSt. 57, 183; Rissing-van Saan in: FS für Geppert (2011), 497, 504; Puppe NSTZ 2014, 183, 184 f. befürchtet allerdings angesichts neuerer Entscheidungen eine „Wende nach der Wende“.

70 BGH StraFo 2013, 467 f.

71 Schroth S. 433 räumt in Fn 73 selbst ein, dass sich darüber streiten lässt, ob für den mittelbaren Täter – gemeint ist der manipulierende Arzt – dieser Vorgang als Unterlassen oder als Tun zu bewerten ist.

72 Schroth verwendet je nach Zusammenhang der Problemdarstellung in dem gesamten Beitrag wechselweise die Begriffe der „Gesundheitschance“ oder der „Lebenschance“, ohne diesen ständigen Wechsel zu erläutern.

73 Schroth Fn 60, S. 439.

74 Siehe oben Fn 1.

75 Der Vertrag ist nicht nur vom Bundesministerium für Gesundheit zu genehmigen (§ 12 Abs. 4 Satz 1 TPG), seine Einhaltung wird auch durch eine Kontrollkommission der Vertragspartner überwacht, die Vermittlungsentscheidungen von ET werden jährlich überprüft (§ 12 Abs. 5 Satz 3 und 4 TPG).

sind ebenso die Patienten in einem TPZ behandelnden Ärzte eingebunden, die einerseits dem Patienten durch den Behandlungsvertrag, andererseits dem jeweiligen TPZ durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sind<sup>76</sup>.

Die Vermittlungsentscheidung durch ET muss für deutsche Transplantationen patientenorientiert und nach Regeln erfolgen, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere muss sich die Vermittlung an den Kriterien Erfolgsaussicht und Dringlichkeit (§ 12 Abs. 3 Satz 1) orientieren. Das hat bei der Leberallokation zur Folge, dass der Patient „an der Reihe ist“, der die medizinischen Bedingungen erfüllt und unter den für dieses Organ in Betracht kommenden Patienten am höchsten auf der Warteliste rangiert, da sein hoher MELD-Score die höchste Wahrscheinlichkeit für sein Versterben innerhalb der nächsten drei Monate signalisiert. ET ist verpflichtet, diese Regeln zu beachten. Wenn auch die einzelnen Patienten zunächst keinen Anspruch auf ein bestimmtes Organ haben, so verdichtet sich in einer solchen Situation nach den in Deutschland geltenden rechtlichen Regeln ihre mit der Aufnahme auf die Warteliste erworbene Anwartschaft oder auch ihr derivatives Teilhaberecht zu einem Anspruch auf das Angebot des konkret zur Verfügung stehenden Organs, der rechtswidrig vereitelt werden kann<sup>77</sup>. Selbst wenn man die hier vertretenen Auffassung nicht teilen will, ist aber nicht zu bestreiten, dass alle Beteiligten an dem „System Organtransplantation“ zumindest aufgrund ihrer vertraglichen Einbindungen verpflichtet sind, sich an die dort geltenden Regeln zu halten und vice versa auch einen Anspruch darauf haben, dass auch alle anderen Teilnehmer sich daran halten.

#### f) Ausschluss der Erfolgszurechnung durch beschleunigtes Verfahren?

Entgegen der Ansicht von *Schroth* steht das sog. beschleunigte Verfahren der Annahme eines im Zeitpunkt der Allokationsentscheidung von ET verdichteten Anspruchs des ranghöher platzierten Patienten auf das konkrete Organ nicht entgegen. Denn das zur Verfügung stehende Organ geht erst dann in das beschleunigte Verfahren, wenn der „Berechtigte“ bzw. sein Arzt aus medizinischen oder organisatorischen Gründen und noch zwei weitere TPZ das Organangebot abgelehnt haben, oder wenn logistische oder organisatorische Umstände eine alsbaldige Transplantation verhindern, so dass ein Organverlust droht. Der Umstand, dass zur Verhinderung eines drohenden Verlusts des schon wegen des herrschenden Organmangels wertvollen Spenderorgans der Übergang in das beschleunigte Verfahren zulässig ist, taugt nicht als Argument gegen einen prinzipiell zu bejahenden Anspruch auf das reguläre Organangebot des an sich vorrangigen Empfängers.

