

## Medizinstrafrecht: Organverteilung und Verfassung

Der *BGH* hat mit seinem Urteil vom 28.06.2017 (StV 2018, 278 [in diesem Heft]) den erstinstanzlichen Freispruch eines Transplantationsmediziners vom Vorwurf des versuchten Totschlags wegen bewussten Verstoßes gegen die Richtlinien der Bundesärztekammer für die Wartelistenführung und Organvermittlung zu Recht bestätigt. Eine Strafbarkeit lässt sich in derartigen Fällen, wenn überhaupt, nur unter Rückgriff auf die Organverteilungsregeln begründen.

Bedauerlich ist, dass die verfassungsrechtlich höchst problematische Verteilungsregel des § 12 Abs. 3 S. 1 TPG in diesem Verfahren keine Überprüfung durch das *BVerfG* erfahren hat, da die Voraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG nicht vorlagen. Es spricht viel dafür, dass § 12 Abs. 3 S. 1 TPG mit der Wesentlichkeitsrechtsprechung des *BVerfG* nicht vereinbar ist. Danach muss der Gesetzgeber »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst [...] treffen.« (BVerfGE 49, 89 [126]). Eine »wesentliche Entscheidung« liegt bei der Verteilung knapper Güter unbestreitbar dann vor, wenn diese eine Zuteilung von Lebenschancen bedeutet. In diesem Fall ist der Gesetzgeber grundsätzlich verpflichtet, jedenfalls die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und ihr Rangverhältnis untereinander festzulegen (BVerfGE 33, 303 [339 f.]). Dass die Zuteilung eines vermittlungspflichtigen Organs für einen insoweit bedürftigen Patienten die Zuteilung einer Lebenschance bedeutet, steht außer Frage. Auch hat der Gesetzgeber mit § 12 Abs. 3 S. 1 TPG keine den zuvor dargelegten Anforderungen entsprechende parlamentsgesetzliche Verteilungsregel geschaffen. Denn er hat einerseits die Art der bei der Verteilung anzuwendenden Kriterien defizitär festgelegt und andererseits eine Regelung ihres Rangverhältnisses vollständig unterlassen. Soweit einige Stimmen in der Literatur davon ausgehen, § 12 Abs. 3 S. 1 TPG werde den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts dennoch gerecht (so z.B. *Rosenau* FS Deutsch, 2009, S. 435 [447]), überzeugt dies nicht. Dabei kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen, unter denen das *BVerfG* eine Absenkung des Parlamentsvorbehalts anerkennt, überhaupt vorliegen. Jedenfalls darf dieser unter dem Deckmantel einer Absenkung nicht preisgegeben werden. Dies geschähe aber, wenn man § 12 Abs. 3 S. 1 TPG als mit dem Parlamentsvorbehalt vereinbar ansähe. Der Gesetzgeber verwendet nämlich in § 12 Abs. 3 S. 1 TPG die widersprüchlichen Kriterien der Erfolgsaussicht und Dringlichkeit. Widersprüchliche Kriterien sind absolut unbestimmt und werden folglich dem Parlamentsvorbehalt – auch in einer abgesenkten Variante – nicht gerecht. Ein Staat, der bestimmte Organe für vermittlungspflichtig erklärt (d.h. im Ergebnis sozialisiert!), kann nicht die Verteilung derselben privaten Institution überlassen, ohne die grundlegenden Maßstäbe der Verteilung selbst festzulegen. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob für die Organverteilung das »Sickest-First-Prinzip«, das »Most-Lives-Saved-Prinzip« oder eine Zwischenform relevant ist.

Erfreulich ist, dass der *BGH* im Rahmen der ihm zustehenden Verwerfungskompetenz für untergesetzliche Normen die absolute Alkoholkarenzklausel bei der Leberallokation, soweit sie Patienten in Todesnähe betraf, für mit höherrangigem Recht unvereinbar erklärt hat. Es kann nicht sein, dass ein Rechtsstaat Alkoholranke, die zu sterben drohen, von der Teilhabe an überlebensnotwendigen staatlich verwalteten Leistungen für einen gewissen Zeitraum völlig ausschließt. Dies gilt umso mehr, als bei anderen Risikogruppen ein Ausschluss nicht nach der gleichen Logik erfolgt. Die absolute Alkoholkarenzklausel trägt die Gefahr in sich, dass Alkoholranke die Karenzzeit nicht überleben und Lebendspender, um Angehörige, die etwa nur fünf Monate abstinent sind, zu retten, (trotz Subsidiarität) zur Lebendspende genötigt werden – ein rechtspolitischer Skandal!

**Prof. Dr. Ulrich Schroth und wiss. Mit. Elisabeth Hofmann, LMU München**