#### g) Aktives Unterbrechen einer rettenden Kausalkette zum eigenen Nutzen

Im Übrigen erschöpft die Betrachtung der Manipulationen allein aus der Sicht der „geprellten“ Empfänger die strafrechtliche Bewertung des Sachverhalts nicht. Denn eines ist sicher richtig, gleich welchem Patient das Organ eigentlich hätte zugewiesen werden müssen, steht fest, dass es mit Sicherheit nicht dem durch Manipulationen begünstigten Patienten zustand. Das weiß auch der manipulierende Arzt, ebenso weiß er, dass sein Patient, zu dessen Gunsten er Blutwerte verfälscht oder durch andere verfälschen lässt, oder in Wahrheit nicht stattgefundenen Behandlungen vortäuscht, auch in nächster Zeit nicht mit einem Organangebot rechnen kann. Infolge der verfälschenden Veränderung der für die Dringlichkeit einer Transplantation maßgeblichen medizinischen Werte seines Patienten manipuliert er auch das ENIS-Computerprogramm und täuscht ET bzw. die dort in die Entscheidung eingebundenen Mitarbeiter über den wahren Gesundheitszustand seines Patienten. Der Arzt bedient sich der Institution ET und deren Datensystem bzw. der dort tätigen Personen als Werkzeug und bewirkt so, dass ein Organangebot, das in Richtung anderer Patienten gegangen wäre, auf

seinen Patienten umgeleitet wird. Dem an sich berechtigten Patienten wird das Organ gleichsam „weggenommen“. Das ist nichts anders als ein aktives Unterbrechen eines rettenden Kausalverlaufs<sup>78</sup>, und zwar zum eigenen Nutzen.

Wie bereits oben erwähnt, ist es mit Hilfe des Datensystems von ET leicht möglich festzustellen, welche bestimmten Personen an Stelle des zu Unrecht begünstigten Patienten für das konkrete Organ als Empfänger in Betracht gekommen wären. Dann lässt sich in der Regel anhand der entsprechenden Patientenunterlagen auch feststellen, ob deren Erkrankung infolge der zu diesem Zeitpunkt nicht stattgefundenen Transplantation sich verschlimmert hat, zumindest ihre Leiden nicht vermindert werden konnten. Dann wäre der manipulierende Arzt jedenfalls als mittelbare Täter einer Körperverletzung, gegebenenfalls in einer qualifizierten Form anzusehen. Ist der übergangene Patient verstorben, steht ein vollendetes Tötungsdelikt, wenn der Patient noch lebt, dessen Versuch zur Diskussion.

## VI. Schlussbemerkungen

Einige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Bewertung von Manipulationsfällen bei der Organallokation wurden bisher noch nicht angesprochen.

### 1. Unmittelbares Ansetzen i. S. d. § 22 StGB?

In der Literatur wurde bisher nicht ausdrücklich erörtert, wann bei einem möglichen Versuch eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts bei diesen Transplantationsfällen von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung auszugehen ist. Wie bereits angesprochen, handelt es sich in der Regel um Fälle der mittelbaren Täterschaft, wenn nämlich durch die manipulierten Werte die Mitarbeiter von ET getäuscht und so veranlasst werden, dem Patienten, zu dessen Gunsten die Werte manipuliert wurden, ein Organ zuzuweisen, dass eigentlich einem anderen Patienten zugewiesen werden müsste. Nach der Rspr. ist bei mittelbarer Täterschaft für den Versuchsbeginn darauf abzustellen, wann der mittelbare Täter nach seiner Vorstellung die erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler, sein Werkzeug, abgeschlossen hat. Denn wer die Tat durch einen anderen begehen will, setzt zur Verwirklichung des Tatbestandes an, wenn er den Tatmittler zur Tatausführung bestimmt hat und ihn aus seinem Einwirkungsbereich in der Vorstellung und mit dem Ziel entlässt, dass er die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr vornehmen werde<sup>79</sup>. Dieser Punkt ist in den hier interessierenden Fällen in der Regel schon dann erreicht, wenn die manipulierten Daten in das ENIS-System von ET eingegeben und so zur Grundlage von Wartelistenrangfolge und Allokationsentscheidungen werden und nicht erst dann, wenn ein konkretes Organ dem Patienten des manipulierenden Arztes zugeteilt und so endgültig dem an sich zu berücksichtigenden Patienten entzogen wird. Zwar hat dieser erst im Zusammenhang mit der Allokationsentscheidung einen „Anspruch“ auf dieses Organ. Es wäre deshalb denkbar, diesen Zeitpunkt für maßgeblich zu halten. Jedoch ist bei der mittelbaren Täterschaft auf den Willen und die Sicht des mittelbaren Täters abzustellen und auf seine Vorstellung von der weiteren Tatentwicklung. Umstritten ist aber, wann in Fällen, in denen der Tatmittler nach der Vorstellung des mittelbaren Täters nicht sofort, sondern erst nach einer gewissen Zeitspanne

76 Auch den als Transplantationszentren von den zuständigen Behörden zugelassenen Krankenhäusern und den in ihnen tätigen Ärzten werden durch § 10 TPG umfangreichen Pflichten auferlegt, denen sie als wesentliche Teile des Transplantationsgeschehens nachzukommen haben.

77 Das sieht auch *Schroth* Fn 60, S. 439 Fn 74, er ist aber wohl der Auffassung, dass für ET keine rechtliche Verpflichtung besteht, was nicht zutrifft.

78 Zur Unterbrechung rettender Kausalverläufe vgl. *Kudlich* JA 2010, 681, 683; *ders.* in: SSW/StGB, Vor §§ 13 ff. Rn 40; *Kühl* AT, 7. Aufl., § 4 Rn 17f.; *Roxin* AT I, 4. Aufl., § 11 Rn 33 f.

79 *BGHSt.* 30, 363, 365.

tätig werden soll, von einem Angriff gesprochen werden kann, der das tatbestandlich geschützte Rechtsgut konkret gefährdet. In diesen Fällen könnte der Versuchsbeginn u. U. erst in der ersten Ausführungshandlung des Tatmittlers ET anzunehmen sein (hier der konkreten Organzuteilung an den begünstigten Patienten)<sup>80</sup>. So einfach liegen die Dinge hier jedoch nicht. Dem manipulierenden Arzt ist nämlich daran gelegen und die Tatausführung darauf angelegt, möglichst bald ein passendes Organ für seinen Patienten zugewiesen zu bekommen, etwa wenn bereits kurz nach Eingabe der verfälschten Daten ein passendes Organ zur Verfügung stünde. Andererseits werden Leben und Gesundheit eines bestimmten anderen Patienten erst dann infolge der Datenmanipulationen konkret bedroht, wenn das diesem Patienten an sich gebührende Organ dem Patienten des manipulierenden Arztes angeboten wird.

## 2. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?

Ebenfalls bisher noch nicht thematisiert wurde die Frage, unter welchen Umständen der Arzt, der für die Transplantation des durch die Manipulationen begünstigten Patienten verantwortlich ist, auch für die Manipulationen verantwortlich gemacht werden kann. Sicherlich dann, wenn er sie selbst vorgenommen hat. Aber auch dann, wenn sich Anweisungen an das Klinikpersonal oder nachgeordnete Ärzte feststellen lassen, die darauf abzielen, solche Manipulationen vorzunehmen oder wahrheitswidrig gegenüber ET an- bzw. in dessen Computersystem einzugeben, bestimmte Behandlungsmaßnahmen seien durchgeführt worden. Dabei können u. U. auch allgemeine Anweisungen ausreichend sein, wenn man in einem Klinikbetrieb angesichts der dort in der Regel vorherrschenden Hierarchien und Weisungsbefugnisse eine Organisation sehen kann, die die Voraussetzung einer von der Rspr. jedenfalls für das Wirtschaftsstrafrecht anerkannten Täterschaft kraft Organisationsherrschaft erfüllt<sup>81</sup>.

## 3. Faktische Schicksalsgemeinschaft als normatives Element?

Schließlich ist noch auf die Überlegungen des *OLG Braunschweig* am Ende seines Beschlusses vom 20.3.2013 zurückzukommen, mit denen es die Einwände der Verteidigung gegen das durch den MELD-Score charakterisierte Allokationssystem zurückgewiesen hat. Das *OLG* hält die geltenden Verteilungsregeln nämlich auch deshalb nicht für obsolet, weil sich alle TPZ diesen Verteilungsregeln unterworfen hätten und eventuelle Fehler des Systems alle wartenden Patienten gleichmäßig trafen<sup>82</sup>. Das ist ein interessanter Gedankenansatz. *Schroth* wendet dagegen ein, die nach seiner Ansicht verfassungswidrigen Verteilungsregeln könnten zwar eine faktische, aber keine rechtliche Bindungswirkung entfalten, auch gebe es keine Gleichheit im Unrecht. Dieser Einwand

trägt jedoch nicht, da er den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird.

In Deutschland besteht für Patienten, die eine Organtransplantation benötigen, vor allem in Zeiten extremen Organmangels keine andere legale Möglichkeit, ein lebenserhaltendes Organ zu bekommen, als sich in die Organisationsstrukturen der Transplantationsmedizin einzufügen, d. h. sie müssen auf der Warteliste eines TPZ aufgenommen worden sein und sich den geltenden Regeln unterwerfen, damit sie überhaupt die Chance auf ein neues Organ haben. Sie bilden faktisch eine Schicksalsgemeinschaft, die durch die Notwendigkeit, sich einer Organtransplantation unterziehen zu müssen, zusammengefunden und Regeln akzeptiert hat, die allen Mitgliedern die Möglichkeit bieten, unter bestimmten Voraussetzungen tatsächlich auch ein Organ zu bekommen. Es ist eine Gemeinschaft, bei der alle Mitglieder denselben Bedingungen und Risiken unterliegen und deren Ärzte alle nach denselben Regeln agieren müssen. Nur so funktioniert das System der Gemeinschaft, und zwar für alle gleich und deshalb gerecht, zumindest aber berechenbar. Wenn aber eines der Mitglieder die Regeln zu seinen Gunsten vorsätzlich verletzt, wichtige Daten, die für die Zuteilung eines Organs entscheidend sind, so verfälscht, dass es viel früher als bei regulärem Verlauf ein Organ erhält, so verhält es sich systemwidrig zum Nachteil der anderen Patienten. Warum sollte ein solches Verhalten dann nicht die Tatbestände eines vorsätzlichen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts erfüllen können, wenn ein anderes Mitglied, dem dieses Organ eigentlich zugestanden hätte, deshalb verstirbt oder sich jedenfalls seine Erkrankung verschlimmert? Diese Frage stellt sich auf der Grundlage der realen Wirklichkeit sowie der allgemeinen geltenden Gesetze nahezu selbstverständlich und unabhängig davon, ob man nun alle oder einzelne Regeln des Transplantationsgesetzes für verfassungskonform, zu unbestimmt gefasst oder generell für verfassungswidrig hält. Darauf kommt es wohl letztlich auch gar nicht entscheidend an. Weder § 212 StGB noch § 223 StGB stehen unter dem Verdacht der Verfassungswidrigkeit. Eine andere Frage ist, ob in den konkreten Einzelfällen die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt wurden. Das zu klären, ist Sache der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte. ■

80 *BGHSt.* 40, 257, 268; 43, 177, 179 f. Zur Diskussion in der Lit. siehe u. a. *LK-Hillenkamp* 12. Aufl., § 22 Rn 155 ff; *Roxin AT II*, § 29 III, Rn 234 ff.

81 Siehe etwa *BGHSt.* 48, 331, 342 f.; 49, 147, 163 f.; *BGH NSTZ* 2008, 89 f; vgl. auch *Fischer* 61. Aufl., § 25 Rn 13 ff. m. w. Nachw.

82 *OLG Braunschweig NSTZ* 2013, 593, 596.

Prof. Dr. Christian Fahl, Greifswald\*

## „Kassenschmuggel“ an Selbstbedienungskassen

### I. Einführung

In Deutschland ist das schwedische Möbelhaus IKEA vorangegangen mit der Einführung sog. Selbstbedienungskassen, an denen der Kunde seine Waren aus dem Einkaufskorb mit Hilfe von Strichcode und Lesegerät selbst einscannert und anschließend mit EC- oder Kreditkarte bezahlt. Mittelfristig angelegt auf Einsparung von Kassenpersonal, dienen die im Kassenbereich anwesenden Mitarbeiter in der Einführungsphase vor allem der Unterstützung bei technischen Schwierig-

keiten. Später sollen sie ganz wegfallen. Offenbar sind inzwischen auch Supermärkte (z. B. „Real“) zu diesem System übergegangen. Es steht daher zu erwarten, dass sich zukünftig solche Fälle mehren, wie der, über den unlängst das *OLG Hamm*<sup>1</sup> zu entscheiden hatte.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Greifswald.

1 *OLG Hamm* Beschl. v. 8.8.2013 – 5 RVs 56/13, *NJW-Spezial* 2013, 664 = *JA* 2014, 155 m. Anm. *Jäger*.